



ELIONORA CARDOSO

**AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS:
UMA PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES COM OS CONSUMIDORES OU UMA
LIMITAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E À LIBERDADE
CONTRATUAL?**

Tese para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade em Ciências Jurídico-Políticas

Doutorando: Elionora Nazaré Cardoso Pinto Santos

Orientador: Professora Doutora Ana Roque

LISBOA

2014



ELIONORA CARDOSO

DEPARTAMENTO DE DIREITO

TESE DOUTORAMENTO

CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS:

**UMA PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES COM OS CONSUMIDORES OU UMA
LIMITAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E À LIBERDADE
CONTRATUAL?**

Texto segundo o novo Acordo Ortográfico.

LISBOA

2014

À minha mãe, Branca Cardoso, pela mulher que me ensinou a ser.

**“O cérebro não colhe ideias no canteiro do ócio.
É sobretudo pela interação com o material, pelo trabalho, pelo esforço e em última
instância pelo fracasso, que nós nutrimos o nosso banco de ideias.”**

VIK MUNIZ
(artista plástico)

Agradecimentos

No fim deste trabalho, sob o qual me ocupei os últimos anos, muitas são as palavras de agradecimento para todos os que me acompanharam nesta saga.

Em especial quero deixar um agradecimento a todas as entidades que de alguma forma me auxiliaram na realização desta dissertação.

Desde logo a Biblioteca da Procuradoria Geral da República, e a Biblioteca da Ordem dos Advogados, pelo apoio incansável no auxílio e pesquisa de bibliografia essencial para a prossecução deste trabalho.

Um bem-haja também especial à biblioteca digital do Instituto Max Planck em Munique, na orientação da bibliografia estrangeira.

Agradeço também ao Centro de Direito do Consumo, na Faculdade de Direito de Coimbra, na pessoa do Professor Doutor António Pinto Monteiro, por todo o auxílio na pesquisa e orientação deste trabalho, com o material bibliográfico disponibilizado.

Um agradecimento ainda ao Departamento de Direito, e à Biblioteca da Universidade Autónoma de Lisboa, e ao Centro Jacques Delors em Lisboa.

Por fim, mas não em último, um enorme obrigada por toda a atenção, dedicação, orientação da minha ilustre orientadora, a Professora Doutora Ana Roque. Estou certa de que sem a sua preciosa orientação não tinha conseguido concluir este trabalho.

Resumo

O estudo sobre a proibição legal de determinadas práticas comerciais, caracterizadas como desleais, leva-nos a uma investigação concetual aprofundada sobre as relações de consumo, a que tendencialmente estas práticas dizem respeito. Necessário se torna, então, partir de um pressuposto europeu no tratamento destas matérias: a necessidade de harmonização máxima do tema.

Por isso, torna-se incontornável a referência à ordem económica, no centro da qual coexistem direitos e princípios que se articulam e que, de certo modo e em medida variável no tempo e no espaço, vão determinar a ordem jurídica.

Do ponto de vista jurídico, a estrutura de uma relação de consumo (consumidor *versus* agente económico) terá de ser compreender mais do que uma relação meramente pessoal, sendo esta abstração olhada apenas como referência, considerando a existência de um consumidor (ou grupo) médio.

As relações de consumo deverão ter muito mais a espelhar do que a defesa daquela que efetivamente seja a parte economicamente mais fraca: deverão atender também à garantia de que direitos gerais são salvaguardados, mantendo a ordem jurídica sã e em funcionamento.

Muito mais do que a análise de uma proibição, o estudo deste tema deverá atender a pilares considerados base de todo o direito dos contratos, visto que, para além do princípio de livre concorrência entre as partes, o sistema jurídico não pode esquecer a génese desta intervenção legislativa, e deve corrigir as injustiças e irregularidades resultantes destas práticas.

O maior sinal da necessidade de determinação e expurgo de todas as práticas desleais - desde as ações e omissões enganosas às práticas agressivas - será dado pela resolução de conflitos de tal forma que todos os intervenientes possam estar protegidos, tanto consumidores como concorrentes.

As características deste regime jurídico, a importância do poder de fiscalização, e a relevância económica e social da sua aplicação prática fazem-nos concluir ser esta uma matéria de extrema relevância para a ciência jurídica e que urge analisar e ponderar, procurando respostas na dogmática que possam garantir relações jurídicas mais perfeitas e mais homogêneas entre as partes.

Palavras-chave: Práticas comerciais; concorrência; consumidor.

Abstract

The study of the legal prohibition of some commercial practices considered unfair, leads us to a deep conceptual research about consumer relations to which business practices are very often connected. It then becomes necessary to take an initial European assumption concerning these matters: the need of maximum harmonization.

Therefore, it also becomes unavoidable to mention the economic order, for there are to be found related rights and principles, coexisting in its very center that, in a way which varies in time and in space, will determine the legal order.

From a legal point of view, the structure of a consumer relation (consumer versus economic agent) should be extended beyond a mere personal relationship, that abstraction being regarded as a reference, considering the existence of an average consumer (or group).

Consumer relations ought to reflect much more than just a defense of the party that may well be economically the weakest. Consumer relations also ought to guarantee that general rights are safeguarded while keeping the legal order healthy and working.

Far more than just to consider a prohibition, the study of this subject should take into account the basic pillars of all contract law. More than a principle of free competition, the legal system cannot forget the genesis of this intervention of the law and so should correct the injustice and irregularities resulting thereof.

The greatest sign of the need for determination and purge of all unfair practices - from the actions and misleading omissions to aggressive practices - will be given through

solving conflicts in such a way that all stakeholders can be protected, both consumers and competitors.

The characteristics of these legal measures, the importance of the supervisory power, as well as the economic and social relevance of its practical applications, lead us to conclude that this is a matter of utmost significance within law studies, and that it should be urgently addressed and considered, searching for answers in the dogmatic which may guarantee legal relations that are more perfect and more homogeneous towards the parties involved.

Key words: Commercial practices; unfair; competition; consumer.

As práticas comerciais desleais:

Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?

INTRODUÇÃO

§ 1.º Enquadramento	13
§ 2.º Delimitação do objeto de estudo	15
§ 3.º Problematização	19
§ 4.º Razão de método e de ordem	23

PARTE I – AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

CAPITULO I - As práticas comerciais desleais ao nível europeu

§ 5.º As práticas comerciais desleais: evolução	26
5.1. Âmbito geral da sua evocação	26
5.2. Aspetos essenciais da sua caracterização	29
5.3. A evolução histórica da sua regulação ao nível europeu.....	31
5.4. Breve alusão ao tratamento do regime das práticas comerciais desleais em outros Estados-membros da U.E.	35
5.4.1. A cláusula geral nos Estados-membros no âmbito da proteção dos consumidores.....	36
5.4.2. O regime das práticas comerciais desleais nos novos Estados-membros.	42
§ 6.º A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005	46
6.1. Caraterização geral do novo regime instituído na União Europeia.....	48
6.2. Os trabalhos preparatórios.....	62
6.3. A cláusula geral na Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.....	65
6.4. A harmonização total em específico.....	67
6.5. Outros elementos de destaque da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.....	73

6.5.1. O comportamento económico do consumidor.....	74
6.5.2. A diligência profissional	81
§ 7.º A necessidade de revisão do regime europeu de proibição de práticas comerciais desleais.....	88

PARTE II – A DEFESA DOS CONSUMIDORES

CAPÍTULO II – Enquadramento geral da transposição da Diretiva

§ 8.º A defesa do consumidor	91
8.1. A defesa do consumidor ao nível interno.....	91
8.1.1. A defesa constitucional dos consumidores	107
8.2. A defesa europeia dos consumidores	112
8.2.1. A evolução histórica do quadro geral de proteção dos consumidores em termos europeus.	114
8.2.2. A proteção dos consumidores noutros instrumentos europeus	117
8.2.2.1. O livro verde sobre a defesa dos consumidores	118
8.2.2.2. A Diretiva relativa aos direitos dos consumidores: Diretiva 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011	119
§ 9.º Os direitos dos consumidores	124
9.1. Principais direitos consagrados na sua proteção com interligação a práticas comerciais	124
9.1.1. O direito à qualidade dos bens e serviços	124
9.1.2. O direito à informação	129
§ 10.º A transposição da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, para o ordenamento jurídico português	136
10.1. O regime legal das práticas comerciais desleais em Portugal.....	137
10.2. As principais alterações legislativas introduzidas pelo novo diploma no ordenamento português.....	140
10.2.1. A referência a um consumidor médio	145
10.2.2. A proteção dos consumidores particularmente vulneráveis	149

10.3. Os termos específicos das práticas comerciais consideradas desleais no nosso ordenamento.....	153
10.3.1. As ações enganosas	154
10.3.2. As omissões enganosas	163
10.3.3. As práticas comerciais agressivas	169

§ 11. Da necessidade legal do mecanismo de proibição das práticas comerciais como proteção dos consumidores no nosso ordenamento.....	172
--	------------

PARTE III – MEIOS DE REAÇÃO

CAPITULO III – Invalidade dos contratos

§ 12.º A invalidade dos contratos celebrados através de práticas comerciais desleais... 178	
12.1. A formação dos negócios jurídicos decorrentes de práticas comerciais	179
12.2. A invalidade dos contratos celebrados com recurso a práticas comerciais desleais: termos gerais.....	182
12.3. A anulabilidade dos contratos celebrados sob influência de práticas comerciais desleais.....	187
12.4. A modificação de contratos celebrados de acordo com juízos de equidade	191
12.5. A manutenção do contrato através do mecanismo da redução	197

CAPITULO IV – Responsabilidade civil na existência de práticas comerciais desleais

§ 13.º A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor	203
13.1. O ressarcimento do consumidor lesado	205
13.2. Os termos gerais de responsabilidade civil aplicáveis	208
13.3. A indemnização como forma de colmatar o dano provocado	211

CAPITULO V – O Direito de ação

§ 14.º O direito de ação inibitória.....	216
14.1.O enquadramento geral dos interesses difusos	216
14.1.1. Os interesses difusos em <i>stricto sensu</i>	219
14.1.2. Os interesses coletivos.....	219
14.1.3. Os interesses individuais homogéneos	221
14.2. A legitimidade nas ações coletivas de proteção de interesses difusos: a ação popular e a ação inibitória.....	221
14.3. As ações inibitórias no âmbito da proteção dos consumidores.....	229
14.4. O interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais	234

§ 0 CAPITULO FINAL

Apreciação geral e conclusões	239
--	------------

INDICE BIBLIOGRÁFICO.....	254
----------------------------------	------------

SIGLAS

Ac. — Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

Al. — Alínea

Art. — Artigo

CC — Código Civil

Cfr. — Conforme

CPI – Código Propriedade Industrial

CRP — Constituição República Portuguesa

CPC — Código Processo Civil

DGC — Direção Geral Consumidor

INPI – Instituto Nacional Propriedade Privada

LCCG – Lei cláusulas contratuais gerais

LDC — Lei defesa consumidor

N. — Número

P. - Página

Ref. — Referência

Ss — Seguinte

V. g. — Por exemplo

INTRODUÇÃO

1. Enquadramento

O presente estudo visa debruçar-se sobre o regime das práticas comerciais, não no sentido amplo da expressão, mas sim no paradigma que está subjacente a uma proteção mais alargada e mais profunda dos consumidores.

Entender-se a lógica formal que subjaz da orientação do mercado nesta proteção, e ter a perceção da existência de um regime excecional quando se faça a comparação do mesmo com outros princípios gerais do Direito.

Será imperativo pensar-se na forma como a União Europeia está a orientar este tema, em relação a determinadas práticas económicas que avultam cada vez mais no espaço europeu.

Sendo a defesa do consumidor um vetor cada vez mais assente nas economias dos Estados, e ao mesmo tempo podendo considerar-se como impulsionador, importa estudar as regras detidas em termos internos e de mercado europeu, que estão a determinar as relações em contratos que podem ocorrer com cidadãos de qualquer dos Estados.

Repercutem-se aqui grandemente em vendas exteriorizadas, e fora dos padrões comuns das lojas, utilizando-se cada vez mais mecanismos tecnológicos avançados de comércio.

Ao pretendermos reforçar o estudo no nosso ordenamento das matérias subjacentes à defesa dos consumidores nesta área, não poderemos pois obliterar os princípios que têm sido um pilar em todo o Direito económico.

Importará assim também compreender o alcance deste regime, desde logo percebendo se o mesmo tem apenas aplicação na génese da defesa dos consumidores, ou se pode ser alargado a outros vetores.

A ingerência realizada pela U.E. nestas matérias, ao pretender a organização e delimitação das práticas comerciais, instituindo algumas como desleais, trará benefícios jurídico-económicos nesta regulamentação?

Na falta de generalização desta matéria, impõe-se estudar o tratamento que este caso tem tido quer no nosso ordenamento ao longo da história, quer na aplicação prática da Diretiva alusiva ao tema em termos europeus.

Apesar de surgirem novas formulações, por si só tão diferentes na aplicação em cada ordenamento, questionaremos se merece ser repensada a forma legislativa utilizada pelo legislador, atendendo a realidades económicas e sociais divergentes, ou se ainda assim a tentativa de objetividade em causa foi a possível, para resolver diferendos que se levantem.

Neste âmbito, algumas questões impõem-se repensar, como os problemas essenciais que estarão na base deste trabalho:

_ Qual a relação entre a transposição da nova Diretiva e a legislação já existente no nosso ordenamento jurídico?

_ Este novo regime da Diretiva 2005/29/CE, não estará a limitar a liberdade contratual e a livre concorrência, dentro e fora dos Estados-membros, ao criar regras muito específicas a que as empresas têm de obedecer?

_ Ou pelo contrário haverá benefícios nesta delimitação?

_ Haverá uma necessidade de rever os termos europeus de tratamento, e proteção, das práticas comerciais desleais?

- _ Poderão incluir-se os concorrentes como sujeitos também protegidos neste regime?
- _ Como tratar a invalidade destes contratos?
- _ Que responsabilidade pode exigida dos prevaricadores
- _ Que dizer dos meios de reação que estão agora ao dispor de todos?

Impõe-se assim um pensar sobre o regime, atendendo ao momento que se vive, mas compreendendo a dimensão europeia que esta matéria detém, ao pretender-se uma maior transparência do mercado quanto às práticas comerciais levadas a cabo.

Na parte final deste trabalho debruçar-nos-emos sobre a análise dos meios de reação escolhidos pelo nosso legislador para vigorar em Portugal, procurando perceber se houve uma resposta adequada ao que parece estar a ser exigido.

Atendendo ainda que a Diretiva faz menção de que o poder da proibição se estende mesmo às práticas realizadas após a realização da transação comercial, deveremos ponderar se esta não é uma proteção excessiva, ou se será estritamente necessária, para a total proteção dos consumidores, e adequado funcionamento do mercado.

Procurar a verdadeira motivação que fomenta este regime, é também o mote deste trabalho, sempre verificando uma conjugação entre a direta proteção dos consumidores e indiretamente auscultando a possibilidade de se considerar aqui o papel dos concorrentes mais interventivo.

2. Delimitação do objeto de estudo

O ponto inicial que deu a motivação para realizarmos este trabalho foi o acompanhar de pareceres e estudos europeus, que se tinham vindo a publicar, nos anos que antecederam 2005, relativos à necessidade de legislar-se sobre a presente matéria da proibição das práticas comerciais desleais.

A Comissão Europeia¹, na sequência de pareceres de iniciativa e solicitados ao CESE – Comité Económico Social Europeu, a pronunciar-se publicamente quanto aos princípios que estavam subjacentes na criação da defesa comunitária de um tema com tão ampla abrangência, o que levou a um estudo mais aprofundado sobre a questão.

Era necessário entender que, a circulação dos bens entre as mais diversas fronteiras, oferece cada vez mais aos consumidores uma maior escolha e diversidade de bens e produtos.

Aqui incluem-se produtos inovadores, que por não estarem disponíveis nos próprios países, ou não nas mesmas condições, incentivam a uma oferta, por vezes mais eficaz, ou mesmo a preços mais competitivos.

Apesar de ser óbvio o aumento dos benefícios decorrentes do mercado interno, era evidente que a sua realização efetiva ainda não estava concluída. Segundo o relatório solicitado pela Mesa Redonda Europeia dos Serviços Financeiros² as divergências existentes entre as disposições nacionais no domínio da defesa do consumidor, e as práticas comerciais, constituíam obstáculos importantes que inviabilizavam qualquer estratégia europeia de comercialização, e de uniformização dos produtos.

Este estudo revelou existirem numerosos obstáculos, alguns dos quais de natureza política, que vinham a impedir os profissionais, e os consumidores, de aproveitarem o mercado interno, efetuando aquisições transfronteiriças.

Os referidos obstáculos incluem ainda obstáculos fiscais (nomeadamente o IVA), espaço-temporais, (que, apesar de progressivamente reduzidos através do comércio eletrónico, também existem nos mercados nacionais) ou linguísticos.

Os consumidores em média declaram muitas vezes, não efetuar aquisições transfronteiriças de serviços financeiros pelo facto de considerarem a proteção jurídica ser insuficiente.

¹ JO L 149 de 11.05.2004, p. 22.

² Conforme foi defendido na proposta de Diretiva relativa às práticas comerciais desleais. Publicada em COM (2003) 356 final de 18.06.2003.

Noutro inquérito relativo às aquisições transfronteiriças em geral, solicitou-se aos consumidores mais reticentes a adquirirem produtos num país da UE diferente do seu, que explicassem as razões da sua desconfiança³.

Por outro lado, veio a enunciar-se que a existência de práticas comerciais desleais pode provocar distorção do mercado europeu, ao afetarem estas negativamente a capacidade de o consumidor agir com conhecimento de causa e efetuar escolhas eficientes.

Esta distorção das preferências dos consumidores prejudica os interesses coletivos dos mesmos, ainda que da referida prática não resultasse qualquer perda financeira para o consumidor individual a que a prática se dirige.

Mas mais, apura-se que a alteração das decisões dos consumidores também provoca distorções da concorrência, pois sempre que um profissional atue de forma desleal, afasta os consumidores dos seus concorrentes que sejam respeitadores das regras.

Neste sentido a própria Comissão veio concluir⁴ que para os consumidores, a incerteza quanto ao conhecimento do grau de proteção previsto pela legislação de outros países da U.E. acaba por constituir um obstáculo relativamente às aquisições transfronteiriças.

O impacto destes obstáculos de mercado é mesmo reforçado pelas divergências que existem entre as regulamentações dos Estados-membros em matéria de práticas comerciais desleais.

As cláusulas mínimas previstas pela legislação vigente em matéria de defesa dos consumidores perpetuavam o problema, ao permitirem que os Estados-membros impusessem outras obrigações, e oferecessem diferentes graus e tipos de defesa.

Tendo em conta que em muitos dos Estados vigorava um princípio geral, onde frequentemente estão incluídas disposições especiais, que visam regulamentar a comercialização, e proíbem as práticas comerciais desleais, havia no entanto que

³ De acordo com o mesmo estudo acima citado, para 68% dos consumidores, a insuficiência da proteção oferecida pela legislação relativa à defesa dos consumidores constitui um motivo de desconfiança muito importante, ou relativamente importante, ao passo que 76% consideram a falta de confiança nos vendedores estrangeiros e o risco de fraude ou engano um elemento muito importante ou relativamente importante.

⁴ Vide nota 2.

atender ao facto do alcance, e o teor, destes princípios gerais em toda a U.E. não ser uniforme.

Por isso se tomou a iniciativa na Europa da criação do regime de proteção desta matéria, o que acabou por ser em parte inovador, nos próprios Estados (pela forma preconizada), incluindo, relativamente, o caso português.

Também ponderando o interesse dos profissionais que desenvolvem atividades comerciais transfronteiriças, verificava-se que existia a necessidade de cumprirem uma complexa multiplicidade de disposições diferentes, o que implicava custos adicionais.

Estas obrigações acabam por constituir um obstáculo tão importante que, muito simplesmente, ou se abstinham completamente de uma atividade económica transfronteiriça, ou muitas vezes laboravam sem deter o verdadeiro conhecimento de todas as obrigações a cumprir perante os consumidores.

Outro ponto que nos levou a ter em conta este trabalho, foi o verificar que existia uma vontade dos próprios Estados-membros em aproximarem-se quanto ao tratamento deste tema. Isto quando a matéria da defesa do consumidor, ainda que não uniformemente entre os 27 Estados-membros, tem vindo a tomar ao longo dos últimos anos, uma maior relevância.

Foram assim introduzidos dois mecanismos, sobre os quais teremos de nos debruçar: a preconização de uma cláusula geral e a harmonização máxima.

Esta investigação partiu pois de um estudo europeu, e da confirmação de que não existia ainda nenhum trabalho do mesmo género no nosso ordenamento.

Sendo imprescindível que se demonstre se as soluções legislativas encontradas, quer na Europa, quer em Portugal, com a transposição do regime, são as mais adequadas, tendo em conta muito mais do que a mera defesa dos consumidores.

Importará compreender se se justifica um regime excecional de defesa, com moldes mais apertados, num apuramento da respetiva responsabilidade de quem proceder indevidamente, com o uso de práticas que passaram a ser proibidas.

3. Problematização

Não descurando um estudo histórico e sociológico do tema em referência, desde logo para destacar o estudo europeu quanto à defesa dos consumidores, teremos de apoiar-nos num autor mais convergente, e enunciativo, em relação à sociedade de consumo, como Baudrillard⁵.

Importa por isso atender à aplicação prática desta matéria, em consonância com a própria sociedade moderna.

Partindo da génese que está por detrás da criação de uma proteção especial ou excecional para os consumidores, tentaremos compreender se essa proteção é justificada sociologicamente, para que o legislador proíba esses comportamentos.

A história da União Europeia quanto à prossecução do estudo, e dos interesses dos consumidores, partiu quer da publicação do livro branco, e do livro verde em matérias de defesa destes, bem como por normas inseridas quer na Carta Europeia dos Direitos dos Consumidores, ou no Tratado Constitutivo indiretamente.

Debruçar-nos-emos na linha histórica que esteve subjacente a esta matéria, e faremos uma alusão ao sistema atual, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, também este um tratado muito importante na defesa dos consumidores, e com a nova Diretiva alusiva aos direitos dos consumidores.

Pretende-se também destacar a evolução em termos históricos que a defesa dos consumidores, através de regulamentação própria tem vindo a ter, em específico quanto às práticas comerciais desleais.

Outro dos objetivos desta investigação passa por perceber se não foram previstas situações de controlo de modo abusivo, ou limitativo da liberdade de escolha de cada um dos visados.

⁵ BAUDRILLARD, Jean – *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2010.

Até que ponto devem ser estipuladas regras tão apertadas para as entidades comerciais obedecerem? Não estará a concorrência a ser posta em causa?

Ao mesmo tempo que se limita os termos em que pode decorrer a contratação em determinados tipos de negócios, como nas vendas à distância, convirá estudar se não estaremos perante uma limitação da livre concorrência, implicando grandes custos às empresas? Até onde deverá ir a proteção dos consumidores? Esta deve ser feita sem qualquer limite para contra os agentes económicos?

Por outro lado, teremos de nos compreender a pertinência da Diretiva e da legislação portuguesa neste setor das práticas comerciais, como meio de defender, e mesmo de impulsionar os consumidores a realizar negócios.

Será concretizável a ideia preconizada de se criarem regras uniformes no universo europeu? E o que dizer de países, onde estas práticas comerciais desleais já eram severamente penalizadas, e que se possa vir a verificar terem sido assim amenizadas?

A escolha direta por uma harmonização máxima resolve as dicotomias existentes entre os Estados-membros nesta matéria?

Outro ponto de motivação para a realização deste trabalho ficou determinado por em termos teóricos e práticos, o tema da defesa do consumidor ser cada vez mais atual, e mais constante em termos económicos.

Mas não só um estudo generalizado destes se impunha, já que na ausência de outros semelhantes no nosso ordenamento, quanto ao presente tema, era de extrema importância pensar o regime de proibição de práticas comerciais desleais, em comparação com outros institutos de Direito, inúmeras vezes confundidos entre si.

Importará destacar que não se pretende elencar profundamente as regras da concorrência desleal, autonomizadas em legislação própria, e a que correspondem a normas tendentes a regular diretamente as relações entre empresas e profissionais.

Ainda assim, e atendendo à abrangência desta proibição, será relevante estudarmos se indiretamente não existe aqui uma proteção, e uma relação, entre os concorrentes visados.

Já que existe sem dúvida uma relação entre os agentes económicos profissionais e os consumidores. Mas ainda que aflorado o instituto da concorrência desleal, não pretendemos versar exaustivamente sobre o seu regime, mas apenas compará-lo e diferenciá-lo, do regime de proibição das práticas comerciais desleais.

Inevitavelmente, as referências neste trabalho acabaram sempre por tocar à relação com os consumidores.

A sua noção será sobejamente importante para compreender todo este regime. E a discussão que tem vindo a ser levantada em termos europeus, sobre o uso de menções que levantam a existência de um consumidor médio, não poderá ser aqui esquecida.

Veremos a posição do Tribunal de Justiça ao reconfirmar que existe um consumidor médio, mais informado, que terá de servir de parâmetro nestas relações, e tentaremos compreender esta opção, numa ótica de melhor aplicação prática do regime.

Entende-se que, nos dias que correm, as entidades empresariais dispõem, em qualquer um dos Estados-membros da U.E., de meios para utilizarem formas atrativas de imposição no mercado, sem que estejam a lesar os cidadãos, mas obedecendo a práticas e regras uniformes e comuns que facilitem as transações.

A utilização de formas atrativas para captar a atenção de potenciais clientes - não estando de acordo com regras uniformes e específicas - pode deteriorar toda a relação comercial, e chegar-se a uma situação abusiva.

Passados que são quase nove anos da publicação da Diretiva, que veio tentar revolucionar esta matéria, haverá que procurar explicar se a intenção do legislador está a ser salvaguardada.

Com este regime, existem realmente práticas comerciais desleais que se evitaram - penalizando as entidades que as cometeram – ou na realidade demonstra-se o contrário?

Como já destacámos, pretende-se realizar um estudo inovador, uma vez que ainda não existe um tão atualizado, e que verse sobre a aplicação prática da Diretiva 2005/29/CE,

colocando “frente a frente” a aplicação prática desta proibição das práticas ali referenciada.

De inúmeros textos que estudámos, e pesquisámos, podemos destacar o pensamento de autores como os Professores Doutores Antunes Varela, Oliveira Ascensão, Pinto Monteiro, Menezes Cordeiro, Teixeira de Sousa e Luís Menezes Leitão, autores que já se debruçaram sobre o regime da concorrência, a invalidade dos contratos, as regras do cumprimento dos contratos, ou sobre meios de reacção processuais.

Procuramos abordar a atenção que tem sido dispensada a esta matéria no âmbito europeu, e no acompanhamento ao estudo desta matéria, quanto a propostas de alteração do presente regime europeu, nomeadamente pela legislação emanada, e pelos pareceres que têm vindo a ser emitidos.

Acreditamos ser este um estudo pioneiro, porque não existe também um estudo desta envergadura que verse especificamente sobre o novo regime instituído em 2008, em Portugal, quanto à transposição do regime que ocorreu.

Ainda assim teremos de atender à complexidade do tema, não só em termos europeus, como internos, procurando estudar o melhor entendimento e interpretação sobre a matéria.

A problematização dos princípios aqui adjacentes, versados numa conjugação das várias matérias, orientará as conclusões a que chegará depois de toda a problematização enunciada.

Estabeleceremos um padrão de estudo que passará pela análise do sistema atual, e fará o contraponto com o futuro, e a necessária revisão do pensamento e tratamento que nalguns pontos esta matéria deverá sofrer, adiantando já um pensamento também futurista e de progresso no tratamento que a proibição das práticas comerciais deve dispor e evoluir.

Procuraremos levar a bom porto este estudo, e poder vir a contribuir com um estudo inovador no nosso ordenamento, com a necessária humildade que a dimensão nos impõe, e com o reconhecimento da dificuldade que será debruçar-nos sobre esta problemática, e os princípios adjacentes à mesma.

4. Razão de método e estudo

O presente trabalho, na sequência de todos os pontos acima mencionados, tomará um plano de catorze capítulos, distribuídos por três partes diferentes. Estas são: parte I –As práticas comerciais desleais; parte II - A defesa dos consumidores; e parte III – Os meios de reação.

Inicia-se com uma abordagem europeia relativa à defesa e proteção dos consumidores. Estando a primeira parte subdividida entre o estudo da evolução do tratamento dado às práticas comerciais desleais na Europa, passando pela análise e estudo da Diretiva 2005/29/CE.

Alguns pontos fundamentais deste regime como a cláusula geral utilizada, ou a harmonização máxima preconizada, serão alvo da nossa especial atenção.

A preocupação da defesa dos consumidores em termos europeus tem tomado cada vez mais proporções dimensionais nos 27 Estados-membros, e traduzindo-se numa melhor informação aos consumidores europeus, demonstra por parte dos organismos uma menção notável.

Ainda a visão desta matéria pela ótica dos concorrentes terá aqui de ser afluída, pois procuraremos responder neste capítulo à questão de saber se efetivamente o regime de proibição em apreço não pode convocar também uma defesa indireta dos concorrentes no mercado.

A segunda parte deste trabalho versará sobre a defesa dos consumidores, e nesse vértice procura compreender essencialmente o regime de defesa, e as eventuais inovações que a emanação da Diretiva em estudo tenha trazido neste campo.

Será importante debruçarmo-nos sobre os principais direitos dos consumidores que afloram esta matéria no nosso ordenamento, para compreender se a liberdade contratual está aqui a ser posta em causa.

Depois faremos uma abordagem, a nível do ordenamento interno, da matéria, introduzindo a forma como a transposição da Diretiva em apreço decorreu, através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Na terceira, e última parte deste trabalho, problematizaremos os meios de reação ao dispor no nosso ordenamento para que exista oposição às práticas comerciais desleais.

Desde logo num capítulo onde abordaremos a invalidade dos contratos, os termos em que a mesma decorre, numa alusão à anulabilidade parcial dos mesmos, e à possibilidade de recurso a mecanismos como a modificação, ou a redução do contrato que tenha sido realizado, sob a influência indevida de práticas comerciais desleais.

Depois estudaremos o regime de responsabilidade civil adjacente a esta proibição, contra os prevaricadores. Sem ter de todo como objetivo aprofundar a relevância que o instituto da responsabilidade civil detém – por não ser obviamente o tema deste trabalho – procuraremos determinar os direitos que o consumidor lesado tem, para que seja ressarcido pelos danos causados com o uso destas práticas.

Por fim, será determinante estudar-se o direito de ação, previsto no nosso ordenamento e ao dispor dos consumidores. Será de discutir se a legitimidade para intervir com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar estas práticas, cabe a todos, e quaisquer interessados, e qual o papel das associações de defesa dos consumidores nessa abordagem inibitória.

Cumpre ainda referirmo-nos à metodologia que se utilizou para realizar a presente investigação, e formular o nosso estudo.

Procurou-se utilizar um método dedutivo, quanto à análise de todos os dados que têm vindo a ser divulgados e públicos quanto à aplicação prática do regime da proibição das práticas comerciais desleais, quer a nível europeu, como interno.

Em simultâneo, e como métodos de procedimento, deu-se predileção aos métodos quer histórico (pela evolução legislativa de todo o sistema em causa), quer comparativo (ao realizarem-se comparações sumárias no estudo de Direito comparado, com o regime de tratamento dado noutros Estados-membros).

Por fim, o recurso à pesquisa de diversa bibliografia, incluindo artigos jurídicos, e jurisprudência, constituiu a forma de recolha e de tratamento das informações sobre as matérias da presente investigação.

PARTE I – AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

CAPITULO I – As práticas comerciais desleais ao nível europeu

§ 5.º As práticas comerciais desleais: evolução.

«Dêem-lhe todas as satisfações económicas de maneira que não faça mais nada senão dormir, devorar pastéis, e esforçar-se por prolongar a história universal; cumulem-no de todos os bens da terra e mergulhem-no em felicidade até à raiz dos cabelos: à superfície de tal felicidade como à tona de água virão rebentar bolhas pequeninas.»

Dostoievski, Cadernos do Subterrâneo

5.1. Âmbito geral da sua evocação

Como aponta Braudillard⁶, cada vez estamos mais rodeados de uma evidência fantástica do consumo e da abundância, que pode considerar-se estruturada a partir de uma multiplicação de objetos, de serviços, ou simplesmente de bens em geral, levando ao que pode ser concebido como uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana.

Numa evocação do estudo das relações de consumo, e da necessidade de proteção aos sujeitos e agentes económicos ali envolvidos, não poderia ser descurada uma preocupação relativa ao pleno foco do consumo, que se consubstancia e reflete na organização total da vida quotidiana.

Esta pode ser entendida como uma homogeneização integral, onde tudo está compendiado na facilidade enquanto translucidez de uma felicidade que é abstrata e que advém da possibilidade de ter tudo, e ao mesmo tempo.

⁶ BRAUDILLARD, Jean - *A Sociedade de Consumo*. Edições 70: Lisboa, 2010. p. 13 – 22.

A ordem sistêmica que criou o consumo exacerbado de bens levou também à necessidade de o Direito se intrometer nestas relações, e começar a preocupar-se com os efeitos sociais deste mesmo consumo.

O evoluir dos comportamentos determinou claramente a existência de que um “pensamento mágico” que comanda o consumo, ao criar uma mentalidade que é sensível a tudo o que for miraculoso face ao comum.

Ainda na sequência do pensamento de Braudillard, partilhamos a sua ideia de defesa da existência de um benefício no consumo que não resulta do fruto do trabalho ou dos processos de produção, mas sim do referido “milagre” que campanhas publicitárias, e determinadas práticas, provocam na dimensão subjetiva do consumidor.

Acresce que hoje temos muito mais do que um mero telespectador sentado como recetor de imagens, enquanto carrega em botões de comando. As pessoas deixaram de estar só dependentes destas indicações, e com o mundo virtual ficaram muito mais sujeitas a outro tipo de influências.

A partir deste conceito - a captação que o consumidor faz de tudo o que se lhe ocorre como “miraculoso”- há que procurar compreender a necessidade de existir uma proteção especial deste, quando confrontado com determinadas práticas comerciais.

Certo é também que com a circulação transfronteiriça de bens e serviços passou a oferecer-se ao consumidor uma maior escolha de bens e serviços, entre os quais se incluem produtos inovadores, que podem não estar disponíveis nos seus próprios países, incentivando-se uma oferta mais eficaz, e a preços mais competitivos.

Apesar de ser óbvio o aumento dos benefícios decorrentes do mercado interno, e das transações ali ocorridas, é evidente que a sua realização plena ainda não está devidamente efetivada, existindo vários entraves.

E mesmo se estes fossem todos suprimidos, questionamo-nos se as práticas comerciais desleais não constituiriam elas próprias obstáculos de relevo ao funcionamento do mercado interno.

Importa referir que o conceito destas nos termos da lei⁷, traduz as que sejam desconformes à diligência profissional, que distorçam ou sejam suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário, ou que afetem este relativamente a um certo bem ou serviço.

Sem uma defesa eficaz dos consumidores, as práticas comerciais desleais, (cujo conceito dissecaremos adiante) podem minar a sua confiança, mas em contrapartida um apertado controlo dos agentes económicos pode ter um efeito repressivo na economia.

Por outro lado, podem provocar distorção do mercado, ao afetarem negativamente a capacidade de o consumidor agir com conhecimento de causa e efetuar escolhas eficientes, como seria de esperar, apesar de toda a satisfação que lhe é proposta.

Mas a distorção das preferências dos consumidores prejudica sem dúvida os seus interesses coletivos. Ainda que desta não resulte qualquer perda financeira para individual e concreta, a alteração das decisões é suficientemente preocupante, por provocar alterações na concorrência.

A verdade é que quem atue de forma desleal poderá levar ao afastamento dos consumidores em relação aos seus concorrentes que até respeitam as regras.

Por isso urge compreender a influência e a manipulação que as práticas comerciais podem ter sobre os consumidores, os seus comportamentos, e a responsabilidade gerada ao nível das relações de consumo, para nos inteirarmos sobre os termos de proteção que legalmente devem estar adjacentes.

⁷ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, art. 5º.

5.2. Aspetos essenciais da sua caracterização

Um dos vetores fundamentais para a defesa dos consumidores consiste na sua tutela contra práticas comerciais que sejam desleais e agressivas, o que se assume ocorrer cada vez mais na sociedade moderna.⁸

Não estando perante os modelos comuns e tradicionais de comércio industrializado, porque o mero comerciante já não espera atrás de um balcão a chegada dos clientes, e a dinamização do próprio mercado tem levado a que aquele vá em busca dos consumidores, recorrendo às mais variadas técnicas.

A necessidade de tutelar diretamente o consumidor contra práticas comerciais que sejam desleais decorreu também da ideia tradicionalmente instituída de que «a repressão das práticas comerciais agressivas era apenas possível com base na legislação comercial, e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, sancionados exclusivamente através do instituto da concorrência desleal.»⁹

Sendo o consumidor o primordial sujeito no objeto da disputa concorrencial entre os agentes, tinha vindo a ser entendido como que estando desprotegido pela disciplina da concorrência, por a ideia base desse instituto ser precisamente a de que só os comerciantes lesados por atos desleais poderiam reagir contra essa situação.

Defendemos no entanto que esta posição não era por si só de todo a mais adequada, pois a concorrência¹⁰ não deve ser entendida como um instituto delimitador dos direitos do consumidor, tendo até já sido até defendida na doutrina alemã, num sentido completamente inverso, e muito amistoso à defesa do consumidor.¹¹

⁸ LEITÃO, Luís Menezes – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*. Almedina: Coimbra, 2012. Pp. 369 e ss.

⁹ Idem. p. 370.

¹⁰ ÁGUILLA-REAL, Jesús Alfaro – Competencia desleal por infracción de normas. *Revista Derecho Mercosur*. Vicente: La Ley SAE, 1991. N.º 202. Out.-Dec. Pp. 670 e ss.

¹¹ HIPPEL, Eike Von – *Verbraucherschutz*. *Rabels Z* 40, pp. 513 – 534 (529), trad. port. com o título *Defesa do Consumidor*, in *BMJ* 273 (1978), pp. 5-37 (29).

Hoje pode-se dizer que esta posição foi alterada¹² e que sem dúvida «a disciplina da concorrência desleal e da liberdade da concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado.»¹³

Justificando-se assim a especial incidência que está subjacente ao regime que regula as práticas comerciais, entoa-se um relevo primordial sobre a dinamização comunitária em proibir algumas práticas que como o próprio conceito já frisado, sejam de todo deturpadoras das opções do consumidor.

A observação de um regime jurídico enleante das práticas comerciais em si obriga ao difference de alguns dos aspetos mais relevantes da sua caracterização, nomeadamente quanto ao âmbito da sua aplicação, e à ligação surtida entre os vários sujeitos envolvidos.

Compor as práticas comerciais desleais importa uma obrigação de se dissecar os elementos integradores do próprio conceito de prática comercial, sublinhando a diligência profissional, e a distorção de modo substancial do comportamento económico do consumidor, o que trataremos oportunamente.

Ainda nos aspetos essenciais e caracterizadores do estudo das práticas comerciais que sejam catalogadas como desleais, é possível adiantar-se que estamos desde logo perante um regime – o das práticas comerciais – que é sobejamente abrangente.

Aqui se vão incluir claramente as condutas que põem em causa relações de consumo desde os momentos preliminares da contratação, como a formação dos próprios contratos, passando mesmo pelas consequências que de tal atuação possam advir.

¹² ANASTÁCIO, Gonçalo – Aspectos Normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal. *Revista de Concorrência e Regulação*. Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal. Coimbra: Almedina, 2011. Ano II. N. 5. Jan.- Mar. Pp. 43- 55.

¹³ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit. pp. 370.

5.3. A evolução histórica da sua regulação ao nível europeu

Admitindo que cabe à União Europeia ter um papel de forma a assegurar a proteção dos consumidores, a evolução da regulação das práticas comerciais sem dúvida que veio a destacar-se pela existência cada vez maior de um mercado interno sem fronteiras internas, o que propiciou a livre circulação de pessoas, capitais, produtos, serviços.

O regime das práticas comerciais desleais - até à Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005 - não estava reunido num único diploma, não existindo até então forma legislativa concreta e uma que resolvesse estas questões.

Mas um caudal complexo de Diretivas nas últimas décadas tem sido o escopo da própria proteção dos consumidores, sem que se possa dizer que todos os objetivos tenham sido atingidos. O próprio paradigma económico assentou no consumo como motor da economia, o que conduziu ao momento que vivemos.¹⁴

Tudo isto para rebuscarmos a ideia de que a União Europeia, em termos históricos não se limitou a produzir inúmeros instrumentos legislativos, mas como tem sido seu apanágio também têm sido definidas estratégias e considerações que procuram estabelecer níveis de segurança e proteção o mais equivalentes em toda a União.¹⁵

A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, preconizou um momento legislativo europeu de total inovação no campo da delimitação das proibições relativas às práticas comerciais, não tendo sido antecedida de nenhum diploma do mesmo género.

¹⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes – Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais? *Direito Industrial*. Almedina: Coimbra, 2012. Vol. VII. Pp. 270 – 271.

¹⁵ Idem. Sublinhamos aqui seguindo de perto Adelaide M. Leitão. Op. Cit. pp. 271, a ‘‘Estratégia comunitária em matéria de política de consumidores para 2007 – 2013’’, que teve como objetivo concretizar três pontos fundamentais: 1º dar mais poderes aos consumidores, instaurando um mercado transparente; 2º melhorar o bem-estar dos consumidores do ponto de vista da qualidade, da diversidade, da acessibilidade e da segurança; 3º proteger os consumidores contra riscos e ameaças graves. Mais informações em: http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/cps_0713_pt.pdf

Regime mais próximo poderia ser considerado o relativo às vendas à distância¹⁶ e equiparadas, mas este não chegou ao ponto referido de proibição e delimitação de práticas comerciais que sejam desleais.¹⁷

A presente Diretiva tentou pôr fim às disparidades existentes nos vários Estados-membros em relação à aplicação das disposições nacionais, quando se está perante práticas comerciais lesivas dos próprios interesses económicos dos consumidores¹⁸.

Mas não deixou de trazer para além da direta proteção dos consumidores quanto aos seus interesses económicos, também uma proteção indireta aos interesses legítimos das empresas ante a concorrência desleal que de tais práticas pode naturalmente emergir.

Uma vez que a grande questão que se coloca na análise evolutiva deste regime e da sua regulação é a de compreender a proibição imposta quanto a determinadas práticas comerciais: há que ponderar se estamos entre uma mera limitação pensada só em prol dos consumidores, ou se o objetivo não toca à regulação adequada dos mercados, incluindo todos os agentes económicos¹⁹.

A este respeito note-se que no ponto 1 do preâmbulo da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005 coube não só a usual menção do art. 153º n.º 1 e n.º 3 alínea a) do Tratado²⁰ que instituiu a Comunidade Europeia, mas mais ainda uma genérica menção, onde foi previsto que «(...) a Comunidade deve contribuir para

¹⁶ CORREIA, Miguel Pupo – Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação? *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro Direito Consumo. N.º 4. 2002. p. 165-180.

¹⁷ Considerando aqui a Diretiva N.º 7/CE/1997, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância.

¹⁸ Ponto n.º 4 dos considerandos do preâmbulo da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio.

¹⁹ No estudo da regulação, temos MOREIRA, Vital - Regulação económica e serviços de interesse geral. *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Vol. I.

²⁰ Este artigo veio mencionar que: «1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribui para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 3. A Comunidade contribui para a realização dos objectivos a que se refere o n.º 1 através de: a) Medidas adotadas em aplicação do artigo 95.o no âmbito da realização do mercado interno; (...) »

assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores (...) », aludindo à aplicação do art.º 95 do Tratado²¹.

Consideramos que a inovação histórica desde logo da regulação das práticas comerciais das empresas face aos consumidores no mercado interno, foi também a procura da defesa da existência de um espaço sem fronteiras que promovesse uma maior liberdade de estabelecimento dos agentes económicos²².

²¹ Neste sentido estipula o art. em apreço que: « 1. Em derrogação do artigo 94.o e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no artigo 14.o. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.o, e após consulta ao Comité Económico e Social, adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. 2. O n.º 1 não se aplica às disposições fiscais, nem às disposições relativas à livre circulação de pessoas e às relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados. 3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.o 1 em matéria de saúde, segurança, protecção do ambiente e defesa dos consumidores, baseia-se num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procuram igualmente alcançar esse objectivo. 4. Se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes referidas no artigo 30.o ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notifica a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção. 5. Além disso, sem prejuízo do disposto no n.º 4, se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário adotar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a protecção do meio de trabalho ou do ambiente, motivadas por qualquer problema específico desse Estado-Membro que tenha surgido após a adopção da referida medida de harmonização, notifica a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adopção. 6. No prazo de seis meses a contar da data das notificações a que se referem os n.ºs 4 e 5, a Comissão aprova ou rejeita as disposições nacionais em causa, depois de ter verificado se constituem ou não um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros, ou um obstáculo ao funcionamento do mercado interno. Na ausência de decisão da Comissão dentro do citado prazo, considera-se que as disposições nacionais a que se referem os n.ºs 4 e 5 foram aprovadas. Se a complexidade da questão o justificar, e não existindo perigo para a saúde humana, a Comissão pode notificar o Estado-Membro em causa de que o prazo previsto no presente número pode ser prorrogado por um novo período de seis meses, no máximo. 7. Se, em aplicação do n.º 6, um Estado-Membro for autorizado a manter ou adotar disposições nacionais derogatórias de uma medida de harmonização, a Comissão pondera imediatamente se deve propor uma adaptação dessa medida. 8. Sempre que um Estado-Membro levante um problema específico em matéria de saúde pública num domínio que tenha sido previamente objeto de medidas de harmonização, informa do facto a Comissão, que pondera imediatamente se deve propor ao Conselho medidas adequadas. 9. Em derrogação do processo previsto nos artigos 226.o e 227.o, a Comissão ou qualquer Estado-Membro pode recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça, se considerar que outro Estado-Membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos no presente artigo. 10. As medidas de harmonização acima referidas compreendem, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autorize os Estados-Membros a tomarem, por uma ou mais das razões não económicas previstas no artigo 30.o, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.»

²² Estatuí o diploma que: «(...) o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias e dos serviços, e a liberdade de estabelecimento são asseguradas. O desenvolvimento de práticas comerciais num espaço sem fronteiras internas é essencial para a promoção do desenvolvimento das atividades transfronteiriças. (...)»

E aqui importa referir que não seguimos a ideia preconizada por Oliveira de Ascensão²³, em relação à discussão se a Diretiva procurou apenas estabelecer-se para, e na, defesa dos consumidores e das relações de consumo.

Ainda apenas numa abordagem histórica desde logo se concorda que efetivamente a principal linha de orientação do legislador europeu foi a de criar um conjunto de regras que se preocupam diretamente com os interesses económicos dos consumidores. Mas seria apenas tal suficiente?

É surpreendente ponderar apenas - atendendo à dimensão do regime – numa lógica de consumo, que a proibição de determinadas práticas poderia visar unicamente as relações de consumo, e excluir os agentes económicos concorrentes entre si.

Certo é que não existindo uma Diretiva que verse unicamente sobre a concorrência desleal, este instituto parecia ficar arredado – numa visão minimizadora do regime – de aplicação indireta às relações de consumo, o que não podemos de todo postular. Mas tal reforça-se seria demasiado limitador.

Isto porque o próprio instituto da concorrência desleal não deixa de proteger indiretamente os consumidores, ao determinar que as empresas e os profissionais estão sujeitos a cumprimento de diversas regras que proíbem práticas abusivas, ou proibidas, e que os obrigam a não realizar concorrência desleal entre eles.²⁴

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira – Concorrência desleal: as grandes opções. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. Vol. I. Pp. 127 e ss.

²⁴ Indiretamente neste sentido ARIBONI, Pietro – Concorrência desleal. *Revista da Associação Brasileira Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Industrial, 1996. Pp. 125 – 130.

Há aqui hoje uma simbiose entre os regimes que tutelam o consumidor e a concorrência desleal, uma vez que vários dos comportamentos em causa caíam no âmbito desta última também²⁵.

E durante muito tempo - enquanto não existiu no ordenamento jurídico um regime concreto - era aquele que auxiliava no tratamento das questões e diferendos que iam surgindo com práticas comerciais desleais.

Em termos evolutivos concluímos pois que existia sem dúvida necessidade de criação de um regime que viesse tutelar de forma unitária o regime das práticas comerciais, determinando as que são proibidas em todos os Estados-membros.

Esta carência punha-se também em relação à já aludida falta de regulação destas matérias para o devido acompanhar de um novo pensamento organizacional dos relevantes interesses económicos dos consumidores, mas muito mais da regulação efetiva de um mercado concorrencial, de modo funcional.

5.4. Breve alusão ao tratamento do regime das práticas comerciais desleais em outros Estados-membros da U.E.

Conhecendo-se que as realidades económicas e sociais dos 27 Estados-membros são muito diferentes, e que o ponto de partida em defesa do consumidor não é o mesmo²⁶, é interessante verificarmos como os vários ordenamentos reagiram a esta Diretiva, nomeadamente atendendo aos estudos que têm vindo a ser realizados para compreender a visão dos novos membros.

A introdução de legislação comum ao tratamento das práticas comerciais desleais veio demonstrar a importância de uma peça legislativa deste género, entre todas as

²⁵ ASCENSÃO, Oliveira - O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal? *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 1997. Pp. 7 - 40.

²⁶ Pois temos países onde a defesa do consumidor e dos seus direitos é já uma tradição de longa data, e outros em que só recentemente se começa a poder retratar uma realidade neste sentido.

que têm sido emanadas por Bruxelas nesta área²⁷, e ao mesmo tempo serviu para com uma revisão do regime, perceber-se a aplicação prática e real que este instrumento teve em cada ordenamento.

Também se torna evidente que existia até ao momento da sua criação uma necessidade emergente de se debater e construir um caminho comum, no direito económico²⁸, e entre os vários Estados, vindo tal a justificar a harmonização máxima desta Diretiva, característica que trataremos adiante.

Não é de hoje o interesse comunitário em estudar as práticas comerciais. Já em 1965 Eugen Ulmer²⁹ tinha realizado uma análise comparativa de seis países.

E identificou três áreas de interesse passíveis de serem protegidas no âmbito da criação de legislação relativa a práticas leais ou desleais:

- _ As empresas concorrentes;
- _ Os consumidores;
- _ O público em geral.

Já nessa altura o autor supra citado constatou que a lei protegia apenas, uma ou duas destas três partes. Não sendo possível encontrar-se até então um diploma que congregasse a defesa da totalidade dos interesses de todas as partes, questionava-se qual o porquê de tal ser tão difícil, quando neste campo se cruzam situações, que mesmo que distintas, não deixam de satisfazer interesses iguais.

Surgem aqui duas visões: 1) do lado das empresas concorrentes grande parte das vezes as práticas comerciais desleais são vistas numa perspetiva ligada à propriedade industrial em especial na concentração das grandes marcas; 2) do lado do interesse do público, promove-se um gosto pelo que seriam as regras da decência, e as condutas apropriadas

²⁷ Neste sentido defende HOWELLS; MICKLITZ e WILHELMSSON – *European Fair Trading Law: the unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006.

²⁸ MONCADA, Luís Cabral de – *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 6ª ed.

²⁹ ULMER, E.– *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*. Munich: C. H. Beck Verlag, 1965.

O cruzamento das três perspetivas supra referidas pode verificar-se quando se atende que as regras criadas para proteger os consumidores têm um indireto impacto quer nas empresas concorrentes, que conhecem antecipadamente todas as regras a que ficam sujeitas as relações de todas com os consumidores finais com quem irão lidar.

Bem como se pode dizer que estas regras têm impacto indireto no público, uma vez que este é também a voz dos consumidores, e esta tem sido mais alta, nos debates travados acerca da lei da concorrência.

Podemos por isso entender que esta nova Diretiva providenciou um estímulo para o desenvolvimento de uma política de competição mais próxima do consumidor europeu.

E se tal era realmente necessário em vários países europeus, aquando da publicação da Diretiva, outros como por exemplo a Inglaterra e a Irlanda já há muito tinham vindo a desenvolver regras muito específicas de defesa dos consumidores, também na defesa dos seus interesses económicos em matéria de práticas comerciais generalizadamente.³⁰

5.4.1. A cláusula geral nos Estados-membros no âmbito da proteção dos consumidores

O mote para a verificação de que existiam realidades diferentes que necessitavam face ao tratamento diferencial, de uniformização, passou desde logo pela constatação de existência de vários conceitos com diferente alcance e interpretação entre os Estados.

³⁰ CANNARSA, Michel – La réforme des pratiques commerciales déloyales: le droit commun à rencontre du droit de la consommation. *La semaine juridique*. Paris: Doctrine, 2008. Ano 82. N. 36. Pp. 17-21.

Tal converge especialmente à noção de consumidor³¹ – cujo esforço europeu nas últimas décadas tem existido para aproximar a sua nomenclatura em variados diplomas que traduzam ao nível interno uma aproximação do conceito – até à questão da diligência profissional, ou mesmo dos consumidores economicamente vulneráveis e com uma figuração especial: menores e idosos.

A ideia inicial de se criar uma cláusula geral que harmonizasse ao máximo a aplicação do regime das práticas comerciais desleais, trouxe especificamente no âmbito desta matéria, uma imposição que até então não existia.

Explicitada adiante aquando da análise concreta dos termos da Diretiva 2005/29/CE, destaca-se que só a aplicação prática deste regime permitiria consolidar ou não este recurso a uma cláusula geral, para tratar um tema de si só tão vasto.

Existiu no entanto a reserva de que a integração de tal cláusula a um nível tão específico, como a proteção dos consumidores face a práticas resultantes de contratos de consumo que sejam desleais, poderia ser delimitadora da aplicação da própria Diretiva.

Até porque muitas vezes as cláusulas gerais, quando existem, falham na adequada integração da dimensão pretendida, nomeadamente por partirem de um entendimento tão generalista, acabam por não surtir o efeito desejado.

Veremos que este não foi o caso, e que os Estados-membros na sua utilização ficaram a ganhar, contrariamente ao que foi defendido por alguns autores. A escolha de uma cláusula geral que levou à chamada harmonização máxima da

³¹ BERNARDEAU, Ludovic – La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l'arrêt de la C.J.C.E. du 22 Novembre 2001. Idealservice aff. Jointes C-541/99 et C-542/99). *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain, 2001.Pp. 341 ss.

Diretiva não foi de todo ao acaso, e congratula-se a posição defendida face ao efeito desejado³².

No entanto existem outras diferenças entre os vários Estados³³ que podem ser recordadas: alguns tinham uma única estrutura elaborada com comuns estatuições, que colocava em conjunto práticas comerciais e de consumo, existindo depois detalhes e diferenças entre como se aplicam estas normas aos consumidores e às respetivas empresas³⁴.

Exemplos aqui a ter em conta são: *Danish Marketing Practices Act*; *Swedish Marketing Act* e *Austrian, German e Greek Act*, onde foram tidos em conta instrumentos que punham em causa a concorrência desleal.³⁵

E poderíamos continuar com mais exemplos genéricos, para elucidar a forma diferente como todo este tema tem sido tratado, atendendo ao exemplo Belga, onde no *Act on Commercial Practices and Consumer Information*, existiam duas cláusulas gerais: uma que protege os interesses das empresas, e outra que protege os consumidores, sendo muito semelhantes, e apenas diferindo na extensão do prejuízo ou dano que precisa de ser acautelado.

Situação semelhante ocorria na Finlândia, mas ali foram adotados dois diplomas: *The Consumer Protection Act* e o *Unfair Trade Practices Act*³⁶.

Mas poderíamos ainda referir que outros países resolveram desenvolver regras para abarcar a concorrência desleal, nos seus Códigos Civis, em vez de determinarem ou criarem regras específicas para a proteção deste tema.

³² FONTAINE, Marcel - *La protection du consommateur et l'harmonization du droit européen des contrats*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris : Dalloz, 2004.

³³ HOWELLS; MICKLITZ e WILHELMSSON – *European Fair Trading Law: the unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006. Pp. 3 e ss.

³⁴ Também neste sentido WILHELMSSON, Thomas - Consumer Law and the environment : from consumer to citizen. *Estudos de Direito do Consumo*. Coimbra : Centro Direito Consumo. N.º 1. 1999. p. 353 – 383.

³⁵ BORN, Georgina; PROSSER, Tony – Culture and Consumerism: citizenship, public service broadcasting and the BBC's Fair Trading Obligations. *The Modern Law Review*. Oxford: London School of Economics, 2001. Vol. 64. N. 5. Pp. 657-687.

³⁶ Idem.

Ainda nesta análise sumária e introdutória da forma como os diversos regimes europeus tratavam as práticas comerciais desleais, e como matéria de destaque, podemos ressaltar a dita existência de cláusulas gerais nos diversos ordenamentos.

Atendendo a que existem princípios jurídicos que em si mesmos são distintos e nalguns casos mesmo divergentes, impõe-se em concreto que seja feita uma abordagem sumaríssima quanto aos termos em que os diversos ordenamentos tratavam esta questão³⁷.

Na Espanha também já existia uma cláusula geral que era proibitiva de práticas desleais³⁸. A partir da Ley de Competencia Desleal³⁹, o seu art. 5º⁴⁰ menciona tal.

Para além deste diploma espanhol, destaca-se também a sua “ley general de publicidad”⁴¹ onde o seu art. 6º faz uma menção de que a publicidade pode ser considerada desleal se for contrária às «exigências da boa fé y a las normas de correccion y bonos usos comerciales.»⁴²

De entre outros países membros da União Europeia destacamos o exemplo alemão, sendo que na Alemanha já existe desde 1909 uma lei contra a concorrência desleal⁴³.

Aquela lei menciona sumariamente que uma pessoa que no decorrer de qualquer atividade comercial, com objetivos concorrenciais, praticar atos

³⁷SCHULZE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans – *Analysis of national fairness laws aimed at protecting consumers in relation to commercial practices*. Bruxelles: Directorate General Health and Consumer Protection of the European Commission (DG SANCO), 2003. Pp. 50 – 52.

³⁸GARCIA PÉREZ, Rafael – Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz da Diretiva sobre práticas comerciais desleais. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: EINSA Multimédia. N. 242. Maio 2006. Pp. 60- 73.

³⁹Ley n.º 3/1991, de 10 de janeiro.

⁴⁰«(...) se reputa desleal todo o comportamiento que resultado objectivamente contrário a las exigências de la buena fe (...).»

⁴¹Ley n.º 34/1998, de 11 de novembro.

⁴²GOMEZ POMAR, Fernando – The unfair commercial practices directive : a law and economics perspective. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona : InDret. N.º 330, Jan. 2006.

⁴³A chamada Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb,

contra bonos mores (contra a moral *publica*), pode vir a ser chamada a pôr fim a esses atos, e mais a ter de reparar os danos que causar.

Mas para além desta cláusula geral no art. 3º do UWG, em relação à publicidade enganosa, ressaltamos também a existência de uma segunda cláusula geral a respeito de práticas desleais, atendendo a afirmações enganosas.

Nos países nórdicos, como a Dinamarca e a Suécia, a cláusula geral estabelecida é fundada nas boas práticas de marketing para diferenciar todas as práticas que sejam contra estas.

Exemplos de países onde não existia ainda nenhuma cláusula geral alusiva a esta matéria são a Itália⁴⁴ e a França. Na primeira, ainda que não existisse uma cláusula que proibisse a concorrência desleal, o Codice Civile Italiano previa a proibição de «actuações contrárias aos princípios da lealdade ou correcção profissional», nos termos do art.º 2598 n.º 3.⁴⁵

Mas denote-se que este artigo não era aplicável diretamente aos consumidores, ou às relações de consumo, pelo que a transposição da presente Diretiva teve de alterar esta realidade⁴⁶.

No exemplo francês⁴⁷ que citamos na ausência de uma cláusula geral, apenas no âmbito das relações entre as empresas e os consumidores, se pode interpretar existir uma chamada obrigação de informação, com tal amplitude, ao ponto de obrigar os profissionais a comunicar aos consumidores, as

⁴⁴ ALPA, Guido - I contratti dei consumatori e la discipline generale dei contratti e del rapporto obbligatorio. *Rivista di diritto civile*. Pavoda: CEDAM-Casa Editrice Dote Antonio Milani. N. 6. 2006.

⁴⁵ ALPA, Guido - *Il diritto dei consumatori*. Bari: Laterza, 1999. Pp. 123 – 130.

⁴⁶ INCARDONA, Rosella – La diretiva n.º 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni. *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*. Napoli: Editoriale Scientífica, 2006. Anno XLV – n. 2 – Abr. – Jul. ISSN 0391-6111. Pp. 361 – 383.

⁴⁷ GANNAGE, Léna – *La règle de conflit face à l'harmonization du droit de la consommation*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris: Dalloz, 2004.

características essenciais dos bens ou serviços a estes fornecidos⁴⁸, e tal de todo pode ser tido como uma cláusula geral.⁴⁹

Estas indicações revelam o nosso principal objetivo de demonstrar que o que existia até à Diretiva, não eram regimes incompatíveis entre si, mas eram sem dúvida soluções muito divergentes, pensadas e criadas atendendo à realidade de cada país, e que o legislador europeu pretendeu uniformizar.

5.4.2. O regime das práticas comerciais desleais nos novos Estados-membros.

Postas estas explicações generalizadas, e atendendo aos diversos ordenamentos jurídicos em apreço, resolvemos reforçar aqui em termos comunitários o modo como alguns dos novos Estados-membros resolviam as matérias que a Diretiva relativa à proibição das práticas comerciais desleais veio trazer.

Estamos a referir-nos a países como a República Checa, a Estónia, a Hungria, a Lituânia, a Polónia, a Eslováquia, e a Eslovénia, sobre os quais foi realizado um estudo⁵⁰ em 2005, que veio retratar sumariamente os termos em como estes países tratavam legalmente as práticas comerciais desleais, e como tiveram de se adaptar para a transposição da Diretiva aqui em apreço.

A utilização por exemplo de cláusulas gerais não era algo de todo inovador, mas em quase todos existia legislação relativa ao tratamento destas práticas, usada não só para proteger os consumidores ou os clientes, mas também para melhor funcionamento do mercado.

Destes países que já detinham uma cláusula geral na proteção tanto dos consumidores como mesmo de entidades concorrentes destacamos a República Checa a Hungria, a Polónia e a Eslováquia.

⁴⁸ Nos termos do “Code de la Consommation”.

⁴⁹ CALAIS-AULOY, Jean - L’influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz Revues. N. °1. 1998.p. 115- 130.

⁵⁰ DAM, Cees Van – Unfair commercial practices. *An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. Pp. 28

Quanto ao conteúdo dessas mesmas cláusulas gerais, pode ressaltar-se o facto de serem tidas em conta as boas práticas do mercado, em especial a defesa dos “bons costumes” na concorrência, no caso da República Checa e da Eslováquia, bem como a existência de “boas práticas de mercado”, “práticas honestas” ou um “princípio geral de boa fé”, nomeadamente na Estónia, e na Polónia.

Mas a própria noção de consumidor também nos novos Estados-membros se enuncia com diferenças substanciais.

A título de exemplo no Chipre verificamos que o consumidor é uma pessoa natural entendida como alguém que não tem ligação comercial, ou profissional num determinado relacionamento. Já na República Checa a alusão ao consumidor pode ser encontrada em dois instrumentos legais: o Código Civil e uma lei específica de proteção dos consumidores.

Por estes diplomas se conclui que nestes países um consumidor pode ser uma pessoa individual ou coletiva que compra bens ou a quem são prestados serviços, ou mesmo com quem são concluídos contratos, sem que esta atividade esteja subjacente a um fim empresarial.⁵¹

Em sentido diferente, por exemplo na Polónia, é o próprio Código Civil que no seu art. 22º, n.º 1 define os consumidores, mas estes são ali incluídos sem a sua existência tenha de estar necessariamente relacionada com a sua atividade económica ou profissional.

Também na Eslováquia a noção de consumidor pode ser reportada de forma diferente conforme os diplomas em causa, nomeadamente há alusão a este não só na lei de defesa do consumidor, como na lei que retrata a proteção dos consumidores nas compras e vendas à distância e equiparadas, e ainda num capítulo do Código Civil.

⁵¹ Idem. Pp. 33 e ss.

Outro dos conceitos resultantes da Diretiva relativa às práticas comerciais que também tem alusões diferentes nos vários Estados-membros é o relativo aos consumidores com especial vulnerabilidade.

Em especial quando se tem de ter em conta uma idade para que as crianças, por exemplo, necessitem de uma especial proteção: alguns países determinam em concreto uma idade para ser tida em apreço, outros não.

Na República Checa até aos 15 anos, as crianças são consideradas consumidores que necessitam de uma especial proteção, bem como na Eslováquia.

Mas por exemplo a Hungria já determinou duas categorias de idades a ter em conta: dos 0 aos 14 anos, e dos 15 aos 18, como idades específicas para que o legislador entenda ser necessário prever uma posição de defesa diferente, atendendo a que no primeiro escalão que estão abrangidas as crianças, e no segundo os juvenis.⁵²

Por contraposição a maioria dos países não estipula qualquer idade, nos termos gerais incluídos nesta noção de crianças os menores, catalogados civilmente enquanto tal.

Ainda que se pudessem retratar pontos divergentes sobre quase todos os itens que foram trazidos pela Diretiva n.º 2007/29/CE entre estes novos Estados-membros, a transposição do regime da mesma ocorreu, tendo cada um deles de adaptar as suas estruturas legais aos modelos impostos pela harmonização máxima do presente diploma.

⁵² Idem. Pp. 37.

Será por isso muito interessante conhecer as conclusões que a Comissão venha a divulgar em relação a trabalhos preparatórios da revisão do presente regime, que venham a ocorrer, nomeadamente para se perceber se na prática estes novos países conseguiram realizar o objetivo principal da quanto à harmonização do regime.

§ 6.º A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.

O objetivo desta Diretiva torna-se clarividente quando se trespassa a indicação das práticas que são consideradas como proibidas e conseqüentemente desleais.

No entanto não pode olvidar-se que se tomou com demasiado peso neste regime o suprimento de todos os entraves que existissem no mercado interno, substituindo mesmo as cláusulas gerais e os princípios jurídicos entre si divergentes entre os Estados-membros.

Neste sentido determinou o ponto 13 do preâmbulo da Diretiva em apreço um dos propósitos que surgiu no enfiamento da criação deste regime⁵³, ao colocar o mote no estímulo da confiança dos próprios consumidores aqui implicados.

Enunciou-se assim um rol de princípios para a prossecução do objetivo já frisado, de limitar ou remover todos os obstáculos que existiam para a livre circulação de serviços e produtos, entre as disposições criadas, procurando quer o funcionamento do mercado interno, quer um elevado nível de defesa dos consumidores, quando em causa estão práticas que lesam os ditos interesses económicos dos mesmos.

Atendendo à estrutura formal da Diretiva em apreço, ressalva-se após a enumeração de diversas definições legais, e já nas disposições gerais a enunciação do âmbito de aplicação que resulta diretamente do art.3º n.º 1, firmando-se a importância da aplicação das presentes regras «antes, durante ou após de uma transacção comercial relacionada com um produto.»

Contudo é a partir do art. 5º que se começam neste diploma a descrever em concreto as práticas comerciais desleais, nomeadamente ao tratar-se da sua proibição, subdividindo depois estas em práticas enganosas e agressivas, subdividindo ainda as primeiras em omissões enganosas.

⁵³ «(...) A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas. (...)»

Uma palavra também para a estipulação nesta Diretiva - alusiva às práticas comerciais desleais - no seu art.10º - de códigos de conduta, permitindo-se o controlo das práticas comerciais pelos titulares destes.

No art. 11º deste diploma⁵⁴ é dado enlevo às formas de recurso e proteção que os Estados têm de tornar disponíveis para os consumidores, quer se tenha de recorrer a uma ação judicial, ou à submissão do caso a autoridades administrativas, dando uma total liberdade de estipulação do procedimento aos Estados-membros.

E o mesmo se aplica em relação ao sancionamento destas práticas. No final da Diretiva, o art. 13º estipulou que mais uma vez cada um dos Estados deverá assentar quais as sanções que são aplicáveis à violação destas normas, tomando as medidas que lhe configurarem necessárias para assegurar a efetiva aplicação destas disposições.

Note-se que o legislador europeu não determinou - entre toda a harmonização pretendida - uma forma de sanção uniforme para os vários Estados. Tal como não tomou um partido uniforme quanto às formas de aplicação para assegurar a existência dos referidos ‘meios adequados e eficazes’, indicando que cada Estado assegurará a solução que considerar mais adequada.

Surgiu também da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, um variado leque de alterações de diplomas já existentes como a Diretiva 84/450/CEE, a Diretiva 97/7/CE, a Diretiva 2002/65/CE, a Diretiva 98/27/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, cabendo com a sua publicação, um dever de informação sobre os Estados-membros⁵⁵.

Ou seja, na medida da necessidade de informação aos consumidores em cada Estado, quanto às inovações decorrentes no ordenamento jurídico de cada um, pela transposição da Diretiva, o novo regime instituiu que deveriam ser tomadas medidas de incentivo a todos os profissionais e titulares de códigos de conduta, para que estes também informem os consumidores dos seus próprios códigos.

⁵⁴ O art. 11º da Diretiva 2005/29/CE refere 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 Directiva no interesse dos consumidores.»

⁵⁵ ALPERIN, Howard J.; CHASE, Roland F. – *Consumer Law: sales practices and credit regulation*. Westlaw: Thomson West, 1986.

Por fim e iniciando pelo dever de informação, que já resultava do art. 17º da Diretiva 2005/29/CE, a Comissão em 2005 indicou existir a necessidade de se rever a aplicação prática da Diretiva aqui em estudo.

Devendo ser apresentado um relatório pormenorizado sobre precisamente essa aplicação pela mesma ao Parlamento para se «(...) reforçar a harmonização e a simplificação da legislação comunitária relativa à protecção do consumidor (...) sobre quaisquer medidas que seja necessário tomar ao nível comunitário para assegurar que sejam mantidos níveis adequados de defesa do consumidor (...).»⁵⁶

6.1. Caraterização geral do novo regime instituído na União Europeia

À medida que a União Europeia tem vindo a desenvolver-se, o potencial de mercado tem vindo a tornar-se cada vez maior, e se bem que muitas das barreiras que existiam quanto ao comércio transfronteiriço foram já eliminadas, propondo-se novas possibilidades quer para as empresas, quer para os consumidores.

A verdade é que muitos cidadãos europeus ainda hesitam quando pensam em realizar transações transfronteiriças, havendo sempre a preocupação sobre o nível de protecção que lhes é garantido. Como já tem vindo a ser referido neste trabalho, a Diretiva 2005/29/CE foi adotada precisamente para que possa ultrapassar o obstáculo ao desenvolvimento do mercado interno na Europa.

Ao substituir-se uma multiplicidade de normas existentes nos vários países por uma legislação comum, a Diretiva pretende clarificar e simplificar o processo de definição de uma prática comercial desleal, fornecendo um único ponto de referência europeu⁵⁷.

⁵⁶ Tal como resulta do n.º 1, art. 18º, da Diretiva 2005/29/CE.

⁵⁷ Esta preocupação e necessidade já havia sido aludida por JAYME, Erik - Les contrats conclus par les consommateurs et la loi applicable aux obligations contractuelles. *Droit international et droit communautaire: actes du colloque Paris 5 et 6 Avril 1990*. Paris: Fondation Calouste Gulbenkian. Centre Cultural Portugais, 1991. Pp. 77 ss.

Este passaria a ser utilizado e referenciado quer na ótica do tratamento dos consumidores, como dos profissionais, garantindo-lhes aqueles que são os seus direitos e clarificando as práticas que são permitidas.

Começa-se pois a compreender que a base de criação deste regime, foi com certeza muito além da mera proteção direta dos consumidores. O ponto de vista empresarial e concorrencial foi também tido em conta.

Tal como inicialmente mencionámos coloca-se aqui nesta abordagem geral da aplicação da Diretiva uma das principais questões, que serve também de mote a este trabalho: o âmbito da sua aplicação deve cingir-se apenas a relações de consumo, ou poderemos entender que subjacente a esta proteção está uma ligação indireta ao instituto da concorrência?

Discordamos de todo da doutrina preconizada por Oliveira Ascensão⁵⁸, ao indicar que «a Directriz integra-se expressamente no Direito do Consumidor. Embora o art. 1 indique como objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores, a verdade é que o mesmo preceito indica que esses objectivos serão atingidos no âmbito das disposições relativas às práticas comerciais desleais que *lesam os interesses dos consumidores.*»

A Diretiva sem dúvida que tem como objetivo fundamental o estudo e o tratamento das práticas comerciais que sejam desleais, no âmbito das relações de consumo. Mas não podemos concordar com a ideia de que este seja o seu único e expresso fundamento.

Considerando de modo ainda primitivo neste trabalho que a disciplina de regulamentação das práticas comerciais absorve muito mais que o tratamento e a defesa dos consumidores, temos de assumir uma posição abrangente em relação à própria captação do instituto da concorrência desleal.

⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira – Concorrência desleal: as grandes opções. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier.* Coimbra Editora: Coimbra, 2007. Vol. I. Pp. 126 e ss.

Na evolução do próprio, destaca-se a necessidade que se sentiu na segunda metade do século XIX em França, pela jurisprudência francesa, de que existisse uma disciplina legislativa especial que reprimisse os atos desleais de concorrência, tendo inicialmente sido baseada no regime geral da responsabilidade civil extracontratual.⁵⁹

Posteriormente a própria Alemanha veio a consagrar uma disciplina específica sobre a concorrência desleal⁶⁰. «O acto desleal traduzia a contrariedade do acto com a cláusula geral dos bons costumes.»⁶¹

«A lei alemã de 2004 veio culminar, de modo coerente, um longo processo de evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária favorável a uma profunda modernização e mudança de perspectiva do instituto traduzida, essencialmente, na adopção do referido modelo social, numa nova noção de acto de concorrência e do acto desleal (...) e no alargamento do campo objectivo da aplicação. A lei visa a protecção dos interesses dos concorrentes, dos consumidores e de outros participantes do mercado em relação a actos de concorrência desleal e a protecção do interesse geral a uma concorrência não falseada.»⁶²

Em Portugal o ato de concorrência tem ainda uma disciplina que é fortemente influenciada pelo modelo profissional⁶³, acabando por não prescindir da existência de uma relação de concorrência entre os sujeitos, indo mesmo contrariar a tendência de outros países, como é o caso da Alemanha, já atrás versada.

Esta explicação é aqui trazida, na tentativa inicial de compor uma resposta à questão acima mencionada quanto à perspectiva visada com a atual Diretiva em relação ao campo de atuação e determinação da proibição das práticas comerciais.

⁵⁹ GONÇALVES, Luís M. Couto – *Manual de Direito Industrial: patentes, desenhos ou modelos, marcas, concorrência desleal*. Coimbra, Almedina, 2008.Pp. 403 e ss.

⁶⁰ Primeiro com a lei 27 de junho de 1896, e mais tarde com a lei de 7 de junho de 1909 – *Gezetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG* - depois revogada pela lei de 3 de julho de 2004.

⁶¹ *Ibidem*. pp. 404.

⁶² *Idem*. pp. 407.

⁶³ CORREIA, Sérvulo – Efectividade e limitações do sistema português da aplicação impositiva do direito da concorrência através dos meios processuais e civis. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. II.

Na Europa a defesa dos consumidores desde o Tratado que institui a Comunidade Europeia⁶⁴ teve sempre como princípio estruturante uma política que consagrava a mesma de forma autónoma, sendo sem dúvida esta área do Direito de produção legislativa privilegiada.

O maior objetivo da presente Diretiva foi o de criar um nível de regulação que fosse uniforme e compreensível para o mercado interno, pelo que nesta ótica temos de atender a dois fins muito específicos⁶⁵:

- 1) o fortalecimento da confiança dos consumidores na realização de transações transfronteiriças;
- 2) o eliminar das diferenças existentes nas várias leis nacionais que desencorajassem o mercado único.⁶⁶

A proteção do consumidor não é nesta Diretiva uma finalidade em si, mas sim algo que é convergente com o fortalecimento do próprio mercado, podemos fomentar desde logo a ideia de que a mesma não terá sido criada com um único propósito relativamente às relações de consumo.

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

E neste caso parece-nos evidente esta ligação, podendo mesmo considerar que o sistema germânico da concorrência desleal terá porventura influenciado esta Diretiva das práticas comerciais, tendente a uma ligação entre a concorrência desleal e os consumidores.⁶⁷

⁶⁴ CAMPOS, João Mota – *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 1990. Vol. II.

⁶⁵ Também neste sentido de defender a existência de dois objetivos primordiais ver COLLINS, Hugh – The unfair commercial practices directive. *European Review of Contract Law*. London: De Gruyter, 2005. N.4, Diciembre. Pp. 418.

⁶⁶ CRISTAS, Assunção – Concorrência desleal e proteção do consumidor: a propósito da Diretiva 2005/29/CE. *Homenagem da FDL ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007. Pp.143 – 145.

⁶⁷ Idem.

Note-se no entanto que relação à proteção do consumidor no direito português tem-se considerado que este também se filia numa tradição que aparta esta dos objetivos do instituto da concorrência desleal.

Mas defendemos que a distinção entre a concorrência desleal e a proibição das práticas comerciais desleais nas relações com os próprios consumidores não tem todavia uma rigidez tão nítida que as afaste.

Tal como Assunção Cristas, também estamos em crer que a clientela não se separa claramente do conjunto de consumidores.⁶⁸ Além de que a proteção do mercado é transversal às noções em apreço.

Nesta análise generalista de caracterização do regime instituído pela Diretiva alusiva às práticas comerciais desleais, versando a sua proibição denota-se que na estrutura da própria Diretiva, podemos encontrar uma divisão tripartida e subdividida da mesma.

A cláusula geral encabeça o principal na determinação da deslealdade das práticas que depois se dividem em enganosas ou agressivas, podendo as primeiras ocorrer por ação ou omissão.

Deste modo a elaboração de uma cláusula geral, ponto que desenvolveremos adiante, pressupõe o trazer-se uma interdição geral para todos os Estados Membros que uniformemente procura substituir as cláusulas gerais que ainda estivessem em vigor em cada Estado.

São pois descritas duas principais categorias de práticas comerciais desleais: as enganosas, e as agressivas. E as práticas desleais serão catalogadas conforme caíam no âmbito destas disposições, sendo que aquelas são avaliadas à luz dos efeitos que tenham, ou sejam suscetíveis de ter, sobre o consumidor médio⁶⁹.

⁶⁸ Ainda claro que a clientela seja encarada no âmbito do direito comercial, e os consumidores sejam erigidos como titulares de direitos.

⁶⁹ Expressão a cuja noção dissecaremos adiante, nos termos que a própria Diretiva a traduz, no sentido de defender uma proteção mais específica dos sujeitos a quem considera se pode aferir a deslealdade ocorrida.

Esta expressão que é aqui utilizada, preconizou a existência de várias críticas, muito pelo facto da noção de “consumidor médio” - que a Diretiva ressalta como existente nos Estados-membros - não coincidir entre os Estados como parecia ser pressuposto de partida do legislador europeu.

Se uma determinada prática comercial for dirigida a um grupo particular de consumidores, o membro médio desse grupo será o marco de referência, e essa mesma prática será avaliada face a tal, para determinar a sua lealdade ou deslealdade.

Esta noção de consumidor acabou por ser bastante controversa, e trazer diversas críticas à forma como a Diretiva ponderou esta existência.

Facilmente se compreenderá que em todos os Estados-membros existem realidades culturais, económicas e jurídicas que sempre levaram entre todos a que existissem grandes discrepâncias no tratamento de diversos temas.

Vir a entender-se que quem tem de ser protegido contra as práticas comerciais desleais é um consumidor médio europeu, que é tido, pelo Tribunal de Justiça Europeu, pela sua interpretação, como um consumidor que normalmente é informado e razoavelmente atento e advertido, poderá não estar a levar em conta todos os fatores de ordem social, cultural e linguística.⁷⁰

No entanto compreendemos que tenha de se criar mecanismos de proteção que tendam a criar noções uniformes para a aplicação deste regime em todos os Estados.

⁷⁰ GONZALEZ VAQUÉ, Luís – La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Madrid: Centro de estudios constitucionales. N. 17. 2004. Pp. 57-73.

A noção de consumidor médio informado, será apenas mais uma, conforme a jurisprudência do Tribunal Justiça Europeu⁷¹, podendo não equivaler em todos os países, pelas realidades diferentes, o que por si só traz acrescidas dificuldades no tratamento judicial dos conflitos iminentes da presente Diretiva.

Mas ainda assim não poderá ser de todo afastado.

Ainda que caiba aos tribunais e às autoridades administrativas nacionais exercer a sua faculdade de julgamento e punição, certo é que não poderão afastar-se de toda a interpretação que em termos de justiça europeia tem vindo a ser emanada.

Nos termos de aplicação reforça-se que as ações ali desenvolvidas são as atividades que os profissionais desenvolvem na promoção e na venda dos seus bens ou serviços.

Surgem assim pois conceitos de subdivisão para na determinação da deslealdade separar as situações que podem ocorrer. Na generalidade poderemos assim confirmar que uma prática é enganosa se:

_ *contiver informações falsas*, sendo inverídicas, ou _ que *por qualquer forma*, incluindo a sua apresentação geral, *induza ou seja suscetível de induzir em erro* o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, e _ que em ambos os casos, *conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado*.

Louva-se que os critérios para a avaliação de uma prática comercial como desleal, por ser enganosa, sejam critérios objetivos, uma vez que não será necessário provar que o consumidor foi de facto enganado, mas sim a mera possibilidade de que tenha sido induzido em erro.

⁷¹ Esta noção surge na avaliação de qual seria a reação típica de um consumidor médio em determinado caso, quanto a uma concreta proposta por parte do profissional.

Por tal a prática levada a cabo será enganosa, contando que o outro requisito também esteja verificado, ainda que não exista um prejuízo económico-financeiro.

Para além das ações enganosas, e prosseguindo nesta análise da Diretiva 2005/29/CE, são ainda referidas as omissões enganosas, ou seja omissões de informações que se considerem absolutamente necessárias para o consumidor poder realizar as suas escolhas.

E o diploma vai ao encontro da proteção dos consumidores em casos de omissões enganosas, ao indicar que uma omissão é atendível se:

- _ omitir uma informação substancial que atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor possa tomar uma decisão de transação esclarecida;
- _ ocultar uma informação substancial ou a apresentar de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio;
- _ não referir a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto.

Poderia concluir-se que em relação às omissões há dois elementos essenciais: um dos aspetos é o do efeito da prática comercial na sua totalidade, inclusive na forma como é apresentada; o outro aspeto transparece pelo facto da informação dever ser apresentada de forma clara, já que uma apresentação obscura equivale a uma omissão de informação no mesmo sentido.

Obviamente que se torna impossível que a Diretiva incluísse uma lista única das informações substanciais. No limite caberá aos tribunais e às autoridades que estiverem destinadas à fiscalização o apreciar e definir caso a caso se determinada informação é substancial ou não para o consumidor, tendo em conta o seu contexto.

Para além do tratamento das práticas enganosas, o diploma traz ainda uma outra diferenciação entre as práticas comerciais desleais, no caso, as práticas agressivas.

Denote-se que a regulamentação destas é uma realização nova ao nível da U.E. e por isso mesmo passível de uma maior atenção, e interpretação mais alargada, tendo sido definidas diretamente no diploma, no art. 8º⁷².

Sendo que uma prática é de todo agressiva se prejudicar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio, contendo posteriormente a Diretiva uma lista de critérios para ajudar a determinar se uma prática comercial utiliza assédio, coação, incluindo o recurso à força física ou à influência indevida.

E atendendo a esta menção da influência indevida, prosseguimos a interpretação de que aqui a influência indevida poderá significar a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo que não utilize ou ameace utilizar o recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade do consumidor tomar uma decisão esclarecida.

A introdução do conceito de práticas comerciais agressivas como sendo desleais faz ressaltar a opção legislativa da cláusula geral, como o meio de substituição das cláusulas gerais divergentes neste âmbito, e que estivessem em vigor em cada Estado Membro, procurando mais uma vez melhorar o funcionamento do mercado interno.⁷³

«A diretiva não avançou no sentido de acolher o princípio do país de origem (...) segundo o qual bastaria o cumprimento das disposições do país onde o profissional tivesse o seu estabelecimento principal para poder actuar no mercado. Optou, antes, por uma harmonização máxima e transversal. (...) Os Estados-membros não podem, pois, criar legislação mais exigente de protecção do consumidor na área das práticas comerciais desleais.»⁷⁴

⁷² «(...) Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for suscetível de prejudicar significativamente devido a assédio, coação – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo (...).»

⁷³ GONZALEZ VAQUÉ, Luís – La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización em matéria de protecção de los consumidores. Derecho de los negocios. Madrid: La Ley. N. 181. 2005.

⁷⁴ CRISTAS, Assunção – Op. Cit. pp. 144.

A opção por cláusula geral foi uma forma de assegurar que esta legislação resistirá à prova do tempo, uma vez que no futuro podem emergir algumas práticas que não se enquadrem nos critérios de ‘‘enganosa’’ ou agressiva’’, mesmo sendo desleais.

Existem critérios de definição para identificar uma prática comercial desleal, quando esta não se enquadre nas especificidades quer de práticas enganosas, quer de práticas agressivas.

Para tal tem de ser utilizada a fórmula diferenciadora referindo-se que uma determinada prática será desleal, e proibida, quando se verificar cumulativamente que:

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

Uma vez que a diligência profissional é a competência especializada e o cuidado «que se pode razoavelmente esperar de um profissional»⁷⁵ em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade do profissional.

Esta noção corresponde ao conceito de boa conduta profissional que se pode encontrar em muitos dos sistemas jurídicos dos Estados-membros, refletindo assim as práticas de mercado honestas e de boa fé.

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

O critério que evidencia este ponto assenta no facto que distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores, significa que se está a utilizar uma prática comercial que prejudica sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida.

⁷⁵ Nos termos da Diretiva 2005/29/CE.

Conduzindo-o por conseguinte a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.

É ainda importante destacarmos os setores de aplicação da Diretiva. O art. 3º⁷⁶ da mesma enumera um âmbito de aplicação específica, cuja enumeração nos isentamos de trespassar.

Defende-se no entanto a prossecução do princípio da neutralidade tecnológica⁷⁷, sendo mesmo aplicável o regime à publicidade desleal em qualquer meio de comunicação. Já que a utilização de um meio tecnológico não pode de todo ser motivo para afastar a aplicação deste regime.

Ressalva-se no entanto os casos em que possam existir outras normas comunitárias que regulem aspetos concretos das práticas comerciais desleais, vão prevalecer as normas sectoriais específicas.⁷⁸

Lugar especial no regime jurídico da Diretiva 2005/29/CE coube à proteção dos consumidores mais vulneráveis.

Uma vez que o regime da proteção dos consumidores quanto a práticas comerciais desleais, se veio a traduzir num conceito mais alargado, tendo por referência um

⁷⁶ O n.º 2, e seguintes, do art.º 3 da Diretiva aborda no âmbito de aplicação os termos de aplicação deste regime, indicando que a Diretiva não prejudica o direito contratual, nem as disposições comunitárias ou nacionais relativas aos aspetos de saúde e segurança dos produtos. Bem como não prejudica as disposições que estabelecem a competência das instâncias judiciais, nem quaisquer condições de estabelecimento ou de regimes de autorização, códigos de conduta deontológicos ou normas específicas que regem as profissões regulamentadas. Em relação a “serviços financeiros” conforme definidos pela Diretiva 2002/65/CE, e a bens imóveis, a aplicação da Diretiva determina que os Estados-Membros podem impor requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os ali provenientes. E por fim poderemos excluir do âmbito de aplicação as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que sejam relacionadas com a certificação e indicação do padrão de pureza dos artefactos de metais preciosos.

⁷⁷ Sumariamente poderemos caracterizar o princípio da neutralidade tecnológica como aquele que sustenta, (tal como seu nome indica), que há que ser neutral frente à tecnologia.

⁷⁸ Veja-se o exemplo da Diretiva que trata da rotulagem, esta contém uma disposição específica sobre a publicidade enganosa quanto a géneros alimentícios – Diretiva 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de março de 2000, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios. JO L 109 de 06 de maio de 2000. P. 29.

molde de “consumidor médio”, ressalta-se a existência de diversas disposições que tendem a proteger consumidores vulneráveis⁷⁹.

E aqui “vulnerável” não é uma expressão que venha especificamente enunciada no texto legislativo, mas que se pode deprender das várias práticas comerciais referidas.

Há vários motivos que podem levar um consumidor a ser mais ou menos vulnerável, nomeadamente a sua idade, a sua credulidade, ou alguma doença física ou mental que tenha.

Certo é que este motivo deve ser sempre atendido pelo profissional, como algo que ele deva prever de forma razoável, antes de realizar determinada prática junto do consumidor. Muitos são os exemplos que a Diretiva enuncia, mas não podemos deixar de realçar alguns:

- _ Alegar que os produtos em apreço podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar;
- _ Alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações;
- _ Incluir num anúncio publicitário uma exortação direta às crianças, no sentido destas comprarem, ou convencerem os pais ou outros adultos, a comprar-lhes os produtos anunciados.

Foi pois criada uma cláusula de salvaguarda para proteger em especial estes consumidores vulneráveis, uma vez que os profissionais não podem de todo faltar aos critérios de deslealdade, e realizar práticas específicas que apenas induzem em erro os consumidores.

⁷⁹ Genericamente sobre o tema tratava já BOURGOIGNIE, Thierry - La protection des consommateurs économiquement faibles ou le consommateur oublié. *Droit des Pauvres. Pauvre Droit ?* Louvain-la-Neuve: Cabay, 1984.

Atente-se em particular os pertencentes a um grupo mais suscetível de não compreender o sentido da prática em apreço, e tal proibição aplica-se também aos profissionais mesmo que não se possa provar que essas práticas são direcionadas àquele grupo.

Tal cláusula resulta diretamente do art. 5º, n.º 3, da Diretiva 2005/29/CE⁸⁰.

Chama-se a atenção para a salvaguarda sobre a forma de avaliação a que estas práticas comerciais ficam sujeitas. Denote-se que os consumidores vulneráveis ficarão sujeitos a poderem beneficiar do teste do consumidor médio, mais uma vez aqui enunciado.⁸¹

O legislador europeu defende que as práticas que sejam 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 ou credulidade - devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo.

A redação da Diretiva não terá sido particularmente feliz neste ponto, uma vez que só com um esforço considerável de interpretação, com recurso mesmo à *occasio legis*, se permitirá concluir como interpretar o pressuposto, levando a que se possa mesmo estar num regime mais gravoso do que o geral.⁸²

Por fim cumpre ainda realizar uma breve referência ao anexo I, que é publicado em conjunção com a Diretiva. Este pretendeu instituir uma panóplia daquelas que são as práticas comerciais desleais em quaisquer circunstâncias.

⁸⁰ «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 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.» Parêntesis nossos.

⁸¹ GONZALEZ VAQUÉ, Luís – Las nociones de consumidor médio y miembro médio de un grupo particular de consumidores en el regulamento n. 1924/2006. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: EINSA, 2007. N. 247.

⁸² CRISTAS, Assunção – Op. Cit. p. 148.

A criação desta listagem serve como uma garantia a todos os profissionais envolvidos em ramos tão diversos como o comércio, ou o marketing, sendo também os consumidores beneficiados, pois ficam informados em relação ao que é proibido determinantemente pelo regime através da criação de uma lista negra sobre estas práticas.

O que difere as práticas ali enunciadas de todas as outras é que estas não necessitam de uma avaliação prévia para serem catalogadas como desleais, pois serão sempre avaliadas dessa forma.

Acresce que esta lista não poderá ser revista internamente em cada Estado-membro, podendo apenas existir a sua revisão, aquando de qualquer alteração à Diretiva em apreço.

O anexo em causa traduz trinta e uma práticas desleais e de todo proibidas, subdividindo estas em vários níveis, que podemos elencar, não dispensando a leitura do próprio anexo⁸³ para melhor conhecimento destas⁸⁴.

Reforça-se que a presente Diretiva determinou que deveria ser aplicada em toda a União Europeia até 12 de dezembro de 2007. Os Estados-membros ficaram com o dever de implementar eficazmente a mesma, tendo trabalhado a Comissão para garantir a sua transposição.

⁸³ JO L 149 de 11.06.2005, p. 22

⁸⁴ A listagem é: _ códigos e marcas de conduta; _ publicidade isco; _ situações de isco e troca; _ ofertas limitadas; _ idioma dos serviços pós-venda; _ publicitar produtos que não podem ser legalmente vendidos; _ impressão enganadora quanto aos direitos dos consumidores; _ apresentar publi-reportagens com mensagens cruzadas; _ apresentar a segurança como um argumento de marketing; _ criar confusão no consumidor quanto à marca apresentada e outra existente; _ apresentar esquemas de venda em pirâmide; _ realizar alegações falsas em relação à mudança de instalações ou à cessação do negócio; _ facilitar a possibilidade de ganhar jogos de azar; _ realizar alegações falsas acerca da capacidade curativa do produto; _ trazer informações inexatas sobre o mercado; _ indiciar que se organiza e ganha um prémio, sem que nunca ocorra essa entrega; _ criar a impressão falsa de ofertas gratuitas; _ proceder à inclusão no marketing de produtos que nunca encomendou; _ apresentar-se o profissional disfarçado de consumidor; _ promover falsamente a existência de um serviço pós venda europeu; _ proceder a uma venda forçada; _ realizar uma venda ao domicílio agressivamente; _ realizar contactos persistentes ou não solicitados; _ quando estão em causa pedidos de indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro não usar de critérios de razoabilidade para com o consumidor quanto aos documentos a apresentar; _ utilizar exortações diretas às crianças em anúncios publicitários; _ exigir o pagamento ou a devolução de produtos fornecidos sem solicitação; _ realizar pressão emocional; _ transmitir uma impressão de que já se ganhou um prémio, ou se vai ganhar, sem qualquer intenção de tal oferta.

Estava assim lançado o mote para a aplicação de um regime que tem em causa a tutela dos interesses económicos dos consumidores, e consequentemente dos concorrentes legítimos.

6.2. Os trabalhos preparatórios

Na orientação preconizada pelos trabalhos preparatórios da Diretiva 2005/29/CE, o grande ponto de entendimento foi o do resultado do regime em prol da proteção do consumidor.⁸⁵

Na sequência do que já havia sido frisado em específico no Livro Verde sobre esta defesa, e pelos termos do antigo art. 153º do Tratado que instituiu a União Europeia, o legislador procurou demonstrar que os objetivos da Diretiva em causa consistiriam em assegurar um sistema de regulação que permeasse um nível tão elevado quanto possível de defesa, mantendo o menor custo para as empresas.

A regulação destes direitos dependeria sempre da íntima ligação entre os consumidores e as empresas, já que estas como contraparte da relação jurídica não poderiam de todo ser esquecidas.

Esta conceção reduz-nos a uma ideia de que toda a defesa do consumidor é cada vez mais politizada.

O maior interesse não parece estar efetivamente em elevar o nível de proteção, mas sim em perceber quais os custos de tal ocorrer ou não.

As instituições Europeias muito claramente neste regime de proteção – instituído pela Diretiva n.º 2005/29/CE estão a subordinar o nível de defesa do consumidor ao custo que este possa ter para as empresas: se o custo for muito elevado a defesa

⁸⁵ RODRIGUES, Luís Silveira – Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro Direito do Consumo, 2003. N. 5. Pp. 311 – 319.

do consumidor será diminuta, se o custo for razoável poderá elevar-se um pouco a defesa do consumidor

Seguindo a conceção do art.153º do Tratado surgiu na proposta de Diretiva sobre as práticas comerciais desleais, uma ideia que se veio a concretizar, como uma das principais características deste diploma: a previsão de total harmonização das obrigações comunitárias em matéria de proibição de práticas comerciais desleais.

A confiança dos consumidores tinha de ser reforçada, e nos trabalhos de preparação desta Diretiva tal ficou bem firmado.

A harmonização surge com o propósito de que a abordagem destes temas possa também ela ser baseada no reconhecimento mútuo⁸⁶ dos consumidores de cada Estado-Membro, quanto aos direitos e deveres que lhe assistem nesta matéria, de modo a que antecipadamente se pudessem prevenir conflitos.

Esta seria a forma mais adequada para proceder a um nível satisfatório de defesa dos consumidores.

Certo é que desde os trabalhos preparatórios à concretização da Diretiva se passou a representar uma proteção exacerbada que genericamente elevou o nível referente aos consumidores, mas em relação a alguns Estados-membros poderá ter representado uma diminuição da proteção que estes já gozavam.

Isto porque com o recurso à harmonização máxima os Estados ficaram impedidos de restringir a livre prestação de serviços, e circulação de bens, não podendo por isso criar uma legislação interna mais exigente.

⁸⁶ O princípio do reconhecimento mútuo destaca-se aqui como aquele que surge da inclusão de «(...) uma "cláusula de mercado interno", onde se prevê que os profissionais devem cumprir apenas as obrigações do país de origem, e que impede os outros Estados-Membros de imporem obrigações suplementares aos profissionais que cumpram as referidas obrigações (...) », tal como resulta do parecer do CESE - *Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Directiva relativa às práticas comerciais desleais)*. Bruxelas: COM (2003) 356 final -2003/0134 (COD), 29 Janeiro 2004. P. 3.

«A opção por uma harmonização máxima implica para os Estados-membros um esforço na transposição da directiva no sentido de identificarem toda a legislação que, nessa área, possa introduzir limitações não previstas na presente directiva, de maneira a procederem à respectiva compatibilização.»⁸⁷

Também até à proposta da Diretiva sobre práticas comerciais desleais, o legislador europeu intervinha deste modo em setores específicos ou concretos, onde entendesse que era necessário uma harmonização entre as legislações dos vários países da U.E.

Habitualmente existia o recurso à chamada cláusula mínima, isto é permitia-se aos Estados irem mais além na defesa do consumidor, do que o mínimo exigido no instrumento comunitário.

Exemplo de tal situação é dado em Portugal através da Diretiva que regulou as garantias dos bens, em que a sua transposição para o nosso ordenamento, através do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, foi mais alargada⁸⁸, e revelou uma maior abertura e proteção para o consumidor adquirente dos bens.

No entanto quando os trabalhos de preparação da presente Diretiva 2005/29/CE se iniciaram e pelas discussões que foram ocorrendo, bem como pelos diversos pareceres que foram sendo emitidos, nomeadamente o do CESE⁸⁹, a opção pela harmonização mínima foi evidentemente descartada.

⁸⁷ CRISTAS, Assunção – Op. Cit. pp. 145.

⁸⁸ Atendendo à Diretiva 44/CE/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio, e que foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através do DL 67/2003 de 09 de abril, denote-se que se esta Diretiva detivesse uma cláusula de harmonização máxima, os consumidores portugueses seriam prejudicados, pois neste exemplo do diploma que rege o regime das garantias dos bens móveis não consumíveis e dos imóveis. Isto porque o direito português já previa um ano de garantia, prazo durante o qual o consumidor nada tinha a provar quanto ao defeito ou falta de conformidade ser de origem, e assim não veria este prazo aumentado para dois anos, conforme o espírito da Diretiva, mas sim ver-se-ia o prazo diminuído para seis meses, dado que apenas durante esse prazo se prevê na Diretiva já citada uma presunção de que a desconformidade encontrada pelo consumidor se verificava desde o momento da entrega do produto ou da celebração do contrato. Durante o restante ano e meio da garantia prevista na Diretiva os consumidores têm de provar que a desconformidade encontrada já existia naqueles momentos, o que convenha-se é uma prova manifestamente quase impossível.

⁸⁹ Conforme Parecer do Comité Económico e Social Europeu publicado no JO C 108 de 30.04.2004. p. 81.

Na origem da sua elaboração destaca-se uma preocupação elevada em proteger os consumidores, mas ao mesmo tempo procurou-se ter em atenção a posição das empresas - como já se referiu - no âmbito da concorrência, indiretamente protegendo os consumidores, e isso fez toda a diferença.

Ao mesmo tempo diríamos que se procurou frisar um mecanismo de proteção que fosse cada vez mais uniforme na prossecução destes interesses já salientados, instituindo quase que de forma experimental nestas matérias o mecanismo de harmonização máxima.

6.3. A cláusula geral na Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005

Esta Diretiva estabeleceu como já frisámos uma cláusula geral proibitiva das práticas comerciais desleais. Esta cláusula teve como finalidade trazer a uniformidade entre objetivos comunitários e nacionais, promovendo a efetiva supressão de todos os entraves neste campo ao mercado interno, bem como conceder uma maior proteção aos consumidores.

A posição do legislador europeu, tal como resulta do considerando ponto 13^{o90} do preâmbulo da Diretiva 2005/29/CE, foi no sentido de detalhar o mais possível o fim dos entraves ao mercado interno.

A mencionada proibição passava a ser a regra através de uma cláusula geral, em que substituindo as normas nacionais divergentes entre si nos vários ordenamentos, a União Europeia passasse a ter a confiança de aplicação num único sistema de toda a proibição de práticas comerciais desleais.

⁹⁰ «(...) A fim de realizar os objectivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e os princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. Deste modo a proibição geral comum e única estabelecida na presente Directiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas que são de longe as mais comuns, ou seja as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas (...)». Sublinhado nosso.

Tendo-se dividido as práticas desleais entre enganosas e agressivas, defendeu-se uma aplicação única de uma cláusula geral, que leva à harmonização total do direito nesta matéria em termos europeus.

É no entanto de ressaltar que alguns dos conceitos jurídicos que a Diretiva vem agora introduzir ainda não tinham formulação nalguns Estados-membros. Tome-se como exemplo a informação média de um consumidor, a existência de práticas enganosas, ou a diligência profissional.

Estes foram conceitos que nalguns Estados levantaram dúvidas, mesmo para a transposição da Diretiva, porque não encontravam referência próxima no direito que viesse justificar a necessidade de tal regulação, ou porque não se reviam na mesma.

A utilização de uma cláusula geral, pode para alguns ser atendida como um recurso totalmente descaracterizador dos regimes nacionais, em prol de uma união legislativa.

Mas temos de concordar que a sua utilização teórica é benéfica para os consumidores, defendendo-se que num mercado único - para facilitar o comércio e as transações entre os Estados - é deveras importante que se conheçam antecipadamente as regras que decompõem essa relação.

Nunca olvidando as grandes diferenças que ao nível dos Estados existem em matéria de regulação do direito económico e de defesa dos consumidores, a transposição de uma Diretiva deste género acabou por não ser uma tarefa fácil, vindo a revelar-se não como impossível, mas pelo menos como estranha para alguns ordenamentos.

A crítica que decompomos desde logo aqui a realizar pela utilização de uma cláusula geral passa precisamente pela dificuldade da realização prática pretendida. Nomeadamente auspiciando um sistema de sanção que deveria ser

uniforme, os Estados foram envolvidos com a possibilidade de cada um resolver os litígios decorrentes, do seu modo particular.

Nalguns casos determinadas práticas já eram proibidas de outro modo – diferente do estabelecido pela Diretiva - pelo que ao estabelecer-se uma cláusula geral, deixou de se atender à realidade nacional, tendo de se encontrar uma solução diferente, para que em alguns países, (como no nosso) não se sentisse diretamente um confronto entre opções.

Diligenciou-se pelo subterfúgio do recurso dos tribunais, mas sem que se tenha criado, cremos, um verdadeiro mecanismo de proteção, alerta, e informação quanto a este regime, sobrecarregando organismos já existentes.

Neste circunstancial muitos consumidores e entidades continuam sem conter a verdadeira noção do que está proibido ocorrer, e de como se podem queixar contra algumas práticas verdadeiramente abusivas, proibidas, quer por serem agressivas, ou enganosas.

A generalidade do regime, e a sua harmonização máxima pode na efetividade da aplicação não ter conseguido a realização que seria desejada aquando da organização do mesmo.

Será por isso relevante da análise concreta da proteção decorrente da Diretiva desviar uma atenção especial a esse dilema.

6.4. A harmonização total em específico

Tendo em conta os interesses dos consumidores, certo é que a existência por si só de uma diretiva-quadro sobre as práticas comerciais desleais permite um melhor enquadramento de toda a legislação nesta matéria, em defesa do consumidor no espaço comunitário.

Um apontamento no entanto para a opção por harmonização máxima neste campo mudou o paradigma que tinha sido até 2005 a maior característica da legislação europeia em defesa do consumidor – a harmonização mínima.

O recurso à harmonização máxima pode levantar vários problemas sendo que um deles diz respeito às próprias diferenças de instrução, cultura, desenvolvimento económico e mesmo jurídico de cada Estado-membro. Bem como se podem levantar vários problemas quer na ótica dos consumidores, bem como na dos agentes económicos.

No seguimento de uma comunicação da Comissão sobre o livro verde⁹¹, e a proposta de Diretiva que veio a público, tentou avaliar-se sumariamente se existe um prejuízo causado pela perspectiva de um consumidor de inteligência média, razoavelmente bem informado, e razoavelmente advertido.

Certo é que os níveis de acesso à informação, e de conhecimento são verdadeiramente díspares entre os cidadãos [e empresas] europeus, bem como a não contemplação dos casos que podem ser exagerados, com o fundamento em que qualquer pessoa razoável tem obviamente capacidade para reconhecer este tipo de declarações.

Convenhamos que ao consumidor não pode ser exigido que esteja sempre a desconfiar de toda e qualquer proposta comercial que lhe seja feita, até porque tal seria obviamente contra o princípio geral da boa-fé quanto aos termos da obrigação de contratar⁹².

Do mais a grande maioria os casos de maior credulidade e de falta de perspicácia estão intimamente ligados a consumidores com um menor grau de instrução, e um

⁹¹ COMISSÃO EUROPEIA – *Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia*. Bruxelas: COM (2001) de 02.10.2001. Pp. 531.

⁹² COSTA, Mário Júlio Almeida -Intervenções fulcrais da boa-fé nos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2. 2000. P. 357-368.

menor acesso à informação, e estes sim merecem ser alvo de uma maior proteção⁹³.

Obviamente que tal leva-nos a um segundo problema ao verificar-se que regra geral dada a dificuldade em se criarem consensos entre os consumidores e os profissionais, por um lado, e os Estados-membros por outro, a existência de uma harmonização máxima pode significar um nível mais baixo de defesa do consumidor, ou seja a harmonização é feita pelo mínimo harmonizador comum.

E tal pode nalguns casos ser realmente muito baixo para o que já existisse internamente num determinado Estado, levando a estipulação de harmonização máxima a um retrocesso.

Atente-se ao exemplo já atrás dado da proteção dos consumidores portugueses, com a transposição da Diretiva relativa à garantia dos bens⁹⁴, em que vigorou a harmonização mínima. Neste caso puderam os Estados-membros determinar - desde que cumprissem a harmonização mínima - uma proteção superior para seus consumidores.

Conseguindo-se uma posição uniforme quanto a pontos mínimos entendidos como essenciais nos Estados, mas depois permitindo que cada um, de acordo com a sua realidade, com a sua tradição, cultura, etc., consagrasse outras regras ou não, para além do que a Diretiva previa.

No entanto esta opção enuncia que as diferenças legislativas iriam se manter, e sempre existir entre os vários Estados. Criar um ponto comum entre todos através da imposição de uma regra máxima, pode levar à crítica de que nalguns casos irá ocorrer um total retrocesso legislativo.

Nesta ordem de ideias poder-se-ia dizer que a harmonização máxima tem a vantagem de eliminar as diferenças dos pontos essenciais da legislação entre os

⁹³ RODRIGUES, Luís Silveira - Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro Direito Consumo, 2003. N. 5. Pp.311 – 319.

⁹⁴ Diretiva n.º 1999/44/CE de 25 de maio.

vários Estados-membros aumentando a certeza e a segurança jurídicas dos consumidores.

Interessando alinhar-se por aquele que se pode chamar o mais elevado nível de proteção do consumidor existente nos Estados-membros, que é desigual entre todos.

Aquando dos trabalhos, o próprio Parlamento Europeu afirmou que⁹⁵:

«(...) a abordagem de harmonização não pode diminuir o nível de protecção dos consumidores alcançado em certas legislações nacionais (...) a harmonização máxima deve ter como objectivo um elevado nível de protecção do consumidor (...).»

Pode indicar-se assim que a ideia do legislador foi criar uma harmonização máxima a nível comunitário como o propulsor da construção de uma cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais.

Mesmo os Estados-membros que não possuíam qualquer cláusula geral no seu ordenamento jurídico tiveram de introduzir *ex novo* a constante da Diretiva, e os Estados que possuíam cláusulas gerais divergentes tiveram de substituí-las por esta que foi introduzida.

Se a harmonização não é um “bem” em si mesmo - por conceder uma maior certeza jurídica ao consumidor - é por outro lado difícil conciliar os diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, e obter entre eles consenso no tratamento uniforme deste tema.

Da perspetiva dos interesses económicos dos consumidores impunha-se uma efetiva harmonização nesta matéria, pois estes interesses não estariam garantidos

⁹⁵ Resolução do Parlamento Europeu sobre as implicações do Livro Verde da Comissão sobre a Proteção do Consumidor na União Europeia para o futuro da política do consumidor na União Europeia COM (2001)531 – C5-0295/2002 – 2002/2151(COS), e Resolução do Parlamento Europeu sobre a procura de proteção legal do consumidor à luz do Livro Verde da Comissão sobre a proteção do consumidor na União Europeia COM (2001)531 – C5-0294/2002 – 2002/2150(COS). p. 55.

se a Diretiva apenas fizesse menção às práticas comerciais especiais, permitindo depois que aquando da sua transposição os Estados estabelecessem autonomamente uma cláusula geral nesta matéria.

A introdução de uma cláusula geral na Diretiva constitui uma vantagem efetiva para os consumidores, ainda que existissem em quase todos os Estados-membros cláusulas gerais nacionais que se fundavam em princípios jurídicos divergentes, e que eram concretizadas de modos distintos, isto é com referência a conceitos jurídicos indeterminados diferentes.

Poderá *a contrario* defender-se que as cláusulas gerais já existentes nos diversos Estados, não eram entre elas insustentavelmente incompatíveis, mas que a uniformização a este respeito se impunha para que a proteção dos consumidores fosse conseguida a um nível claramente superior.

Com a consagração de uma cláusula geral ressalva a Diretiva que os consumidores passam a conhecer o que esperar em qualquer país da União Europeia, expectando o mesmo critério de deslealdade que já tenham conhecimento do seu próprio país, num efetivo desenvolvimento do mercado interno.

A harmonização total, através da implementação e obrigação de uma cláusula geral entre todos os Estados-membros, pode também vir a tornar-se uma forma de prossecução de uma melhor proteção dos consumidores.

É defendida esta harmonização total ou plena⁹⁶ com o intuito de assegurar o «(...) bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica (...)».

Pretendendo a Diretiva estabelecer «(...) regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado de proteção dos consumidores e da clarificação

⁹⁶ Acerca dos mais diversos tipos de harmonização denote-se com particular relevância o estudo de GOYENS, Monique – *La mise en oeuvre de la clause minimale prévue dans le droit communautaire en faveur des consommateurs*. Centre de Droit de le Consommation. Hardcover: Université Catholique de Louvain, 1994.

de determinados conceitos legais (...) » como forma de garantir a eliminação de «(...) obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras (...)»⁹⁷.

A Diretiva afastou de todo uma cláusula minimal⁹⁸, e ainda que não permita aos Estados-membros que prevejam disposições que assegurem uma proteção mais ampla dos consumidores, admite que para os profissionais e para os concorrentes, em matéria de publicidade enganosa, possa cada Estado-Membro prever um regime de proteção mais amplo do que o que disciplina a presente Diretiva⁹⁹.

Entenda-se que a opção por uma harmonização máxima, em detrimento de uma “cláusula minimal”, revela ainda que a proteção dos consumidores está rendida unicamente ao mercado único, sem que o legislador europeu verse atender aos níveis mais elevados de proteção que já eram consignados nos vários Estados-membros.

O próprio Tribunal de Justiça tem vindo - através dos acórdãos mais recentes - a descortinar qual o alcance que esta harmonização total deve ter, na aplicação prática da Diretiva aos casos em concreto.

Na sequência de um dos acórdãos mais relevantes neste tema¹⁰⁰ - onde estava em causa a aplicação da lei belga e a restrição que a harmonização da Diretiva veio determinar - o tribunal atendeu aos argumentos da advogada geral Verica Trstenjac¹⁰¹ concluindo, em relação a este ponto da harmonização preconizada, que:

⁹⁷ De acordo com o preâmbulo da Diretiva 2005/28/CE, pt.5.

⁹⁸ Exemplo das Diretivas 84/850/CEE sobre publicidade enganosa; Diretiva 85/577/CEE sobre vendas fora de estabelecimentos; Diretiva 87/102/CEE sobre o crédito ao consumo; Diretiva 90/314/CEE sobre vendas organizadas.

⁹⁹ Tal resulta do n.º 5 do art.º 14 da Diretiva.

¹⁰⁰ Conforme os processos apensos C-261/07 e C-229/07 – Casos VTB-VAB NV contra Total Belgium NV e Galatea BVBA contra Samona Magazines Belgium NV – foi proferido pelo Tribunal de Justiça o Acórdão de 23 abril 2009 publicado no JO C 141 de 20.06.2009.

¹⁰¹ LIZ, Jorge Pegado - A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE. *Revista Portuguesa de Direito Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa Direito Consumo, 1995. N. 44. p. 70.

«(...) a directiva visa estabelecer, em conformidade com os seus quinto e sexto considerandos, bem como com o disposto no seu artigo 1º, regras uniformes relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, para contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e alcançar um nível elevado de protecção destes. A directiva procede, a uma harmonização completa das referidas regras ao nível comunitário (...).»

E continuam as conclusões do acórdão a referir que: «(...) os Estados-membros não podem adoptar medidas mais restritivas que as definidas pela directiva, mesmo para alcançarem um grau mais elevado de protecção dos consumidores (...).»

Reforça-se pois uma das conclusões deste organismo ao indicar que o sentido de interpretação da Directiva terá de prevalecer perante as indicações nacionais, por força da cláusula de proibição geral, ou de harmonização máxima.

Ainda assim não se pode ter esta harmonização como algo constrangedor, quando o que se procura é harmonizar as soluções preconizadas, e garantir um nível alto de protecção dos consumidores.

Procurando um patamar de defesa uniforme e máximo, o legislador europeu preocupou-se em determinar pontos fortes de convergência entre os Estados-membros que venham a permitir um conhecimento efetivo e organizacional do regime de proibição criado pela Directiva.

6.5. Outros elementos de destaque da Directiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005

Do estudo da presente Directiva relativa à proibição das práticas comerciais desleais destacam-se outros elementos, que implicam a diferença do regime de proibição aqui imposto.

Quer o comportamento económico dos consumidores, quer a diligência profissional são dois elementos a que foi dada primazia na Diretiva, como meio de compreender a aplicação da proibição pela deslealdade.

Estes dois elementos caracterizadores devem assim ser analisados autonomamente para uma melhor compreensão da sua importância.

6.5.1. O comportamento económico do consumidor

O estudo do comportamento económico dos consumidores, que é aqui visado na Diretiva, é destacado pelo legislador atendendo à existência de um consumidor médio.

No entanto, este padrão deve ser preconizado com especial acuidade, uma vez que pode ser muito criticável.

A Diretiva faz subentender que depende do comportamento económico do consumidor toda a devida distinção para se ponderar se estamos perante práticas comerciais que sejam desleais, e portanto a penalizar.

A distorção do “bom comportamento” do consumidor médio passa a ser a base para a penalização, perceptível no não cumprimento do direito à informação.

A conceção de que a média dos consumidores europeus está devidamente informada, e é devidamente acautelada de todas as implicações que as propostas que algumas entidades lhes dirigem têm subjacentes, não corresponde de todo à verdade.

Não se pode considerar que a mera informação aos consumidores também seja tida sempre como o meio garante da sua proteção, e que estes terão sempre de agir de forma consciente e racional no mercado.

Um pressuposto de concretização da noção de consumidor médio, levaria a que os profissionais apenas vissem aferidas as suas práticas por base em alguém medianamente esclarecido, abstraindo-se de outros fundamentos que não as motivações económicas.

Ainda assim e porque um padrão referencial tinha de ser criado, compreende-se que muito mais do que atender a um consumidor médio, procure o legislador aferir a deslealdade tendo por base o comportamento que seria adequado.

A noção de distorção substancial do comportamento económico dos consumidores resulta assim diretamente da Diretiva¹⁰².

Mas nem toda a distorção é relevante em termos jurídicos. O legislador não se está a referir a qualquer distorção - ao ter em conta o comportamento do consumidor - mas sim àquela que venha a distorcer de forma substancial o comportamento dos consumidores médios a quem se dirige.

As condições específicas de cada caso determinarão a essencialidade de cada prática para distorcer este comportamento, mas fica claro que só aquelas atuações que substancialmente alterem o economicamente as opções de um consumidor médio, poderão ser proibidas.

Caberá aos tribunais a determinação da substancialidade, ou não, de determinada distorção, podendo servir-se dos elementos tipificados mencionados na Diretiva e não só.

Mesmo a listagem introduzida nos anexos da Diretiva é de todo insuficiente para fazer face aos inúmeros e imprevisíveis casos que venham a ocorrer na realidade, por isso o recurso a um grupo mediano, tem de ser visto como uma solução concretizadora de um padrão.

¹⁰² Alínea e) do art.º 2 da Diretiva 2005/29/CE, de 25 de maio: «A utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.»

Ao tomar-se a parte pelo todo - no sentido de que o consumidor médio informado serve como modelo para motivar a determinação das distorções substanciais dos comportamentos económicos – procura-se que a proteção da Diretiva vise globalmente os que podem vir a ser prejudicados por práticas deste calibre¹⁰³.

Contudo, e tal como frisou Jorge Morais Carvalho, existe um ponto negativo nesta observância: «a total desconsideração, para efeitos de aplicação do diploma, de circunstâncias concretas, reveladoras de alguma debilidade do consumidor, conhecidas pelo profissional e por este utilizadas, em desconformidade com a diligência profissional, para distorcer o comportamento económico daquele¹⁰⁴.»

Não se pode de todo descartar aqui a crítica de que será teoricamente possível que um profissional, aproveitando-se desta medida de padrão, aproveite a vulnerabilidade daquele a quem se dirige para o influenciar de algum modo, e assim eventualmente não ser punido, desde que prove que o consumidor médio não seria influenciado.

Ao determinar-se um critério de substancialidade na distorção para o comportamento de um consumidor médio, outros que não encaixem nesta prerrogativa poderia entender-se ficarem desprotegidos¹⁰⁵.

Mas denote-se que a própria Diretiva faz esta alusão, afastando-se de mencionar detalhadamente os termos desta noção, percebendo efetivamente as dificuldades da aplicação de uma noção de consumidor médio nos vários Estados-membros¹⁰⁶.

¹⁰³ MONTEIRO, António Pinto - A Contratação em Massa e a Protecção do Consumidor numa Economia Globalizada. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 139.º, n.º 3961, 2010, p. 221-235.

¹⁰⁴ CARVALHO, Jorge Morais de – Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. *Revista Direito das Sociedades*. Lisboa: Instituto Direito das Sociedades, 2011. Ano III. N. 1. pp. 197.

¹⁰⁵ A conceção da medianidade de um consumidor podia ser referência para aferir dos casos em que apenas se esteja perante cláusulas susceptíveis de vir a distorcer comportamentos, e que ainda não tenham efetivamente ocorrido.

¹⁰⁶ O caso italiano visto por CALAMANDREI, Giuliano – Le nozione di consumatore. *Nuova Rassegna*. Firenze: Nocchi Editoria, 2004. N.º 9-10.

E esta posição vem desde logo definida numa comunicação que a Comissão fez ao Parlamento Europeu, aquando das alterações efetuadas na Diretiva, em específico quanto ao art. 5º em causa.¹⁰⁷

Nesta comunicação fez-se constar que a redação do texto fora alterada, deixando assim de constar no mesmo uma definição de consumidor médio, atendendo às deusas preocupações que a impossibilidade do conceito continha, atendendo àquela que tem sido nos últimos anos a jurisprudência do TJCE.

A preocupação existia e que não foi deixada passar em branco nesta comunicação, ressaltando-se com mais evidência os termos que já antes eram salvaguardados¹⁰⁸.

Apesar deste afastamento para a concretização de uma noção efetiva de quem é o consumidor médio, o legislador europeu, manteve esta menção, pelo que importa compreender a importância desta manutenção mais evasiva do conceito.

A base é jurisprudencial, uma vez que se alude ao que tem vindo a ser preconizado pelo Tribunal de Justiça em diversos acórdãos.

¹⁰⁷ COMISSÃO EUROPEIA - *Communication from the Commission to the European parliament concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending Regulation*. Bruxelles: COM (2004) 753 final. p. 3

¹⁰⁸Tal como resulta da p. 3 da Comunicação mencionada na nota 76: «(...) The common position retains the average consumer benchmark proposed by the Commission and supported by the Parliament as the 'default' benchmark against which the impact of potentially unfair commercial practices will be assessed. The drafting has been amended so that there is no longer a definition of the average consumer in the text, following concerns that this would prevent the concept from evolving in line with ECJ jurisprudence. The Commission is satisfied that the retention of the average consumer in the text and the clear link to the ECJ jurisprudence in recital 18 have the same effect as Amendment 107. The common position also makes specific provision for the protection of vulnerable consumers in Article 5.3 and recital 19. This reflects the concern expressed in a number of Parliament amendments (Amendments 8, 13, 106 and 111 which were acceptable in full or in part to the Commission and Amendment 110 which was not) that the articulation between protection of the average consumer and of vulnerable consumers should be more explicit. The Commission can support these changes because they do not require an assessment of each individual's circumstances, which would be unworkable. They do ensure that vulnerable consumers can be protected when they are particularly at risk while safeguarding legitimate advertising practices, such as statements which are not meant to be taken literally. (...) »

Na origem do recurso à noção de consumidor médio pode destacar-se um acórdão que foi proferido em 1998¹⁰⁹, ao resultar do mesmo que tem de se ter em conta a expectativa que se pode presumir existir num consumidor médio, ou naquele que é razoavelmente informado.

Assentando esta definição não no comportamento dos consumidores, mas antes em critérios determinativos da sua informação, este consumidor médio será aquele que é bem informado, mas mais, é também aquele que está atento e tem capacidade crítica, o que resulta obviamente de pesquisa própria, muito além da informação que lhe é prestada.

Também neste sentido se pronunciou Dausses¹¹⁰, determinando inclusive que «o consumidor médio mais não é que a última etapa de uma orientação jurisprudencial europeia que construiu o conceito de consumidor como sendo sensível, atento e cauteloso, com capacidade de analisar de forma crítica e com discernimento as mensagens publicitárias em particular e as práticas comerciais em geral.»

Observando a posição em causa, concordamos com a alusão tal como ela foi feita, pois existia sem dúvida primordialidade desta catalogação.

Somos levados a defender que a substancialidade da distorção do comportamento económico dos consumidores muito além da forma como estes são informados e como têm conhecimento dos produtos/serviços que pretendem adquirir, atende à essencialidade da prática em si mesma.

Há algo mais. «Implicitamente, a diretiva contempla, nestes casos, uma presunção inilidível da existência da potencial essencialidade da prática na tomada de decisão do consumidor.»¹¹¹

¹⁰⁹ Acórdão proferido no caso GUT SPRINGENHEIDE GmbH, Rudolf Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung, de 16. Jul. 1998 – processo C-210/96. ECR, 1998. I – 4657.

¹¹⁰ DAUSSES, Manfred A. – Consumer information in the case law of the European court of justice: a German view. *British food journal*. Bingley: Emerald Group. N. 100. Pp. 245.

¹¹¹ CRISTAS, Assunção – Op. Cit. Pp. 147.

A essencialidade da prática é um quesito que serve para a definição genérica da deslealdade em causa. Este denota-se em especial nos artigos da Diretiva que mencionam a proibição de práticas enganosas e agressivas.

Em qualquer caso «se a prática não for, no mínimo, susceptível de determinar o comportamento do consumidor, ou seja, se não for potencialmente essencial na tomada de decisão do consumidor, ela não tem relevância.»¹¹²

Reconhece-se a necessidade de existir um padrão exequível para o apuramento da deslealdade de determinada prática, mas este padrão não pode de todo ser unicamente generalista.

Consuma-se pois que a origem da defesa de um conceito de consumidor médio nestas relações partiu do princípio da proporcionalidade, e este serviu de base para que o Tribunal de Justiça avaliasse os efeitos que são produzidos num consumidor ideal típico.

A criação de um paradigma médio neste âmbito económico de proteção, não tem assim de ser evitada.

Tal como resulta do disposto no ponto 18 do preâmbulo da Diretiva¹¹³ quando se prevê que a aplicação efetiva de uma maior proteção ao consumidor será salvaguardada com este critério do consumidor médio, e que este será normalmente informado e atento, procura-se um ponto comum de afirmação e defesa.

¹¹² Idem. Pp. 147.

¹¹³ «(...) a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas (...) a presente Directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. (...) O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades competentes terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.»

Além do mais deixa-se a interpretação das situações em concreto a cargo dos tribunais, podendo estes decidir conforme considerem o caráter substancial de distorção do comportamento por determinada prática.

Existem sem dúvida grupos de consumidores que merecem uma proteção mais específica, por serem mais debilitados e por isso mesmo mais desprotegidos – os chamados vulneráveis.

E também dentro desses grupos - para atender ao caráter de distorção do comportamento de um consumidor - tem de se atender ao elemento médio para o apuramento.

É o que resulta da aplicação desta Diretiva a grupos particularmente vulneráveis como crianças e idosos, ou consumidores que pela sua idade, doença física ou mental ou mesmo pela sua credulidade sejam levados a determinada distorção do seu comportamento pela atuação de uma entidade.

Determinada prática não será considerada desleal se, atendendo ao elemento médio desse grupo, o tribunal decidir que a mesma não é suficiente para distorcer o comportamento económico médio.

Aqui não só se aplica uma menção ao consumidor médio, como se atende a um critério, (para a determinação da distorção de comportamento de uma prática), de existência de um membro médio desse grupo.

Não haveria aqui qualquer interesse de aplicação individual de proteção, pois estamos desde logo a referir-nos a grupos cuja vulnerabilidade precisa de ser atendida.

Se fosse apenas a “distorção substancial” do comportamento a ser tida em conta para que uma determinada prática seja cometida contra as exigências da diligência profissional, então os termos desta distorção teriam de ser revistos.

A deslealdade tem ainda de obedecer a outros critérios, que vão além do mero comportamento económico dos consumidores.

Existe assim no diploma europeu, uma menção a que uma prática será desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional.

6.5.2. A diligência profissional

Como acima referimos a opção do legislador para determinar os termos em que são proibidas as práticas desleais passou por estipular duas regras base para determinar a proibição.

Para além da distorção do comportamento económico, existe também necessidade de destacar o papel da diligência profissional nestas relações de consumo.

Esta reflexão relativa a proibição de práticas comerciais assenta na atuação das entidades no mercado, para com as outras entidades, e em especial no seu relacionamento para com os consumidores.

A diligência profissional¹¹⁴ definida na lei procura atender ao padrão de competência especializada dos profissionais.

Dir-se-ia que nestas relações estamos perante uma noção que afere a lealdade ou não, de determinada prática, pelo cuidado e diligência que se podem esperar de um profissional. E denota-se que o legislador menciona que no mercado interno devem existir práticas honestas, ou que obedeçam ao princípio da boa fé.

¹¹⁴ Nos termos da alínea h) do art.º 2 da Diretiva está definida como «o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade profissional.»

Desta ideia principal, quanto a esta contrariedade, perfilhamos o mesmo pensamento que defende Elsa Oliveira¹¹⁵, quando «(...) verificamos que este elemento está, naturalmente associado ao fornecedor ou prestador de serviços, e é avaliado em função do padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar do profissional em relação ao consumidor, tendo em consideração os usos honestos praticados no âmbito da respectiva actividade (...)».

Necessariamente a diligência profissional será um padrão de competência especializada que se pode esperar de um profissional¹¹⁶. E a prática em causa tem uma referência não só nos “usos honestos”, como no princípio da boa fé nesta mesma atividade.

Esta diligência profissional é pois um critério fundamental para a determinação da deslealdade de uma prática comercial. E foi outro termo que a Diretiva trouxe de novo para a harmonização nos vários países da União Europeia.

Sendo o corolário máximo da defesa dos interesses económicos dos consumidores, o legislador determina que se um profissional atuar contrariamente aquela que tem de ser a sua conduta face à sua competência especializada, ou mesmo ao cuidado que se pode esperar dele, estará a cometer uma prática comercial desleal.

Autores há que defendem ser excessiva esta menção a uma competência especializada, mesmo penalizadora dos profissionais, tendo sido preferível que a Diretiva mencionasse apenas uma diligência que pudesse significar a correção que se pode esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, mas neste ponto discordamos de Fernandez Novoa¹¹⁷.

Isto porque perante as situações concretas de deslealdade de uma determinada prática, é fundamental que se proteja o consumidor pelo menos da violação

¹¹⁵ OLIVEIRA, Elsa – Práticas comerciais proibidas. *Estudos Direito Consumidor*. Coimbra: Centro Direito Consumo, 2006/2007. N. 8. Pp. 151.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ FERNANDEZ NOVOA, Carlos - La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales. *Revista Autocontrol*. Madrid: Asociación de Autocontrol de la Publicidad, 2006. N. 108. Maio. Pp. 16-22.

daquilo que pode ser exigido a um profissional como um mínimo na sua atividade: que atue com diligência.

Concordamos que terá de se aferir esta diligência por recurso a um conceito que terá em conta elementos abstratos, partindo de expressões sobre “aquilo que se pode esperar de um profissional”, ou a “prática de mercado honesta”.

Estes quatro conceitos fundamentais (“distorção substancial do comportamento económico” do consumidor, “diligência profissional”, “influência indevida” e o já anteriormente referido “consumidor médio”) têm como característica comum serem totalmente subjetivos e insuscetíveis de uma verificação objetiva por padrões científicos ou comprováveis.

Pela subjetividade destes conceitos, não deixamos de atender à necessidade que o legislador sentiu de interligar esta matéria da diligência de um profissional com outros conceitos, para melhor a poder explicar.

Isto não poderá ser entendido como um entrave para a aplicação destes conceitos aos profissionais, pois os elementos em causa auxiliam na devida interpretação para a aplicação prática dos termos, sendo assim fatores de habilitação.

Se alguém está habilitado a deter determinada atividade profissional terá obviamente de pugnar por ser diligente nesta, e por isso proteger as expectativas daquilo que o consumidor pode esperar do profissional, tendo em conta práticas honestas de mercado ou de boa-fé.

Daí que contenha também a Diretiva a menção de que a influência indevida do profissional sobre o consumidor, ou o convite a contratar, com atuações dos profissionais que são limitadas quando distorçam substancialmente o comportamento económico do consumidor, terá de ser punida.

Estas mesmas medidas podem vir a ser contrárias às exigências que se esperam da diligência profissional.

Não perfilhamos a ideia de que esta exigência seja demasiado pesada para os profissionais, porque é algo inerente para qualquer atividade económica.

Tendo necessidade de se encontrar um padrão mínimo de comparação e reprovação da diligência tida em conta em determinada prática note-se que o legislador, e bem, não optou por ter em conta o “profissional médio”, como fez com os consumidores, usando aqui outros termos para melhor definir a competência especializada que aqui é esperada.

E nesse sentido determinou concretamente os termos desta especificidade, não fazendo depender esta catalogação de outro qualquer critério.

Em relação à menção pela Diretiva na sua versão final de “prática de mercado honesta”, salientamos uma nota de que esta não foi a proposta inicial apresentada à Comissão. Nesse sentido pronunciou-se Massaguer Fuentes¹¹⁸, ao mencionar que um dos termos que foi ponderado foi o de “práticas normais de mercado”.

Felizmente que esta ideia foi afastada, porque estar-se-ia a limitar muito mais a nomeação de tal ao ponderar esta possibilidade, já que seriam as entidades profissionais, empresas ou não, a ser determinantes para o que seria “normal no mercado”.

Atendendo à menção firmemente aqui usada, reportando-se às “práticas de mercado honestas”, existe um ponto de equiparação com o que já a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial¹¹⁹ mencionava desde 20 de

¹¹⁸ MASSAGUER FUENTES, José – *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

¹¹⁹ Transposta para o nosso ordenamento jurídico através do Decreto-lei n.º 22/75, de 22 de janeiro.

março de 1883, com as alterações revistas em Estocolmo a 14 de julho de 1967, no seu art. 10º bis¹²⁰.

Pretende-se reforçar a indicação de que “os usos honestos” servem para identificar se estamos perante uma prática desleal, coincidindo a decisão desta nomeação pela Comissão Europeia, com o que no mercado na área da concorrência desleal já se tinha vindo a defender¹²¹.

Atendendo em especial ao n.º 2 do artigo que acima transcrevemos, sublinhámos a expressão que melhor se adequa ao que agora é também preconizado pela Diretiva.

Importa ainda verificar-se que para além da já mencionada competência especializada - como padrão para a definição de uma diligência contrária às expectativas dos consumidores - e a menção de práticas de mercado honestas - um outro subcritério tem sido aqui mencionado: a avaliação da prática de acordo com o princípio geral da boa fé no âmbito dessa mesma atividade.

A menção aqui ao princípio geral da boa-fé, como um dos critérios autónomos de avaliação, que pode ser utilizado em consonância com o acima frisado, não existindo uma relação de dependência entre a boa-fé e a prática de mercado honesta.

¹²⁰ «1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União protecção efectiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente:

1. Todos os actos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente;

2. As falsas alegações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente;

3. As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.»

¹²¹ PAÚL, Jorge Patrício - Os pressupostos da concorrência desleal. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 1997.

Por estes dois critérios numa determinada situação concreta, podemos aludir a cada uma delas, ou concomitantemente a ambas, para chegar ao desejável padrão da diligência profissional.

Estamos perante conceitos que não foram definidos ao pormenor pelo legislador, não cabendo nestes casos uma tarefa fácil aos tribunais dos Estados-membros, na sua aplicação, denotando-se uma diferenciação entre as hipóteses, já que estas podem não ser coincidentes.

De todo o modo a relação com o princípio geral da boa fé nesta matéria, não pode ser encarada na maior parte dos ordenamentos como um princípio em que seja novidade esta aplicação.

No ordenamento jurídico português, pelo recurso ao art. 227º, e ao art. 762º, n.º 2, do Código Civil, já a boa-fé era tida como critério objetivo no sustento da diligência profissional.

O que se reforça que em consonância com a diligência profissional, existe um papel para os códigos de conduta implicando claramente uma forma dos profissionais passarem a poder deter um modo efetivo de aplicar os princípios subjacentes à Diretiva em apreço, nomeadamente quando está em causa um domínio económico.

Recorde-se neste sentido o parâmetro 20¹²² do preâmbulo da Diretiva.

É relevante denunciar-se uma ligação entre a diligência profissional e a existência de códigos de conduta, preconizada pelo art. 10º da Diretiva.

¹²² «Em sectores onde a conduta dos operadores seja regulada por requisitos obrigatórios específicos, estes requisitos devem contemplar também as obrigações em matéria de diligência profissional nesse sector.» Sendo «o controlo exercido pelos titulares de códigos ao nível nacional ou comunitário, no sentido de serem eliminadas as práticas comerciais desleais, pode evitar a necessidade de se instaurar uma acção de carácter administrativo ou judicial, devendo portanto ser encorajado. Com o objectivo de atingir um nível elevado de protecção dos consumidores, as organizações de consumidores poderão ser informadas e envolvidas na elaboração dos códigos de conduta.»

O controlo que estes códigos podem prover ao setor económico pode ser muito útil para o próprio apuramento da diligência profissional, numa determinada prática comercial, que a leve a ser tida como leal ou desleal.

Estes códigos de conduta sem dúvida que terão de ter em causa a proibição de práticas onde os profissionais violem direitos fundamentais dos consumidores, e mais facilmente podem tornar perceptíveis as exigências que cabe a cada atividade cumprir, para que se possa avaliar a atuação ou não com a devida diligência profissional.

§7.º A necessidade de revisão do regime europeu de proibição de práticas comerciais desleais

Uma das maiores causas para que o objetivo de proteção dos consumidores perante práticas comerciais desleais, e o equilíbrio entre os agentes económicos tenha sido eventualmente defraudado por esta Diretiva, discute-se se foi a inclusão de uma cláusula geral de proibição, através da harmonização máxima.

Ultrapassada essa dificuldade na própria transposição do regime será tempo de rever as noções que ficaram subjacentes a esta aplicação, descortinando a necessidade de se afastar a menção de aferição da distorção do comportamento económico dos consumidores por um ‘‘consumidor médio’’, quando ao longo dos anos, pela jurisprudência existente se verificou ser esta uma noção de extrema dificuldade para aplicação prática.

Os requisitos de informação a que a Diretiva faz referência devem ser aumentados e acautelados, por contraposição ao que não ficou definido na Diretiva quadro dos direitos dos consumidores.

Uma vez que aquela Diretiva peca no nosso entender por não se ter debruçado com mais rigor e especificidade em relação ao importante direito à informação para os consumidores.

A revisão sobre o regime relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno sem dúvida que deverá reforçar os termos das informações a constar em cada relação, determinando patamares mínimos de proteção, especificamente nas relações contratuais.

O direito à informação¹²³ deverá ser um dos maiores vetores para a determinação da deslealdade de uma prática, deixando de assentar tal apenas no comportamento económico do consumidor, e na diligência profissional.

A objetividade da conduta profissional das entidades também deverá ser um ponto a rever, para uma melhor e mais clara defesa de todas as partes envolvidas, e não uma defesa única de consumidores.

¹²³ Neste sentido AUBY, Jean Marie; DUCOS-ADER, Robert – *Droit de l'information*. Paris: Dalloz, 1976.

Procurando basear as relações comerciais cada vez mais nos ditames da boa-fé, da liberdade contratual e da livre concorrência, em que nem sempre são os consumidores os únicos visados e prejudicados com determinadas atuações¹²⁴.

Dá que deva ser ponderado um alargamento da noção de consumidor, e do âmbito de aplicação do diploma. Não necessariamente para uma versão que atente apenas a utentes, mas que vise também incluir aqui algo mais desafiante, como uma proteção de todos os intervenientes nas relações de consumo.

Nomeadamente que vise acautelar uma defesa das próprias empresas contra os seus concorrentes nos termos em que estas práticas comerciais desleais dirigidas a consumidores, também os prejudiquem.

Deverá procurar-se um desafio à altura da preocupação que as práticas desleais merecem no ordenamento jurídico europeu merecem. E numa ótica de se reunirem os diplomas legislativos existentes, para que num futuro próximo o fluxo de legislação seja menor, é importante que se unam forças na defesa e na prossecução de interesses comuns.

E uma vez que a defesa dos interesses económicos dos consumidores assumiu-se como o princípio subjacente a este regime, o alargamento à defesa dos interesses que esse comportamento económico distorcido pela falta de informação leve, deverá ocorrer.

Promovendo-se assim também uma maior defesa dos concorrentes visados, o que mesmo já ocorrendo indiretamente, poderá sem dúvida ser alargado numa revisão do regime.

Os entraves que do preambulo desta Diretiva se pretendiam dissolver - no sentido da unidade do regime, afastando a fragmentação existente de legislação, permitindo também às empresas conhecerem o quadro jurídico com que podem contar - devem ser revistos¹²⁵.

¹²⁴ RIBEIRO, Joaquim Sousa – *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

¹²⁵ SANTOS LÓPEZ, Óscar - La diretiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo. N.º 47. Set. 2006. p. 15 e ss.

Provavelmente o método legislativo utilizado irá evoluir e poderá aquando de uma revisão do diploma, já não vir a ser o mesmo. Assim como os termos em que esta proteção está assente - sem limitações na utilização de noções de complexa aplicação na prática – poderão evoluir e modificar-se.

É no entanto muito precoce uma certeza quanto a tal, pressupondo-se apenas uma antevisão de evolução normal do direito em apreço.

Deverá ainda ser preconizada uma melhor e maior eficácia do regime, atendendo ao momento económico que a Europa vive, podendo salvaguardar-se a prossecução de um objetivo de empreendedorismo no mercado único europeu.

PARTE II – A DEFESA DOS CONSUMIDORES

CAPITULO II – Enquadramento geral da transposição da Diretiva

§ 8.º A defesa do consumidor

8.1. A defesa do consumidor ao nível interno

A explicitação do conceito e o seu âmbito jurídico - envolvente e tendente a evoluir – leva-nos à necessidade de explicitar os termos da defesa e proteção dos consumidores, para um melhor entendimento das relações de consumo, e indiretamente da aplicação do regime de proibição de práticas comerciais desleais.

Justificamos a opção pela expressão “direito do consumidor” ao invés da mais comum utilizada “direito do consumo”, por entendermos que o que releva nesta disciplina é a defesa dos consumidores e não propriamente do consumo¹²⁶.

O que verdadeiramente está em estudo nesta matéria é o disciplinar a produção e distribuição, como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor, e não o consumo exacerbado dos produtos.¹²⁷

Esta indicação resulta também ao nível constitucional, atendendo aos artigos 60º, 81º, e 99º da CRP, já que ali é retratada a proteção do consumidor e de todos os direitos que lhe assistem.

Ainda a justificar a nossa opção de tratamento denota-se que quer a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, como a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, são as leis de defesa do consumidor, e não de defesa do consumo, ou de um direito ao consumo.

No entanto constata-se que a maioria da doutrina portuguesa¹²⁸ utiliza a nomenclatura “direito do consumo” para expressar o “direito do consumidor”.

¹²⁶ MONTEIRO, António Pinto - Do direito do consumo ao Código do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999. N.º 1. p. 201-214.

¹²⁷ Neste sentido MONTEIRO, António Pinto – Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumo*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006. Vol. III. Pp. 37 – 55.

¹²⁸ Por exemplo ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000; LIZ, Jorge Pegado – *Introdução ao direito e à política do consumo*. Lisboa: Editorial Notícias,

A mesma doutrina vem buscar na sua essência para defesa desta expressão “direito do consumo”, o facto da mesma resultar originalmente do direito francês, como de todas as obras que têm sido redigidas em francês¹²⁹.

Mas mais do que essa alusão etimológica, consideram os defensores de tal posição que a definição por si só de consumidor já é determinante para demarcar o objeto do direito do consumo, dando a falsa ilusão que se trata de uma ideia que corresponda a um grupo ou categoria de pessoas com existência “*per se*”.

Também Ferreira de Almeida¹³⁰ defende que tendo a noção de consumidor um papel referencial nas normas de proteção, verifica-se que a proteção deste regime de “direito do consumo” versus “direito do consumidor” tem na sua delimitação não só normas de defesa do consumidor, mas mesmo normas ditas neutras¹³¹.

Postos os argumentos que têm sido plasmados na doutrina para se defender como mais adequada a menção de “direito do consumo” do que de “direito do consumidor.”

Refutamos objetivamente estes, pois todos os preceitos direta ou indiretamente estão a tratar da defesa e proteção dos consumidores, dando primazia à defesa dos seus interesses e direitos.

E neste sentido apraz-nos verificar que a expressão que escolhemos utilizar é também a defendida e utilizada em termos europeus, onde em vários documentos se faz menção aos direitos dos consumidores¹³².

Tem também já proeminência nalguns países como a Alemanha¹³³, que pela sua experiência nestas matérias, trata de longa data os direitos dos consumidores.

1999; e LEITÃO, Luís Menezes – O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática. *Estudos de Direito do Consumo*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2002. N.º 1. Pp. 11 – 30.

¹²⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *O direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. P. 16.

¹³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Op. Cit.* Pp. 51 ss.

¹³¹ Como são as normas relativas a horários de estabelecimentos comerciais, ou mesmo normas que regulam as épocas de saldos.

¹³² Diretiva 2005/29/CE; Tratado da União Europeia art.º 129 A.

¹³³ Onde se utiliza a expressão *Verbraucherrecht* ou *Verbraucherschutzrecht*. MONTEIRO, António Pinto – *Op. Cit.* P. 7.

Neste sentido também o Brasil demonstrou desde cedo primazia sobre esta menção¹³⁴. Verifica-se que ao escolher tratar desta disciplina, o legislador e a doutrina têm utilizado a menção – direito do consumidor – expressão que deu origem à denominação do Código que tutela esta matéria, o Código do Consumidor¹³⁵.

De qualquer forma os próprios contornos e a justificação para uma das escolhas continuam a ser imprecisos, sendo mesmo esta uma designação variável, e em constante evolução.

Note-se no entanto que os sujeitos das relações de consumo, e os termos em que estes são defendidos, conduzem quase sempre a políticas adjacentes na defesa dos consumidores, justificando mais uma vez a nossa opção.

Embora não seja pretensão deste trabalho tratar unicamente da defesa dos consumidores, cumpre-nos a tarefa de debruçarmo-nos sobre a evolução histórica da defesa dos mesmos, para uma melhor compreensão das relações de consumo, e da aplicação prática do regime que as envolve.

Poderíamos recuar em termos históricos ao início dos tempos em que começaram a existir relações de consumo, devidamente configuradas como tal.

O surgimento do direito do consumidor é muito recente¹³⁶. Aponta-se em termos mundiais para um evento como um marco histórico, para determinar o nascimento autonomamente da proteção dos direitos dos consumidores.

Em 15 de março de 1962 com o discurso do presidente J.F. Kennedy ao Congresso dos E.U.A¹³⁷., este declarou que todos somos consumidores, firmando

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima – *Contratos no código de defesa do consumidor*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 6ª ed.

¹³⁵ O Brasil dispõe já desde 1990 de um Código Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹³⁶ JÚDICE, José Miguel – Uma reflexão sobre o direito do consumo. *Estudos de direito do consumidor*. Centro direito consumo. Coimbra: Almedina, 2002. N.º 4.

alguns direitos como generalistas e fundamentais de todos nós: o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito a ser ouvido¹³⁸.

Este tem sido considerado como o momento em que “nasceu” o direito do consumidor, embora se defenda que em bom rigor as relações de consumo sempre existiram desde que o Homem é sujeito de direitos em relações com terceiros.

Mas não nos referimos a um sujeito qualquer neste relacionamento. Teremos de diferenciar neste âmbito mais em concreto o alcance que o direito do consumidor atribui à noção de consumidor, para se ser sujeito nos relacionamentos abrangentes.

Antes de existir qualquer referência a um direito do consumidor autónomo, não podemos concluir que não existia já defesa dos consumidores. Tal acabava por ocorrer no âmbito do direito civil¹³⁹. Retratando-se esta posição através do princípio da autonomia privada.

Como explicita Luís Menezes Leitão¹⁴⁰, esta é «(...) a faculdade que assiste aos privados de estabelecerem as vinculações pelas quais se regem (...)»

Mas não só no campo do direito civil¹⁴¹ se pode encontrar a tutela do consumidor com diversas medidas legislativas. Poderia dizer-se que quer no âmbito do direito constitucional, do direito administrativo¹⁴², do direito comercial, do direito económico, do direito processual, entre outros, as matérias relativas aos

¹³⁷ “Consumers by definition include us all.” – Estas foram as palavras iniciais da mensagem que o presidente norteamericano dirigiu ao congresso nesse dia. Esta mensagem pode ser lida em HIPPEL, Von – Verbraucherschutz. Tübingen: Mohr, 1986. 3ª ed. p. 261-262.

¹³⁸ LEITÃO, Luís Menezes – O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática. *Estudos de Direito do Consumo*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2002. N.º 1. P. 25

¹³⁹ CRISTAS, Assunção – Concorrência desleal e proteção do consumidor: a propósito da Diretiva 2005/29/CE. *Homenagem da FDL ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007. Pp. 142 – 162.

¹⁴⁰ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit., p. 11.

¹⁴¹ CORDEIRO, Menezes - Da natureza civil do Direito do Consumo. *O Direito*. Coimbra: Almedina, 2004. Ano 136º. IV. Pp. 605-640.

¹⁴² LEITÃO, Adelaide Menezes - Direito administrativo do consumo. *Tratado de direito administrativo especial*. Coimbra: Almedina, 2012.

consumidores já eram explicitadas antes que existisse no nosso ordenamento regulação específica.¹⁴³

A interdisciplinaridade é também reconhecida por Pegado Liz¹⁴⁴ como uma das características do direito do consumidor, a juntar ao seu caráter instrumental, ao seu formalismo, e ao seu caráter coletivo.

Estando aqui duas partes em confrontação, a posição de cada uma obsta que o poder negocial seja idêntico, porquanto de um lado está um produtor (com maior força económica e um muito maior domínio de todo o cômputo da informação) e do outro está um consumidor.

Este é muitas vezes designado por parte mais fraca, fraqueza esta resultante da impositiva aceitação de um determinado negócio, e dos contornos do mesmo, em específico pelas suas cláusulas contratuais.

Observamos no entanto que, esta posição dita mais fraca, é cada vez mais discutível, o que nos faz ponderar neste trabalho, se o regime da proibição de práticas comerciais desleais se aplica unicamente nas relações de consumo¹⁴⁵.

Desde logo porque sendo conhecidas e comuns as regras que se aplicam em determinado setor para a defesa dos consumidores, essas mesmas são de aplicação geral, e por isso todos os produtores saberão o que os seus concorrentes têm de cumprir para que se estabeleça essa proteção.

Em caso de violação jurídica das normas estipuladas por algum dos produtores, os outros concorrentes tendo conhecimento, podem atuar, denunciando a prática em termos gerais, e não meramente contratuais¹⁴⁶.

¹⁴³ ASCENSÃO, Oliveira - Direito civil e direito do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. Pp. 29-50.

¹⁴⁴ LIZ, Jorge Pegado – *Introdução ao direito e à política do consumo*. Lisboa: Editorial Notícias, 1999. P. 56.

¹⁴⁵ RODRIGUES, José Narciso Cunha – As novas fronteiras dos problemas do consumo. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro direito consumo, 1999. N.º 1. p. 45-67.

Daí a importância da percepção do que esteve na origem histórica de uma tutela especial para os consumidores.

Ao existirem transações comerciais sem dúvida que os consumidores têm de ser protegidos contra a fraude e a burla no comércio. Aliás o direito penal terá sido sem dúvida a forma mais antiga e tradicional de punir tais situações, mesmo no âmbito de relações de consumo, sendo usual citar-se um exemplo muito antigo, resultante de um édito promulgado em 1481 por Luís XI em França.¹⁴⁷

Já nos finais do século XIX para fazer frente ao liberalismo económico se havia admitido uma certa tutela indireta dos consumidores. No início do século XX, nomeadamente na década de 50 e 60 é que efetivamente se passou a tutelar juridicamente o consumidor.¹⁴⁸

Depois do discurso do presidente Kennedy, não podemos deixar de dar relevância à forma como a especial natureza do sistema político americano teve um reflexo muito particular no modo como toda a defesa dos consumidores foi organizada.

¹⁴⁶ Imagine-se um produtor/vendedor que toma conhecimento que outro está a proceder à venda de produtos sem pretender dar qualquer garantia pela venda ao consumidor, e chegando mesmo a publicitar um preço mais baixo pelo bem, sem garantia. Ainda que os consumidores visados devam dar queixa às autoridades, e apresentar a sua reclamação em caso de falta de conformidade, e de violação do direito à qualidade dos bens e serviços, previsto no art.º 4 da Lei n.º 24/96 de 31 de julho, o produtor que toma conhecimento deste procedimento, pode também proceder à denúncia, porque antecipadamente todos sabem que a lei de defesa do consumidor estipula normas de proteção específica quer quanto à qualidade dos bens, quer mesmo quanto à garantia dos produtos móveis adquiridos, que atualmente é de 24 meses, conforme o DL n.º 84/2008 de 21 de maio.

¹⁴⁷ LIZ, Jorge Pegado – Op. Cit. P. 58. No referido édito poderia ler-se: «Qualquer homem que tenha vendido manteiga que contenha nabos, pedras ou outras coisas, será cuidadosamente amarrado ao nosso pelourinho, depois a dita manteiga será rudemente posta sobre a sua cabeça e deixada até que o sol a derreta completamente. Poderão os cães vir lambê-lo e o povoleu ultrajá-lo com os epítetos difamatórios que lhe agradar. »

¹⁴⁸ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit. P. 16. Defendeu que « (...) o desenvolvimento das técnicas de publicidade e propaganda e outros meios de assédio e apelo ao consumidor, levaram à criação do que se denominou de sociedade de consumo. (...) nessa sociedade é reconhecível um profundo desequilíbrio entre produtores e distribuidores, por um lado e consumidores por outro lado, o que faz surgir a necessidade de protecção dos mais fracos contra os fortes e dos menos informados contra os mais informados. Por isso começou a ser imperativa a protecção do consumidor, não só contra a fraude e a desonestidade nas trocas comerciais, contra os abusos de poder económico, mas também contra o assédio e as solicitações de que é alvo (...)» Neste sentido também SILVA, João Calvão da – *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. Pp. 28-30.

O movimento político de defesa dos consumidores teve início nos E.U.A. e ali nasce a sua etimologia, rapidamente estes movimentos contagiaram muitos outros países no mundo, em especial na Europa. Ainda que nalguns países já se viessem a notar esforços para a defesa dos consumidores, esta medida americana impulsionou ainda mais a matéria.

Sumariamente importa fazer referência à evolução histórica de medidas de proteção dos consumidores em alguns ordenamentos jurídicos mais importantes.

Em Inglaterra, se bem que já existissem movimentações de associações privadas entre os anos 50-60, quando através de uma recomendação do Molony Committee o Consumer Council decidiu criar um conselho fiscal dos consumidores, que entre outras coisas estava encarregue de propor medidas que visassem a proteção dos interesses dos consumidores e o desenvolvimento da sua informação e educação.

Na Alemanha, ainda que a Federação das uniões dos consumidores date de 1953, como organização que reunia todos os grupos que se ocupavam das múltiplas questões de consumo, só em 1962, por sugestão da dita Federação se lançou a ideia de criação de instituto independente que realizasse estudos comparativos de bens.

Depois em 1964 surgiu o primeiro projeto de lei que viria a dar às organizações de consumidores o direito de ação judicial contra a publicidade enganosa, símbolo de uma maior proteção e defesa dos consumidores alemães.

Outro exemplo do iniciar de medidas protetoras resultou na França onde nos anos 50 se criou a *Unión Fédérale de la Consommation*, que em modo sumário se pode dizer representar os consumidores a nível nacional, e é onde estão filiadas várias organizações privadas e governamentais. Mas foi em 1962 que se criou o *Comité National de la Consommation*, tendo em vista a poder assegurar um contacto permanente entre os poderes públicos e os representantes dos consumidores¹⁴⁹.

¹⁴⁹ CALAIS-AULOY, Jean - *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2010. 8ª ed.

Entre muitos outros países europeus finalizamos este destaque com a experiência dos países nórdicos, destacando a Dinamarca, onde em 1947 surgiram os primeiros movimentos em prol dos consumidores, sendo criado o *Danske Forbrugerrad* (Conselho dinamarquês dos consumidores).

Na Suécia também foi criado o *Statens Kinsument Rad* (Conselho Nacional de Consumo), em 1956, com finalidades de apoiar e coordenar a colaboração entre todas as entidades envolvidas no âmbito do direito do consumidor.

E na mesma sequência reconhece-se o tratamento desta matéria na Noruega pela primeira vez em 1953, com o surgimento do *Forbrukerradet* (Conselho dos Consumidores), organismo com poder de representação de forma autónoma dos consumidores no âmbito da política económica de informação e consulta, e na realização de inquéritos.

Por fim no ordenamento finlandês destacam-se no mesmo ano de 1953 duas federações cooperativas que desenvolveram no movimento de defesa dos consumidores várias medidas, nomeadamente quanto a processos de reclamação e pela resolução extrajudicial de conflitos de consumo.

As mais variadas intervenções foram determinantes para que nos domínios contratuais - nomeadamente quanto à venda de bens defeituosos, os contratos de adesão, os casos de publicidade enganosa, as vendas à distância e equiparadas, e mesmo as práticas comerciais desleais – ocorresse o aparecimento de inúmera legislação¹⁵⁰.

Surge aqui uma autonomia do estudo do direito dos consumidores, que não pode estar só baseada nas funções que estão subjacentes a uma relação de consumo¹⁵¹.

¹⁵⁰ ALIX, Jean - La protection du consommateur en matière de contrats à distance. *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. N.º 2. 1993. Pp. 95 ss.

¹⁵¹ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit., P. 24. «(...) definida como a relação que se estabelece entre um profissional e um consumidor através da qual se fornecem bens ou se prestam serviços para uso não profissional (...)».

A mencionada interdisciplinaridade deste, com outros ramos do direito, traduz-se no facto do direito do consumidor ter de recorrer a regras, princípios e conceitos alheios à sua origem, para responder adequadamente a todos os diferendos que lhe surgem.

Tal como Luís Menezes Leitão¹⁵², também defendemos que este direito assenta sobre pressupostos muito específicos, muito mais concretos que os demais ramos.

Justificando uma autonomia de tratamento na proteção da parte considerada mais fraca, o que está muitas vezes ausente dos outros ramos do direito. E esta finalidade expressa determinará a resolução de problemas muito específicos para a autonomia do direito do consumidor.

No entanto denote-se que fazemos depender esta autonomia muito além da mera relação de consumo existente, até porque o direito do consumidor não pode tratar-se apenas de um direito de defesa única e exclusiva dos consumidores.

Há que ter em linha de conta um critério mais amplo onde se conclua que o direito do consumidor é também “um direito à volta do consumidor”¹⁵³, abrangendo também outras pessoas que estão sujeitas à organização económica da sociedade.

Defendemos tal como Ferreira de Almeida¹⁵⁴ que o direito do consumidor deve abarcar todas as prescrições jurídicas que regulem ou influenciem as relações onde os consumidores sejam sujeitos, ou onde o seu comportamento seja posto em causa.

E é esta necessidade de uma particular e privilegiada proteção nas relações de consumo que consubstancia a autonomia deste ramo, distinto ainda mais pelo facto de proteger uma parte mais fraca de uma mais forte, forte pelo seu conhecimento e pela sua posição económica.

¹⁵² LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit. Pp. 24-25.

¹⁵³ TENREIRO, Mário – Un code de la consommation au un code autour du consommateur? Quelques réflexions sur la codification et la notion de consommateur. *Law and diffuse interests in the European legal order liber amicorum Norbert Reich*. Baden: Nomos, 1997. Pp. 339 ss.

¹⁵⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Os Direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

Mas a referida autonomia está longe de ser um conceito fechado. Outras questões se podem refletir, como a necessidade ou não desta ocorrer, e a resolução da ligação do direito do consumidor com o direito civil, o que nos levará a adiante tratar desse ponto.

Assim a ideia comum que dá coerência sistemática a este conjunto de disposições, é a necessidade de uma proteção mais particular dos consumidores na relação de consumo, importando perceber que este está também ao serviço de políticas económicas e sociais, nos mais diversos níveis de intervenção, o que traduz o seu carácter instrumental.

Utilizando estruturas desta ordem económica, o direito do consumidor tem um papel de evolução de todas as estruturas sociais, mas essencialmente das políticas.

Na sequência desta instrumentalidade é também um direito por si só formal. Poderemos mesmo estar perante um «retorno ao formalismo contratual que vem contrariar nessa área uma tendência que existia no Direito Civil no sentido da consensualidade na celebração de negócios»¹⁵⁵.

Este formalismo resulta da obrigação de cumprimento do direito à informação, pois o consumidor é estimulado a refletir nos contratos que realiza sobre as menções constantes nos mesmos, e as obrigações muitas vezes existentes de forma escrita em relação ao exercício de alguns dos seus direitos.

O direito do consumidor é tido ainda como um direito de carácter coletivo. Constata-se que os interesses aqui subjacentes podem ser coletivos ou difusos, conforme resulte da própria definição de relação jurídica de consumo.

¹⁵⁵ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit., P. 27.

Não só estamos perante normas de proteção dos consumidores, mas também verificamos que este direito se repercute sobre as estruturas públicas que têm poder de regular sobre esta proteção, estruturas políticas na sua essência.

Nesta dimensão há que ter em conta que a necessidade de criar métodos para reparar todos os danos causados num âmbito coletivo.

Como transcreve Pegado Liz¹⁵⁶, traduzindo Bourgoignie¹⁵⁷:

«(...) Face à multiplicação dos perigos nascidos de um sistema de produção em massa, é tomada uma opção clara pela definição de mecanismos de socialização de riscos ligados ao consumo de bens e de serviços colocados no mercado, fundados em princípios de responsabilidade objectiva, de solidariedade e de indemnização colectiva, em vez da exigência da culpa pessoal do profissional e da liberdade das partes de decidir da partilha dos riscos que aceitam, um e outro, assumir no quadro da relação que os une.»

Atendendo a todas as características frisadas é da maior relevância a compreensão da noção¹⁵⁸ de consumidor para a aplicação prática do regime em apreço¹⁵⁹.

Daqui podem ser destacados alguns pontos de maior relevância. Desde logo esta noção não estatui elementos de carácter negocial ou relacional. O motivo para tal, cremos, encontra-se assente na ideia de que são muito limitadas as definições que se inspiram unicamente no direito dos contratos.

¹⁵⁶ LIZ, Jorge Pegado – Op. Cit., Pp. 281 e 282.

¹⁵⁷ Também este autor se pronunciou neste sentido em BOURGOIGNIE, Thierry - *Droit et politique communautaire de la consommation. Une évaluation des acquis*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris : Dalloz, 2004. Pp. 95-129.

¹⁵⁸ A noção de consumidor em Portugal tem origem na primeira lei de defesa criada, a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto. Esta considerava ser consumidor «(...) todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça com carácter profissional uma actividade económica (...)»

Mas a noção foi revista aquando da alteração da lei em 1996, passando a ser estipulada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho. E passou a determinar ser consumidor nos termos do n.º 1 do art. 2º «(...) todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.»

¹⁵⁹ DUARTE, Paulo - O conceito jurídico de consumidor segundo o art.º 2 n.º 1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 75. 1999. p. 649 – 703.

O que efetivamente se pretende com a noção de consumidor, conforme defendemos, é uma tutela mais alargada e ampla, que possa exorbitar das relações negociais, e que não fique vedada apenas a estas.

A ausência de um elemento diretamente relacional é notada por alguns autores, nomeadamente pela sua defesa.¹⁶⁰ Entre nós Ferreira de Almeida¹⁶¹ defendeu que:

«(...) a fórmula da relação jurídica é fundamental para a configuração jurídica do conceito de consumidor, (...) há assim sempre uma aquisição ou transacção que constitui um negócio jurídico, conceito que permite explicar as relações de consumo, que não derivam necessariamente de contratos, como seja a proposta contratual, a oferta ao público, ou o negócio a favor de terceiro (...).»

Entendendo que esta noção não detém elementos negociais, deveria ter sido atendida uma menção a elementos relacionais, o que não se fez diretamente.

Ainda em prol da defesa deste elemento, salientamos na doutrina estrangeira o enunciado por Guido Alpa¹⁶², que estipulou: «ser consumidor toda a pessoa que faz parte de, ou institui, uma relação jurídica relativa ao consumo».

Defendemos que esta é uma relação funcional: a existente entre o consumidor e o negócio em si de que é sujeito, e que concretiza a sua caracterização.

Há como que uma dependência entre as partes: o que leva à existência do negócio de consumo. Por isso que não podemos conceber a defesa generalizada que somos todos consumidores.

Mas ainda assim não pugnamos pela ideia de que estamos perante uma noção totalmente fechada. Esta deve ser passível de uma interpretação extensiva e alargada, na sua essência de real proteção: o consumidor final.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira - Negócio jurídico de consumo (caracterização, fundamentação e regime jurídico). *Boletim Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentos de Direito Comparado da Procuradoria da República. N.º 347. 1985. Pp. 11-38.

¹⁶¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Os Direitos dos consumidores*. p. 210.

¹⁶² ALPA, Guido – *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*. p. 56.

Esta ideia parte de um dos elementos caracterizadores do conceito - o elemento subjetivo - mas destaca-se face aos outros dois elementos, o objetivo e o teleológico¹⁶³.

Sendo certo que o consumidor é uma pessoa, ressalve-se que esta não pode estar a atuar enquanto profissional. O apelo ao âmbito pessoal ou não profissional de atuação desta pessoa ressalta a sua posição economicamente mais frágil, no sentido de não estar à partida tão formada e informada como o profissional que dá seguimento à proposta negocial.

Muitas vezes fazendo uso da sua posição mais confortável no próprio mercado, diríamos que o profissional/empresa/produtor estará sempre num patamar do relacionamento mais alto, e subjetivamente mais forte economicamente.

Este elemento subjetivo acaba por ser controverso, na medida em que se coloca em causa a inclusão ou não de algumas pessoas físicas, e jurídicas. Na nossa perspetiva deve ser ponderada uma inclusão alargada de todas as pessoas que não estejam a atuar com um fim profissional.

Convenhamos que a defesa é de uma parte mais fraca que está a consumir, e que o preceito legal atualmente em vigor não deixou claro que se referia única e exclusivamente a pessoas singulares. É sim «todo aquele» a quem sejam prestados serviços ou vendidos bens.

No entanto em alguns diplomas europeus verifica-se que tem surgido uma restrição ao alargamento da noção, aplicando-se apenas a pessoas físicas, como é o caso da aplicação da Diretiva 2005/29/CE que temos por base neste estudo¹⁶⁴.

¹⁶³ Ibidem. p. 20 ss.

¹⁶⁴ Conforme as definições que ressaltam do art.º 2 al. a) para os efeitos da Diretiva entende-se por consumidor: «qualquer pessoa singular que nas práticas comerciais abrangidas pela presente Directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.»

Reduzindo a aplicação unicamente a pessoas singulares, consideramos relevante notar que na transposição deste regime o nosso legislador tenha adotado uma noção particular de consumidor, diferente da que o nosso ordenamento jurídico já dispõe.

A noção de consumidor, no âmbito de aplicação do regime de proibição de práticas comerciais desleais¹⁶⁵ no nosso ordenamento, é rigorosamente igual à que deriva da Diretiva, não tendo o legislador português realizado qualquer alteração.

Olvidou-se por completo a noção já existente que na sua letra não é tão redutora.

Deixando em aberto a questão da noção adequada para a aplicação prática deste regime, e levando a uma incongruência no tratamento, quando noutras circunstâncias semelhantes podemos claramente discutir a aplicação da noção a outras pessoas jurídicas que não as pessoas singulares.

Preferiu-se seguir a noção que tem vindo a ser mantida em termos europeus¹⁶⁶ revelando-se assim uma tendência para reduzir a noção de consumidor meramente às pessoas singulares¹⁶⁷. E tal voltou a ocorrer com a Diretiva relativa aos direitos dos consumidores¹⁶⁸, atendendo desde logo à proposta¹⁶⁹ tornada pública antes da sua publicação.

¹⁶⁵ Nos termos do art.º 3 al.a) do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

¹⁶⁶ HOWELLS, Geraint; WILHELMSSON, Thomas – EC Consumer Law: has it come of age?. *European Law review*. London: Sweet & Maxwell, 2003. Vol. 28. P. 3.

¹⁶⁷ Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça, atendendo à Diretiva das cláusulas contratuais abusivas que: «apenas as pessoas físicas são abrangidas pela noção de consumidor usada pela diretiva relativa às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre um profissional e um consumidor.» BERNARDEAU, Ludovic – *La notion de consommateur en droit communautaire* (à la suite de l'arrêt de la C.J.C.E. du 22 Novembre 2001, idéal service aff. Jointes C-541/99 et C-542/99). *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain, 2001. Pp. 341 ss.

¹⁶⁸ HOWELLS, Geraint - The future for the proposed consumer rights directive. Les consommateurs et le droit international privé. *Revue Européenne de droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve : Centre de Droit de la Consommation de L'Université Catholique de Louvain. abril 2009. ISSN 0775 – 3209. p. 805 – 812.

¹⁶⁹ Esta proposta foi inicialmente lançada no site do Parlamento Europeu, com a indicação PE/CONS 26/11, de 28 de setembro de 2011, numa versão em inglês, mas depois foi retirada do site.

Defendemos pois que esta noção é por demais redutora, e que pode considerar-se até que esta designação europeia poderá levar a um retrocesso, do que outrora já havia sido preconizado.

Reportamo-nos a uma noção antiga de consumidor que surgiu da Carta do Conselho da Europa¹⁷⁰ sobre a proteção do consumidor, onde em 1973 a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa ao criar esta carta de proteção do consumidor, determinou no ponto A al. (i), acerca do direito dos consumidores à proteção e assistência que:

«(...) Um consumidor é uma pessoa física ou colectiva a quem são fornecidos bens e prestados serviços para uso privado(...).»

Subscrevendo agora um segundo elemento que tradicionalmente tem sido defendido na definição de consumidor, o elemento teleológico leva-nos a ponderar a reformulação positiva que resulta da noção legal.

Recorde-se que a mesma indica tratar-se das relações em que os bens e serviços se destinem ao uso pessoal e privado dos consumidores, ou ao contrário e de forma negativa, que esses bens e serviços sejam estranhos à atividade profissional¹⁷¹.

Existem fórmulas que oscilam entre a «(...) finalidade do uso dos bens, enunciada de forma positiva (uso pessoal, privado, familiar, doméstico) ou negativa (uso não profissional, finalidade estranha ao seu comércio ou profissão)»¹⁷².

No nosso ordenamento quer pela noção legislativa de 1981, como na de 1996, concluímos que a lei considera como consumidor quem aja fora de uma atividade profissional ou empresarial, permitindo entender-se como consumidor todos

¹⁷⁰ Esta carta resulta da Resolução n.º 543, de 17 de maio de 1973, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa.

¹⁷¹ LEITÃO, Luis Menezes – Op. Cit., p. 20 ss. Remetendo também para ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Os direitos dos consumidores*. p. 208 ss.

¹⁷² ALMEIDA, Carlos Ferreira – *O direito do consumo*. p. 32-33.

aqueles que adquirem bens estranhos à sua especialidade, quando a própria equidade o justifique.¹⁷³

Não vislumbramos hipótese de se manter uma interpretação redutora quando nos tempos que correm toda a proteção da parte que atua sem a proeminência económica no relacionamento é diminuta.

O elemento teleológico traz-nos o fim, a finalidade do uso¹⁷⁴, «(...) que deve ser aferida pelo que resulta do conteúdo do contrato ou das circunstâncias (...)».

O ónus da prova nestes casos irá recair sobre quem alegar a qualidade de consumidor, e mesmo que se esteja perante uma finalidade de uso mista, procurar-se-á a finalidade que seja predominante¹⁷⁵.

O que mais uma vez justifica a nossa opção por defender que devem ser referenciados como consumidores todas as pessoas jurídicas (singulares ou não), que atuem com um fim pessoal, ou não profissional.

Resta-nos ainda nesta caracterização da noção de consumidor ponderarmos acerca do elemento objetivo.

Este elemento reporta-se à menção objetiva do uso de coisas pelo consumidor. Na nossa lei há referência a «bens ou serviços»¹⁷⁶, colocando-se em causa a questão se existirá alguma limitação ao objeto em apreço, para se atender que determinada pessoa é ou não consumidor.

O pretendido é reportar-se a todos os bens que se encontrem disponíveis no âmbito do comércio jurídico¹⁷⁷, e assim não limitar o objeto destes relacionamentos a bens móveis corpóreos.

¹⁷³ LAURENTINO, Sandrina – Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2. 2000. Pp. 415 ss.; SILVA, Calvão – *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*. Coimbra: Almedina, 2001. Pp. 115 ss.

¹⁷⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *O direito do consumo*. p. 34-35.

¹⁷⁵ LAURENTINO, Sandrina – Op. Cit., p 423.

¹⁷⁶ LEITÃO, Luís Menezes – Op. Cit., p. 21

¹⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *O direito do consumo*. p. 31-32.

No elemento objetivo desta noção destacaríamos estar perante o problema de saber se deverá haver aqui uma restrição implícita ou não a bens de consumo, excluindo-se todos os bens de produção?

Ou se pelo contrário deveremos entender aqui a admissão de quaisquer bens que satisfaçam o conceito, apenas limitando este conceito pelos outros elementos que já referimos, nomeadamente o teleológico?¹⁷⁸

A resposta a esta questão parece-nos ter já sido respondida indiretamente, quando defendemos uma noção mais alargada de consumidor, o que comporta uma interpretação extensiva da letra da lei.

Deste modo quanto ao objeto das relações de consumo tem de entender-se a admissão de quaisquer bens, contando que estes se adequem ao conceito em si, no caso concreto, e que teleologicamente não se exclua a pessoa em causa, de um relacionamento de consumo, pelo uso que é dado a esses bens.

Cumprimos uma análise dos elementos que se destacam da noção de consumidor, e no seu todo da evolução e origem do direito do consumidor, que nos permite concluir que esta disciplina merece um lugar de cada vez maior destaque, no estudo das relações práticas de consumo existentes.

8.1.1. A defesa constitucional dos consumidores

A Constituição da República Portuguesa, enquanto carta fundamental dos direitos aos cidadãos, e guardiã de todos os pilares sobre os quais assenta o nosso ordenamento jurídico, não poderia afastar o tratamento da matéria relativa à proteção dos consumidores¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ CASALTA NABAIS, José – O estatuto constitucional dos consumidores. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Vol. I.

No entanto, apesar da magnitude da questão, o tratamento constitucional dos consumidores não surgiu nos primórdios da nossa CRP.

Em 1976 a CRP não passou de uma breve referência aos consumidores, no art. 81º, com a alusão numa alínea, sem que tivesse sido formulado qualquer artigo nesse sentido de defesa. Dir-se-ia que foi criada uma Constituição que visava versar sobre “tudo”, sem se debruçar com profundidade sobre nada¹⁸⁰.

Com a revisão de 1982 formulou-se um artigo autónomo para a proteção dos consumidores, que se encontrava na parte II da CRP, o capítulo da organização económica.

Mas só em 1989, com a revisão constitucional este tema foi transferido para o título dos direitos e deveres económicos, sociais, e culturais, mais propriamente no capítulo dos direitos e deveres económicos, no atual art. 60º.

Este artigo sofreu ainda alterações com a revisão da Constituição pela Lei Constitucional n.º 1/97, que por conta das novas regras ligadas ao direito de liberdade da ação popular, modificou o seu n.º 3.

Atualmente a defesa constitucional dos consumidores não se fica apenas pelo art. 60º, podendo ainda com relevância destacar-se a alínea i) do art. 81º, e a alínea e) do art. 99º.

A Constituição institui os consumidores como sujeitos de direitos constitucionais, mas sem os definir. De relevância no entanto o pensamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁸¹:

«Seguramente que o preceito se refere, de acordo com o direito nacional e europeu, ao consumidor final enquanto tal, que adquire a fornecedores profissionais bens e

¹⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de – Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra : Centro de Direito do Consumo. N.º 5. 2003. p. 139-161.

¹⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pp. 780-781.

serviços para uso e fruição própria (ou alheia), e não para uso profissional; a noção abrange tanto o consumidor de bens ou serviços fornecidos por entidades privadas como o utente de serviços públicos propriamente ditos (transportes públicos, serviços postais, serviços de saúde, etc.)»

A proteção dos consumidores surge agora em sede de direitos fundamentais, logo depois da proteção dos trabalhadores e imediatamente antes dos princípios relevantes à regulação dos meios de produção e da iniciativa económica, e do direito de propriedade.

A Constituição Económica – nomenclatura para o conjunto de preceitos do art. 58º ao 62º - traduz a importância para o direito económico¹⁸², e para a regulação da economia que estas matérias têm, demonstrando como os consumidores passaram a ser sem dúvida sujeitos com ampla intervenção¹⁸³.

Passam a ter um carácter fundamental, ainda que possam ser entendidos como direitos de natureza dupla: não só estão a estabelecer regras para os fornecedores de bens e serviços, como também têm como destinatário o Estado, ao imporem-lhe: «(...) obrigações de implementação legislativa e de garantia dos mesmos direitos aos consumidores. (...)»¹⁸⁴

Ainda que estes direitos se relacionem com ‘as pessoas’, os sujeitos das relações jurídicas em que se impõem, estes têm uma íntima ligação com o Estado, por se tratar de uma defesa por parte do Estado, e não contra este ou perante este¹⁸⁵.

¹⁸² ROQUE, Ana – *Noções Essenciais de Direito Empresarial*. Quórum: Lisboa, 2007. 2ª ed. Pp.109 – 114.

¹⁸³ FRANCO, António Sousa – A revisão da constituição económica. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 42. Set.-Dez. 1982. p. 629-630.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 781.

¹⁸⁵ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 2011. 6ª ed.

E ainda mais quando o Estado é o primeiro a ter interesse que exista uma proteção dos consumidores, no relacionamento consigo.

Podem pois ser considerados análogos aos direitos, liberdades, e garantias, com conteúdo determinável, e imediatamente acionável, carecendo de uma interposição do legislador para adquirirem realização plena.

Sendo que muito para além do seu alcance enquanto direitos fundamentais¹⁸⁶, têm o efeito de vir legitimar as medidas de intervenção pública que possam pôr-se em causa quando se está perante a atividade de fornecedores de bens e serviços, tal como também frisam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁸⁷, posição que seguimos de perto.

Os direitos dos consumidores constitucionalmente consagrados são conforme o n.º 1, art. 60º CRP: o direito à qualidade dos bens e serviços consumidor, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos.¹⁸⁸

Uma nota ainda para o n.º 3, art. 60º CRP, que desde 1997 veio reconhecer, no alargamento do direito de participação das associações de consumidores e das cooperativas de consumo, a legitimidade processual para a defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.

Tal resultaria mesmo já da aplicação do art. 52º, n.º 3, al. a) CRP, traduzindo-se numa especificação deste artigo.

Atendendo à génese do art. 60º CRP, está aqui subjacente um direito de acesso dos consumidores à justiça, bem como à própria resolução extrajudicial de

¹⁸⁶ Neste sentido CANOTILHO, J. J. Gomes – *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 2ª ed.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – Op. Cit., P.780.

¹⁸⁸ BARBIEIRI, Diovana – A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode/deve pensar-se em eficacia horizontal directa? *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 8. 2006-2007. Pp. 291-346.

conflitos de consumo, pondo não só em causa o consumidor a título individual, mas sim os interesses coletivos ou difusos dos consumidores.

Uma última menção à al. i), art. 81º CRP, onde estão estatuídas as incumbências prioritárias do Estado.

Atendendo às tarefas económicas e sociais do Estado, onde se constitui o desenvolvimento, a especificação e a concretização no plano económico-social de todas as opções políticas fundamentais, o legislador considerou que também incumbe prioritariamente ao Estado, garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores.

É como se esta alínea possa dar um sentido de realização aos direitos fundamentais já estipulados no art. 60º CRP.

Do ponto de vista económico a proteção dos consumidores aqui estipulada, consiste, ainda que não exclusivamente, numa forma de « (...) defender os cidadãos em geral no que respeita aos preços, qualidade e abastecimento dos produtos, assim como da publicidade oculta, indirecta e dolosa, e por outro lado constitui também um meio de controlar o poder económico(...) »¹⁸⁹.

Este pode ser um preceito programático, traduzindo um conjunto de incumbências de política económica e social que são vertidas em decisões políticas, planos económicos e medidas legislativas e administrativas conforme a orientação política dos governos em funções.

Resta mencionar que conforme o art. 99º, al. e) CRP, a proteção destes também é um dos objetivos da política comercial.

Tendo estes objetivos sido determinados na Constituição em 1989, veem-se traçadas as linhas orientadoras da intervenção do Estado quanto à política comercial, estando aqui mais uma vez subjacente o modelo de uma economia

¹⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – Op. Cit., p. 973.

de mercado regulada, à semelhança do que já havíamos retratado para a constituição económica.

«Se a liberdade comercial e o mercado estão implícitos, todo este preceito aponta para medidas de intervenção do Estado no sentido de estabelecer balizas e requisitos, desde a defesa da concorrência à protecção dos consumidores.»¹⁹⁰

Todos os operadores comerciais, independentemente do setor da propriedade em que se situem, estão pois sujeitos aos princípios resultantes deste art. 99º CRP.

Sublinha-se assim a importância desta protecção no âmbito da política comercial, constituindo um fundamento constitucional para a intervenção do Estado na economia.

Limitando ou restringindo a liberdade económica dos agentes, e dando cobertura a mecanismos de intervenção, à semelhança do que ocorre com toda a constituição económica «existe aqui uma ampla abertura constitucional à liberdade de conformação legislativa»¹⁹¹.

8.2. A defesa europeia dos consumidores

Para o melhor entendimento das práticas comerciais desleais, e da necessidade da sua proibição, é conveniente estudarem-se os direitos pertencentes aos consumidores, como intervenientes nas relações jurídicas em causa.

Seguimos de perto a posição de Hernández Bataller¹⁹², no seu parecer enquanto relator do C.E.S.E., acerca da proposta para uma Diretiva relativa aos direitos dos consumidores.

¹⁹⁰ Idem. Pp. 1072 e 1073.

¹⁹¹ Idibem. Pp. 1074.

¹⁹² C.E.S.E. - Parecer sobre a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores.

Não deve o consumidor europeu ser visto exclusivamente numa ótica de mercado interno, ou considerado como um agente racional no mercado, que venha a tomar decisões numa lógica de concorrência.

É redutor que o consumidor seja compreendido como um mero agente no mercado, com consciência e informação, que toma autonomamente decisões de pura lógica concorrencial.

A sua proteção não poderá apenas resumir-se à proteção de um direito à informação, nem o consumidor poderá ser tido apenas como um sujeito racional.

Por fazer parte das relações de consumo pode ser um agente, mas não fica sujeito aos contornos flutuantes do mercado.

Já se havia pronunciado Ana Guerra Martins¹⁹³, que o direito do consumidor na Europa tem vindo a ser encarado sob duas perspetivas ao mesmo tempo: 1) como um meio de melhorar a proteção do consumidor, e 2) como um instrumento da política do consumo.

Poderá encarar-se em termos europeus como «(...) um conjunto de regras, estruturas e instrumentos públicos ou privados, de iniciativa voluntária ou compulsória que visam contribuir para a melhoria da protecção legal dos consumidores no mercado. (...) Por outro lado o direito do consumo pode ser apreciado como um direito que se restringe às normas que têm como objectivo proteger o consumidor nas suas relações com uma empresa. (...)»¹⁹⁴

E no seguimento do pensamento traduzido por Ana Martins¹⁹⁵, o direito que tutela a defesa dos consumidores, não pode ser de todo visto como um direito neutro, sendo que este pretende estabelecer um equilíbrio entre as partes envolvidas.

¹⁹³ MARTINS, Ana M. Guerra – O direito comunitário do consumo. *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro direito consumo, 2003. N.º 5. p. 63 – 91.

¹⁹⁴ STUYCK, Jules - European Consumer Law after the treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market? *Common Market Law Review*. Netherlands: Wolters Kluwer Law International. N.º 37. 2000. P. 367.

¹⁹⁵ MARTINS, Ana M. Guerra – Op. Cit.

Coloca-se os consumidores numa posição melhor do que aquela que poderiam conseguir através de “regras normais” de funcionamento do próprio mercado, tendo cada vez mais o direito europeu de defesa do consumidor um caráter intervencionista e uma natureza protetora.

Na União Europeia a legislação em matéria de defesa dos consumidores assegura um tratamento justo quer na aquisição de bens, quer na prestação de serviços, ultrapassando as fronteiras da relação jurídica, e procurando cada vez mais aproximar os cidadãos e as empresas.

8.2.1. A evolução histórica do quadro geral de proteção dos consumidores em termos europeus.

Importa realçar os instrumentos que ao longo dos anos foram utilizados para a regulação destas matérias¹⁹⁶. Atualmente e após diversas revisões, a defesa dos consumidores não só figura como um princípio dos tratados, como constitui mesmo uma das políticas da Comunidade consagradas autonomamente.

No Tratado de Roma, ou Tratado da CEE, em 1957, a proteção do consumidor não foi sensível ao legislador, uma vez que este tratado visava a implementação de um mercado comum, onde a mera tutela dos consumidores acabava por ficar limitada a referências indiretas, ligadas à prática da livre concorrência.

Apenas com o Tratado de Maastricht, em 1992, começaram a ser efetivadas medidas de proteção do consumidor. E nos objetivos gerais deste Tratado, ficou determinado que a Comunidade deve também contribuir para reforçar a proteção dos consumidores¹⁹⁷.

¹⁹⁶ LAFFINEUR, Jacques – L'évolution du droit communautaire relative aux contrats de consommation. *Revue Européenne de droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve : Centre de Droit de la Consommation de L'Université Catholique de Louvain. Abr. 1999. P. 401.

¹⁹⁷ CHILLON, Sandie – Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam : un droit émancipé ? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. N.º 4. 1998. Pp. 259 ss.

Passou a existir competência para estabelecer uma política de proteção dos consumidores na região comunitária, mas esta ficou limitada a só poder intervir quando os Estados-membros não detivessem ações realizadas de maneira própria, no sentido de garantir a livre circulação de pessoas, bens e serviços, sem discriminação, num mercado comum.

A partir de 1997, com o Tratado de Amesterdão, destaca-se a ampliação das orientações anteriores, com um reforço da defesa dos direitos dos consumidores.

O art. 153º, enquanto preceito único do título XIV da Parte III do Tratado, assegura no n.º 1 os direitos dos consumidores. Destacam-se o direito à proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, bem como do direito à informação, à educação, e à organização destes interesses.¹⁹⁸

Realça-se, tal como reforçou Ferreira de Almeida¹⁹⁹, que:

«(...) que a competência da Comunidade para a adopção de medidas de defesa dos consumidores, incluindo a harmonização legislativa através de directivas, passou a dispor de uma base própria, distinta da instituição do mercado único (...)».

Tomaram-se medidas que interligam a defesa dos consumidores e dos seus direitos com outras políticas comunitárias. Note-se por exemplo o art. 174º do Tratado que interliga a proteção da saúde pública, com as questões ambientais, e o art. 95º do mesmo diploma, ao garantir um elevado nível de proteção da saúde, como definição das políticas da comunidade.

Resta-nos ainda retratar sumariamente a regulação de direitos dos consumidores quer no Tratado de Nice²⁰⁰, como no Tratado de Lisboa.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto – A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 3. 2001.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *O direito do consumo*. P. 66.

O primeiro instituído em 2001 não adiantou nada ao que até agora tratámos, porque o seu principal papel incidiu na reforma das instituições, de modo a que fosse assegurado o funcionamento eficaz das mesmas, na União Europeia, preparando o alargamento dos Estados-membros componentes.

Por fim importa frisar o Tratado de Lisboa, este remonta a 2007, e é um Tratado reformador. Para além de ter conferido à União Europeia personalidade jurídica própria, criou as condições para um eficaz funcionamento da União²⁰¹.

No que respeita à proteção dos consumidores, reconheceu os direitos, liberdades e princípios que tinham já sido enunciados na Carta de Direitos Fundamentais.

Ainda que a Carta não faça parte dos Tratados, sem dúvida que a maior enunciação do Tratado de Lisboa neste campo foi atribuir-lhe força jurídica vinculativa.

E essa medida, ainda que se possa dizer que foi simbólica, não deixa de ser de extrema relevância, sendo um avanço significativo na consolidação do projeto democrático europeu.²⁰²

A Carta de Direitos Fundamentais institui um completo catálogo de direitos que são reconhecidos a cidadãos europeus, como forma de lhes dar maior liberdade e mais garantias, sem que ao mesmo tempo esteja em causa um direto alargamento das competências já previstas para a União Europeia.

²⁰⁰ THERETO, H.; MICKLITZ, Hans.; REICH, Norbert; WEATHERILL, Stephen. – EU Treaty Revision and Consumer Protection. *Journal of Consumer Policy*. Heidelberg: Springer Vol. 27. N.º 4. 2004. p. 367-399.

²⁰¹ FAUSTO, Quadros – *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.

²⁰² CARDOSO, Elionora – *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pp. 45 ss.

No entanto, os direitos dos consumidores não ficam só pela instituição em Tratados. Há que atender a outros instrumentos para realizar uma panóplia completa da defesa europeia em apreço.

8.2.2. A proteção dos consumidores noutros instrumentos europeus

A Carta do Conselho da Europa ou a carta europeia de proteção do consumidor, a que já aludimos, foi um dos primeiros instrumentos legais, fora dos Tratados, que preconizou a defesa dos consumidores.

Outro documento de especial destaque para a evolução do direito do consumidor comunitário, é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁰³.

Esta foi uma carta proclamada em 7 de dezembro de 2000, publicada depois oficialmente no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

A adoção deste instrumento, nasce da necessidade de defender e instituir direitos fundamentais como um princípio fundador da própria União Europeia, tornando-se essencial a elaboração uma carta, onde ficassem consignados direitos primordiais, e o seu devido alcance prático.²⁰⁴

As principais características deste novo método são a formação quadripartida da Convenção²⁰⁵, a transparência dos trabalhos, e a consulta da sociedade civil, bem como a procura de consensos para a adoção do projeto e a criação de uma mesa em cujas reuniões participam quer o presidente da Convenção, os presidentes de cada grupo e o representante da Comissão.

²⁰³ Publicada no JO C n.º 364, de 18 de dezembro de 2000.

²⁰⁴ VITORINO, António – *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Cascais: Principia, 2002

²⁰⁵ A expressão “Convenção” é aqui utilizada para designar a entidade a quem o Conselho Europeu entregou em 1999 o mandato da instância encarregue de elaborar esta Carta. Fala-se numa formação tripartida da convenção porque esta era composta por vários membros, divididos em quatro grupos: representantes dos chefes de Estado e de Governo, membros do Parlamento Europeu, membros dos Parlamentos nacionais e um representante do presidente da Comissão Europeia.

A Carta definiu a importância do acesso a serviços de interesse económico geral e a defesa dos consumidores.

Este reconhecimento dos serviços de interesse económico geral foi um enorme passo para a consideração dos direitos previstos vulgarmente para os “utentes” dos serviços públicos essenciais, por exemplo no nosso ordenamento jurídico.

Serviços que não estão só afetos a relações de consumo em sentido estrito, uma vez que o acesso a estes serviços não é limitado unicamente a consumidores, mas sim a utentes, ou seja a pessoas coletivas e em atuação profissional.

Esta proteção que recai no acesso a estes serviços de interesse geral no entanto não seria suficiente para o âmbito de defesa dos consumidores, por isso logo após mencionar a proteção do ambiente, a Carta traduz uma preocupação concreta com os consumidores²⁰⁶.

Passam pois a estar diretamente mencionados e defendidos, tendo posteriormente - com a instituição do Tratado de Lisboa - esta Carta de direitos fundamentais da União Europeia, passado a ter força vinculativa.

8.2.2.1. O livro verde sobre a defesa dos consumidores

O livro verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia, foi um instrumento apresentado pela Comissão em outubro de 2001.

Visou na sua consulta²⁰⁷ a que os Estados-membros se pronunciassem sobre a proposta de analisar a situação quanto à proteção dos consumidores, e ponderar as opções de futuro da matéria.²⁰⁸

²⁰⁶ Neste sentido traduz o art. 38º que: «As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.»

²⁰⁷ COMISSÃO – Livro verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia.

²⁰⁸ Diretamente visou que para que do mercado interno pudessem resultar benefícios para os consumidores, estes deviam poder aceder facilmente aos bens e serviços promovidos, oferecidos e vendidos fora das respetivas fronteiras. Sendo o movimento transfronteiriço dos bens e serviços que permite que os consumidores possam procurar negócios interessantes, e produtos e serviços inovadores, o que pretende garantir que sejam favorecidas as decisões de consumo mais vantajosas.

No entanto, ainda se verificava que a defesa do consumidor no mercado interno estava confrontada com um conjunto fragmentado de disposições, e um sistema parcelar do nível de aplicação.

A própria perspectiva do alargamento veio potenciar um aumento do risco de maior fragmentação ainda, e obviamente de problemas suplementares em matéria de aplicação.

Este instrumento procurou pronunciar-se sobre os pontos mais essenciais relativos à defesa dos consumidores²⁰⁹.

Pronunciou-se sobre matérias como a harmonização, a necessidade de criar uma Diretiva quadro acerca das práticas comerciais leais, e as práticas desonestas e enganosas.

E debruçou-se ainda quanto aos termos de aplicação das medidas reguladoras ligadas à estrutura e aplicação coerente destas matérias.

8.2.2.2. A Diretiva relativa aos direitos dos consumidores: Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro de 2011

Esta é sem dúvida a medida mais direta que a União Europeia tomou em prol da defesa e proteção dos consumidores.

A importância que ao longo dos anos este tema foi detendo, cresceu grandemente, e depois de instrumentos avulsos, e de alusão nos Tratados, a somar a diversas diretivas e regulamentos que legislavam acerca das relações de consumo, urgia a emanação de uma Diretiva quadro que viesse regular este setor.

²⁰⁹ PICOD, Fabrice – Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection du consommateur. *Actes et débats de colloque : Vers un code européen de la consommation*. Bruxelles : Bruylant, 1998.

Atendendo às Diretivas existentes, quer para a proteção de consumidores em contratos negociados fora de estabelecimentos comerciais, quer para a proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, era essencial que fossem estabelecidas normas padrão, como a própria Diretiva menciona, para os aspetos comuns destes contratos²¹⁰.

De qualquer forma a Diretiva indica muito claramente que, não pode prejudicar o direito nacional, no âmbito dos contratos, que não esteja abrangido pela mesma.

Nem pretender interferir com as vias de recurso relativas às cláusulas contratuais gerais, ou mesmo em matéria de organização da ordem económica²¹¹.

Atendendo ao que vem referido quer nas suas definições²¹², quer no preâmbulo, a noção de consumidor mais uma vez remete-nos para a abrangência apenas a pessoas singulares, que nos contratos aqui constantes, atuem com outros fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Consideramos que perdeu-se uma excelente oportunidade para resolver este celeuma e adotar-se um conceito mais alargado de consumidor, onde as pessoas coletivas que atuem fora do âmbito profissional em determinada relação jurídica também fossem incluídas.

No estudo desta Diretiva procura-se que as necessidades mais específicas dos consumidores, em especial quando estes são «particularmente

²¹⁰ SEGURA RODA, Isabel - La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales. *Revista de derecho alimentario*. Madrid: Food Law Consultants SPRL, 2006.N.º 14. p. 15 – 21.

²¹¹ ALMEIDA, António – Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual. *Revista de Ciência e Cultura*. Lisboa: Universidade Lusíada. N.º 2, 1998. Pp. 283 – 311.

²¹² Art. 2º, n.º1, Diretiva 2011/83/UE.

vulneráveis»²¹³, sejam acauteladas pelos profissionais, ainda que tal não dê origem a uma proteção especial dos consumidores nessas situações.

Denote-se que este instrumento utiliza indiscriminadamente termos entre si díspares, como resolução, retratação, rescisão e revogação, sem que se possa dizer existir um critério único nesta utilização.

Bem como para maior dificuldade de interpretação, se verifica uma mistura de utilização destas menções, aleatoriamente, demonstrando um completo esquecimento sobre a existência ou não destes termos jurídicos nos diferentes Estados-membros.²¹⁴

Se por um lado se determina²¹⁵ que o consumidor deverá beneficiar de um direito de retratação que dispõe, em bom rigor deveria mencionar que o consumidor dispõe de um prazo de resolução, pois a retratação indiretamente está a aludir a uma revogação que ocorre fora do prazo legal.

Enuncia-se agora a possibilidade de o consumidor beneficiar de uma simplificação do regime de retratação, utilizando um modelo de formulário

²¹³Refere-se a pessoas que sofram de uma enfermidade mental, física, psicológica, ou que em razão da sua idade e da sua credulidade possam ser consideradas vulneráveis.

²¹⁴PRATA, Ana – *Dicionário jurídico*. Coimbra: Almedina, 2012. Pp. 856; 862, 863; 872, 873; 876. Cada um destes termos pode por si só ter aplicações significativas diferentes, e que deveriam ter sido utilizados de forma coerente no texto da Diretiva. Conforme resulta do dicionário jurídico, as definições destas noções têm especificidades próprias: por um lado se rescisão não deixa de ser uma extinção do contrato por manifestação da vontade de uma das partes, válida desde que para tal se tenha fundamento na lei ou no contrato, é assim uma forma de extinção dos contratos consubstanciada numa declaração de vontade unilateral e vinculada. Este termo é muito próximo da resolução, que tem sido definida como «uma forma de extinção dos contratos por vontade unilateral e vinculada de um dos contraentes, sendo em princípio os seus efeitos retroativos, isto é tudo se passando como se o contrato resolvido tivesse sido declarado nulo ou anulado.» Destaca-se ainda a noção de revogação, como «uma forma de extinção de um negócio jurídico por manifestação de vontade, em regra discricionária, do seu autor, ou por acordo das partes (se se tratar de um contrato). Produz assim efeitos extintivos apenas para o futuro, e não pode em regra lesar os interesses de terceiros». Já a retratação não pode deixar de ser apreendida como um sinónimo da revogação, mas ainda assim é distinguida por muitos autores porque a revogação aplicar-se-ia quando se estivesse perante uma declaração revogatória eficaz, ou seja quando esta declaração fosse realizada dentro de prazos que a própria lei estabeleça, e a retratação aplicar-se-ia numa situação em que a revogação fosse ilícita, porque ter sido recebida após o expirar-se os prazos que a lei fixe. No entanto o atual art.º 230 do Código Civil, no n.º 2 refere-se expressamente à retratação «para designar a revogação de uma proposta contratual que tenha sido válida e eficazmente emitida», daí a confusão que as duas expressões tenham vindo a criar na aplicação aos contratos, e que se verifica a Diretiva 2011/83/UE utilizar, com um lado mais gravoso, pelo facto de em alguns dos Estados-membros estas noções não existirem, e ir colocar-se em causa a sua real transposição para cada um dos diferentes ordenamentos jurídicos.

²¹⁵No ponto 50 do preâmbulo.

disponibilizado pela própria, que não poderá ser modificado aquando da transposição pelos Estados-membros.

Ainda que o consumidor mantenha o direito de resolver o contrato utilizando expressões suas, há aqui simplificação que a Diretiva faz valer, mas que pode para os mais incautos, vir a causar grandes transtornos.

Relativamente à eventual responsabilidade do consumidor pela decomposição do bem, evolui-se para uma solução em que o consumidor só poderá ser responsável pela depreciação dos bens quando os manipule ao ponto de exceder o prazo necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens.

Mas se o profissional nem sequer o tiver informado da existência de um direito de retratação, então o consumidor não poderá ser responsabilizado pela depreciação dos bens.

Nesta Diretiva o legislador preocupou-se apenas em enunciar os direitos que atribui aos consumidores em relação aos contratos celebrados à distância e fora dos estabelecimentos comerciais, fazendo apenas uma breve alusão a outros direitos dos consumidores em geral.

Impôs-se sim uma maior transparência nos mercados e nas operações comerciais, quanto aos reais custos de pagamento com meios eletrónicos, e procurou evitar-se que os consumidores sejam onerados em demasia, em relação aos verdadeiros valores em causa.

Assim para existir a possibilidade de cobrança de qualquer pagamento adicional, antes do consumidor estar vinculado pelo contrato ou oferta, o profissional tem de obter o seu consentimento expresso.²¹⁶

²¹⁶ Art. 22º da Diretiva quadro em causa.

Ainda que este diploma não tenha correspondido ao que se expectava, por não versar unicamente sobre os direitos dos consumidores, sem dúvida que procurou harmonizar o direito à informação dos consumidores, e perspetivar um melhor enquadramento das relações de consumo existentes em contratos à distância e equiparados.

§ 9.º Os direitos dos consumidores

9.1. Principais direitos consagrados na sua proteção com interligação a práticas comerciais.

Depois do estudo da defesa do consumidor ao nível interno, e atendendo a que esta tese não se reporta unicamente a um estudo de defesa dos consumidores, iremos apenas enunciar apenas os direitos que maior relevância têm no âmbito das práticas comerciais.

Daremos primazia ao direito à qualidade dos bens e serviços, ao direito à informação e ao direito à proteção dos interesses económicos.

9.1.1. O direito à qualidade dos bens e serviços

Procurando desenvolver um mercado interno mais forte²¹⁷, tem-se ponderado ao longo dos anos levar a cabo políticas legislativas que defendam os interesses de quem adquire bens, a quem são prestados serviços.

Ainda que consideremos a legislação europeia a origem do tratamento dos direitos especiais previstos para os consumidores, em Portugal, a partir da lei de defesa do consumidor procurou definir-se os termos que o direito à qualidade deve cumprir.²¹⁸

A lei divide o regime de proteção em duas partes distintas entre si, mas interligadas.

²¹⁷ HOWELLS, Geraint; WILHELMSSON, Thomas – E.C. Consumer Law: has it come of age? *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2003. Vol. 28. Pp. 6 ss; e Pp. 299 ss.

²¹⁸ Nos termos do art. 4º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, ficou determinado que «Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhe atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou na falta delas de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.»

Se por um lado estes bens e serviços que são objeto das relações de consumo devem satisfazer os fins a que se destinam, ou produzir os efeitos que lhe são atribuídos, atendendo àquilo que a própria lei estabelecer.

Por outro lado, é determinado que se não existir legalmente nenhuma outra estatuição, é dada legitimidade às expectativas que os consumidores detêm, para que estas sejam protegidas contra ingerências abusivas das entidades envolvidas.

Verifica-se que o primeiro ponto de relevância faz referência a que os bens e os serviços que sejam destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam. E a forma de apurar o cumprimento desta satisfação, será através da lei.

A redação deste artigo tem vindo a ser alterada, e o atual texto do art. 4º surge na sequência do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que veio transpor a Diretiva relativa à garantia dos bens.

A grande diferença que se fez sentir prende-se essencialmente com a regulação em lei especial de todos os elementos relativos à garantia dos bens, dando atualmente maior ênfase às expectativas dos consumidores.²¹⁹

A Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, veio alterar o tratamento do direito à qualidade dos bens e serviços, pretendendo garantir a proteção dos consumidores aquando da aquisição de um bem em qualquer Estado-membro.²²⁰

²¹⁹ Aquando da emanação da Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, no elenco dos direitos previstos para os consumidores, não era de forma direta determinada uma proteção deste género, onde ficasse estipulado os termos em que os consumidores poderiam seguir o objetivo de obter uma melhor qualidade dos bens e serviços. As regras gerais em direito civil, respondiam até 1996 às questões que surgiam no nosso ordenamento jurídico, através dos artigos 913º a 922º do Código Civil. Em 1996, com a revisão da primeira lei de defesa do consumidor, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, veio estipular um conjunto de regras especiais para a determinação do direito à qualidade dos bens e serviços.

²²⁰ ALPA, Guido - *Autonomie prive et «garanties» commerciales dans les ventes aux consommateurs. Revue Européenne de Droit de la Consommation.* Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. 2001. Pp. 195 ss.

Atendendo à perspectiva do consumidor europeu, o mercado interno só funcionará convenientemente se, ao efetuar uma compra num outro Estado-Membro, aquele puder ter confiança em que, caso o produto adquirido apresente defeito dispõe de uma proteção idêntica à que lhe assistia no seu Estado.²²¹

Procurou delinear-se os parâmetros de proteção das relações de consumo, excluindo outros relacionamentos. Pronunciou-se Calvão da Silva²²², ao determinar que estas novas regras sem dúvida foram de todo ponderadas para um «(...) contrato de compra e venda celebrado entre o vendedor profissional e comprador consumidor ou comprador não profissional (...)».²²³

Reforça-se ainda a definição da verdadeira conformidade dos bens e dos serviços. Carlos Ferreira de Almeida²²⁴ defendeu que quer a Diretiva, quer as convenções sobre a compra e venda internacional têm vindo a definir nas diversas noções de conformidade.

Neste sentido a conformidade é uma relação deontica entre duas entidades. Como uma relação que se estabelece entre algo como é, e algo como deve ser.

Existem muitas modalidades de conformidade, variáveis consoante a natureza das entidades, que estejam em relação do ser com o ser. Assim não se pode separar a ‘coisa’ do ‘contrato’.

²²¹ C.E.S.E. – Comité Económico Social Europeu. *Proposta da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo*. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1997. N.º 66. C 1. 03 Mar.

²²² SILVA, J. Calvão da – *Venda de bens de consumo. Comentário Decreto-Lei 67/2003, de 8 de Abril. Directiva n.º 1999/44/CE*. Coimbra: Almedina, 2003.

²²³ De fora do domínio de aplicação desta lei especial ficam «(...) o contrato de compra e venda firmado entre vendedor profissional e comprador profissional, normalmente designado de contrato mercantil; _ O contrato de compra e venda concluído entre vendedor não profissional e comprador profissional, não considerado comercial; _ O contrato de compra e venda celebrado entre vendedor não profissional e comprador não profissional, designado vulgarmente por contrato civil (...)».

²²⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Direito do Consumo*. Pp. 155 ss.

Nesse sentido «(...) o referente é o objecto no acto de execução, e a referência é o contrato em si, e incluindo em si várias remissões. Considerando-se que o objecto em si está como deve ser, teremos de reconhecer que está em conformidade; se o objecto na execução não estiver como deve ser, há falta de conformidade, ou desconformidade.» (...) ²²⁵

Certo é que a Diretiva fez depender os padrões da conformidade da coisa com o contrato, de acordo com a qualidade em si. E esta conformidade da prestação com o contrato equivale a cumprimento da obrigação de entrega pelo vendedor.

O conceito de conformidade contribui para uma conceção monista do cumprimento da obrigação de entrega conforme com o contrato, em que a entrega e a conformidade seriam como um duplo requisito de um só ato unitário do cumprimento. ²²⁶

Nos termos da lei, o direito à qualidade dos bens ²²⁷ e serviços tem não só em conta a satisfação, e a produção dos efeitos que são atribuídos aos bens e serviços, como ainda pretendeu atender às adequadas e legítimas expectativas dos consumidores. ²²⁸

Através de outras práticas comerciais que não as comuns, os vendedores e produtores terão de garantir aos consumidores uma qualidade que assegure a

²²⁵ CARDOSO, Elionora – O direito à qualidade dos bens e serviços e à efectiva reparação dos danos: uma utopia? *JusJornal*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2011. N. 1153. P. 7

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ DIAS, Augusto Silva – A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e a sua repercussão na teoria do bem jurídico e das causas de justificação. Jornadas de homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995. Pp. 181 ss.

²²⁸ Se por um lado terá de se atender aos prazos de garantia geral determinados, no caso protegendo bens móveis e imóveis, que pela lei passaram a ser de dois e de cinco anos a contar da sua venda, importa salientar que a lei determinou prazos para a possibilidade de reclamação de qualquer falta de conformidade dos contratos celebrados, dentro das relações de consumo, e no âmbito já explicitado. Tratando-se de bens móveis o consumidor dispõe de dois meses para denunciar o defeito, e de bens imóveis de um ano, arriscando-se caso não o faça, a ver caducar o direito que lhe assiste. A partir dessa denúncia, também são estipulados prazos para que se a desconformidade não for sanada, o consumidor avance para o recurso a instâncias extrajudiciais ou mesmo judiciais. De qualquer modo os prazos para tal caducidade são alargados, sendo de dois anos caso se esteja perante um bem móvel e de três anos quando se está perante um imóvel, alusão que reforçamos, nomeadamente quanto aos móveis, pois é sob estes que de um modo geral estamos a focar o nosso estudo.

conformidade desses bens com as normas legais ou na falta destas com as expectativas dos consumidores adquirentes.

Lamenta-se que a lei preveja apenas esta proteção especial só para consumidores, enquanto pessoas singulares que adquirem os bens para fins não profissionais, e não tenha alargado a mesma a outros adquirentes, que atuassem em termos não profissionais, ou fora da sua comum atividade – crítica já preconizada também aquando do estudo da noção de consumidor.

Será por fim importante reter - na sequência do parecer que o C.E.S.E.²²⁹ emitiu acerca das garantias dos bens - que estas enquanto proteção em relação a um direito à qualidade que se adquire, mais não devem ser do que um período em que um determinado bem se encontrará isento de defeito.

Mas se se vier a manifestar qualquer anomalia esta poderá ser colmatada, conforme as hipóteses previstas legalmente e a contento do consumidor.

²²⁹ C.E.S.E. - Comité Económico Social Europeu - *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo*. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1997. N.º 66. C 1. 03 Mar. «O prazo de garantia de dois anos não significa, como muitas vezes erroneamente interpretado, que o bem de consumo deva permanecer isento de defeito durante todo esse período. Oferece, isso sim, a possibilidade de, no prazo de dois anos, fazer valer a garantia em relação a um defeito já existente no momento da entrega do bem e que só posteriormente tenha sido detetado. Esta medida permitiria, ainda, eliminar o tratamento discriminatório dos consumidores em relação aos comerciantes, nas transações transfronteiriças, uma vez que, enquanto actualmente, na área de aplicação do direito comercial da ONU, a esse tipo de transacções entre dois comerciantes é aplicado um prazo de garantia legal de dois anos, os consumidores apenas usufruem, em muitos casos, de um prazo de seis meses ou de um ano, em função do direito nacional aplicável.

O Comité assinala que o prazo de dois anos fixado no n.º 1 de artigo 3.º, que permite ao consumidor fazer valer os seus direitos em caso de defeito já existente aquando da entrega, mas apenas detectado posteriormente, em nada prejudica os prazos de garantia comercial. Por contraposição à garantia legal, a garantia comercial abrange, regra geral, todo e qualquer defeito surgido durante um dado período de tempo após a data da aquisição do bem de consumo, independentemente de aquele existir já ou não no momento da entrega. Uma garantia comercial que assegure a ausência de defeitos durante um ano, por exemplo, será sempre compatível com o disposto no n.º 1 do artigo 5.º da proposta de diretiva, desde que o garante se declare igualmente disposto a assumir as suas obrigações decorrentes da garantia legal e que são de importância essencialmente menor.

O prazo em questão é contado a partir da data da entrega do bem. Segundo os termos do projecto de diretiva, não é possível protelar o início do prazo, ainda que o defeito já existisse no momento da entrega (em princípio) e só posteriormente tenha sido detetada a natureza do mesmo. Os problemas práticos surgem, por exemplo, no caso de bens de consumo aos quais se aplicam requisitos mínimos de longevidade que, em consequência de defeitos de fabrico, acabam por não ser atingidos.»

9.1.2. O direito à informação

A expressão de que consumidores bem informados estão melhor preparados para enfrentar todas as situações passíveis de conflito, é muito aplicada no que toca às relações de consumo.

No entanto esta proteção abrangente e geral não pode ser só absorvida pela ótica dos consumidores. Se os vendedores e produtores souberem antecipadamente todas as informações que têm de ser prestadas aos consumidores e aos concorrentes, todos saberão quando se estiver perante uma violação do direito à informação.

Estando todos a par das informações que têm obrigação de cumprir - seja qual for o lado da contratação que estejam - têm de retratar tal nos seus contratos, o que reforça ainda mais a importância da colocação explícita de um direito desta natureza na lei.

Em 1981 aquando da primeira lei de defesa do consumidor, e ao contrário do que ocorreu com o direito à qualidade dos bens e serviços, foi criada uma norma só para dar expressão ao direito à informação, como um direito que pode ser tido como um pilar na defesa dos consumidores.

O antigo art. 9º, da Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, determinava sumariamente que o consumidor deveria ser informado de forma completa e leal, para melhor poder tomar a sua decisão de contratar, mas sempre antes da celebração de determinado contrato.

Deveria conhecer as características que fossem essenciais em relação a esses mesmos bens ou serviços que pretendia ver fornecidos, de modo a que pudesse realizar uma escolha ‘‘consciente e racional’’, entre os bens, e a poder utilizá-los de forma segura e satisfatória.

Em 1996 com a revogação da primeira lei de defesa do consumidor, as indicações relativas ao direito à informação tomaram outras proporções.

Atualmente no âmbito da defesa das partes envolvidas nas relações de consumo, muito mais do que a defesa dos consumidores, os artigos 7º e 8º da lei de defesa do consumidor participam na melhor determinação deste direito, transformando-o ainda mais num pilar nestas relações²³⁰.

O legislador procurou dar ênfase a dois pontos específicos: existe um direito à informação em geral, e um direito à informação em particular, e sob este ponto de vista da proteção, há que realçar uma maior amplitude de tratamento e defesa destas matérias.

Atualmente a lei determina obrigações mais específicas e particulares que as entidades fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços têm de cumprir.

Ultrapassou-se uma indicação meramente generalista em que o Estado é o garante das indicações relativas aos vários direitos que são atribuídos aos consumidores, para emanar através da própria lei, normas mais precisas a cumprir pelas entidades, agora especificamente em relações de consumo concretas.²³¹

Há uma obrigação de prestar informações detalhadas, quando o consumidor tem de estar a par de todos os dados relativos ao bem que adquire ou ao serviço que lhe é prestado. Assim conhecerá os termos sobre os quais está a contratar e poderá fundar a sua convicção sobre tal aquisição.

²³⁰ NETTO LOBO, Paulo Luiz – A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001. N.º 3.p. 23 ss.

²³¹ O atual art. 8º, no n.º 1 LDC, começa por enunciar que «O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve tanto nas negociações como na celebração de um contrato informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente sobre as características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.»

A obrigação de informação é hoje em dia mais ampla incluindo mais que o mero vendedor e prestador do serviço. É alargada ao produtor, ao fabricante, ao importador, ao distribuidor, ao embalador, e ao armazenista, ou seja a todos os elos de ligação com o destinatário final da informação: o consumidor.

Este direito está intimamente ligado com todas as compras e vendas, incluindo também as que se celebram fora dos estabelecimentos comerciais comuns, e mesmo as que são feitas à distância ou por meios equiparados²³².

A informação integral e verdadeira que as entidades têm de prestar aos consumidores poderá estar na base da manutenção de determinado contrato, ou poderá ser mesmo fundamento para o exercício da livre resolução.

O direito à informação é assim uma forma de repercussão do direito de livre resolução de um contrato, ou seja ser através daquele, pode ser dado o mote para que determinado contrato seja resolvido pelo consumidor.

Sempre que se venha a verificar que existe falta de informação, ou esta é insuficiente, ilegível ou ambígua, que acabe mesmo por comprometer a adequada utilização de um bem ou serviço, o legislador dá a oportunidade do consumidor poder retratar-se desse contrato no prazo de sete dias úteis a contar da data da receção do bem, ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

No âmbito da lei de defesa do consumidor, não existe qualquer alusão a que esta possibilidade de retratação só se aplicaria a compras e vendas à distância e equiparadas²³³.

²³² RAMOS, António Gama – Contratos de venda a domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 4. 2002. Pp. 243 – 272.

²³³ Quando estas já detêm através de instrumento legislativo próprio um período determinado para que o consumidor possa resolver o contrato de que é sujeito. Tendo de acordo com o DL n.º 143/2001 alterado pelo DL n.º 82/2008 de 21 de maio, o prazo de 14 dias seguidos a contar da assinatura do contrato, ou da entrega do bem para o fazer.

Mas ainda existem mais sanções para o fornecedor de bens ou prestador do serviço, em caso de violação do direito à informação em particular nos contratos que celebram com consumidores.

Ao violar este direito a entidade incorre também na possibilidade de responder por todos os danos que vier a sua atuação a causar ao consumidor.²³⁴

Muitos são os casos que decorrem nos tribunais em que se vêm a verificar graves danos para os consumidores, porque estes não foram devidamente informados nem sobre as características e condições em que determinado bem ou serviço tinha de ser utilizado.

Bem como muitas vezes não foram alertados para quaisquer riscos para a sua saúde e segurança até mesmo resultantes de uma normal utilização dos referidos bens/serviços.

Comprovando-se que a falta foi de um dos elementos intervenientes no negócio como vendedor ou produtor, ou que a falta de informação foi derivada a qualquer lapso informativo decorrente dos demais intervenientes na cadeia desde a produção à distribuição, estes também podem vir a ser solidariamente convocados para responderem por todos os danos ocorridos.

Procurando proteger de forma profunda o consumidor em todas as relações contratuais que esteja envolvido, o legislador faz impender sob as diversas entidades e elos da cadeia produtiva e distributiva uma ampla obrigação de informar o consumidor.

Importa ainda realçar a forma como este direito tem sido tratado no âmbito comunitário. Destacando-se logo que o mercado alargado tem uma dimensão qualitativa que pode designar-se de “mercado de bem estar”.

²³⁴ O direito à reparação aos danos é outro dos direitos gerais dos consumidores que a lei de defesa do consumidor trata autonomamente no art. 12º. Mas esta ligação - entre a sanção de violação de um direito fulcral para a contratação, o direito à informação, e todos os danos decorridos dessa falta - demonstra uma atenção a essa possibilidade.

Este obedece às regras do mercado, buscando uma eficiente utilização de recursos e um bem-estar acrescido, é onde se movimentam os agentes económicos, numa construção complexa mediante certos comportamentos.

Também nos Tratados houve uma preocupação crescente em tratar-se do direito à informação de modo mais amplo.

Já no art. 129º do Tratado de Maastricht, bem como através do atual art. 153º, constante do Tratado de Roma, se destaca com maior amplitude a necessidade de uma constante informação nas relações de consumo, em prol dos consumidores.

Em sentido divergente tem vindo sempre a Comissão a justificar as medidas neste campo com o seu art. 95º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), a nosso entender insuficientemente, quando os artigos supra indicados são muito mais concretos para a aplicação e defesa da informação a prestar aos consumidores, nas relações onde são sujeitos.

Não podendo de todo em termos europeus afastar-se a existência da especial relevância de um direito à informação especial para os consumidores, interessante é denotar-se que esta importância resulta da necessidade que existe em que tal seja reconhecido mesmo com força obrigatória geral.

Ou pelo menos, como um direito fundamental na própria ordem jurídica europeia, ao nível mesmo do direito originário, conforme desde sempre resultou da Carta dos Direitos Fundamentais da U.E., nomeadamente através dos seus artigos 11º, 27º, 38º, 42º, e 53º.²³⁵

Alusivo ao direito à informação pronunciou-se também o C.E.S.E.²³⁶, na realização de um parecer de iniciativa, na sequência do estudo que estava a ser

²³⁵ CARDOSO, Elionora - O direito à informação: um pilar na defesa dos consumidores? *JusJornal*. Lisboa : Wolters Kluwer, 2011. N.º 1146.

²³⁶ C.E.S.E. - Conselho Económico Social Europeu – *Que informação para os consumidores*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2010. N.º 960.C 1. 14 Jul.

tratado por conta da proposta de Diretiva dos direitos dos consumidores, e que tinha feito renascer o estudo destes direitos.²³⁷

Ou seja apesar de se verificar que em termos nacionais o nosso legislador ponderou e tratou de forma satisfatória a obrigação de ser prestada a devida informação aos consumidores, tal não aconteceu do mesmo modo na União Europeia.

Apesar de diversas alusões para a proteção dos consumidores nas relações contratuais em que sejam partes, falta ser pensado um direito à informação mais abrangente na Europa²³⁸, que ultrapasse todas as diferentes formas de tratamento destas matérias nos diversos Estados-membros.

Fruto de grandes divergências legislativas existentes, é certo, o legislador europeu não conseguiu ainda uniformizar um modo de tratamento para a existência de um direito à informação, tendo no entanto já feito diversos esforços de aproximação, e consagrado tal de forma mais genérica como um elemento essencial.

No campo da proteção dos consumidores em relação à informação pode concluir-se que grandes passos nacionais foram dados, mas falta ainda uma melhor eficácia prática da obrigação geral de informação.

Particularmente o direito à informação, apesar de estipulado em detalhe, continua a ser violado pelas entidades envolvidas, levando a que os consumidores sejam alvos de danos e de situações anómalas que poderiam de todo ser evitadas se estes fossem corretamente informados de todas as circunstâncias envolventes dos negócios jurídicos em apreço.

²³⁷ Considerou aquela entidade no parecer que « (...) tudo está por fazer no direito derivado, pois o conteúdo do direito dos consumidores à informação, o seu acesso, e os seus contornos, pode considerar-se que não é ainda tratado de forma consistente no todo do direito comunitário, e revelam na maior parte dos casos omissões e duplicações que se repercutem e ampliam nos direitos nacionais dos Estados-Membros (...)».

²³⁸ PINTO, Paulo Mota – Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância – Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2003. Nº 5. Pp. 183-206.

E nem a possibilidade legal do direito à retratação tem sido suficiente para pôr cobro a estas violações, que muitas vezes não chegam sequer a ser encaminhadas às instâncias de fiscalização e punição adequadas.

Cumpre pois tratar com mais eficácia a aplicação deste direito, que entendemos não carecer de nova regulamentação legal, mas sim de força executória.

§ 10.º A transposição da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, para o ordenamento jurídico português

Em Portugal a transposição da Diretiva em apreço só ocorreu em 2008, com a publicação do DL n.º 57/2008, de 26 de março²³⁹. Entre outros motivos de ordem política e económica, o Estado português, justificou a sua delonga utilizando os termos indicativos que resultavam da própria Diretiva.²⁴⁰

A própria Diretiva permitia que os Estados derogassem o período inicialmente previsto para a sua transposição, tendo em conta uma maior e melhor proteção dos consumidores e das partes visadas neste diploma.

Tal ainda que tenha sido o protelar da efetiva aplicação prática destas regras, que inicialmente se queria urgente para melhor harmonização legal no mercado, tornou-se claro que teria de ocorrer, pelas dificuldades de aplicação prática da Diretiva em causa.

O momento da sua implementação ficou assim ao critério de cada Estado-membro, traduzindo-se tal na prática na coexistência de regimes totalmente diferenciados nos vários Estados²⁴¹.

²³⁹MONTEIRO, António Pinto - La transposicion de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal. *European Review of Private Law*. London: Wolters Kluwer Law International, 1997. Vol. 5. p. 197 ss.

²⁴⁰ Apesar da indicação da data de entrada em vigor que constava da Diretiva, ressaltava também o texto comunitário uma hipótese de um prazo superior, renovável, que veio a criar momentos diferentes nos vários Estados para a transposição. O art. 3º n.º 5 da Diretiva referia que: «Por um período de seis anos após 12 de junho de 2007, os Estados-membros podem continuar a aplicar disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, que sejam mais restrictivas ou prescritivas do que a presente directiva e que apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima. Estas medidas devem ser fundamentais para garantir que os consumidores sejam suficientemente protegidos contra as práticas comerciais desleais, e devem ser proporcionais ao objectivo perseguido. A revisão referida no art. 18º poderá, caso seja adequado, incluir uma proposta no sentido de prolongar a presente derrogação durante um novo período limitado.»

²⁴¹ No caso espanhol veja-se HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo – Análisis y desarrollo de la ley de transposicion de la diretiva mediante la Lei 29/2009 de 30 de Diciembre que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuários. *Revista Portuguesa Direito do Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito Consumo. N.º 62, junho 2010.

E consideramos que comprometeu o objetivo e a finalidade da mesma - a aproximação da legislação sobre o tema nos vários Estados, e o mais efetivo funcionamento do mercado interno²⁴².

Particularmente no nosso ordenamento a delonga na transposição não causou demais prejuízos, uma vez que na generalidade os termos resultantes agora já constavam noutros diplomas.

Existindo uma delonga superior ao prazo inicialmente previsto, denota-se que no processo de transposição o legislador português seguiu muito de perto o texto da Diretiva, sem quaisquer inovações²⁴³.

Eventualmente alguns pontos poderiam ter sido alterados, mas se nada fez, e noutros pontos onde não se impunha qualquer mudança, acabou-se por criar soluções novas.

10.1. O regime legal das práticas comerciais desleais em Portugal

A transposição da Diretiva 2005/29/CE veio dar origem ao regime legal de proibição das práticas comerciais, através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Também o legislador nacional preconizou que o desenvolvimento das práticas comerciais leais é essencial para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e promover o desenvolvimento de transações comerciais transfronteiriças, tal como resultava da Diretiva.

Até à criação deste regime que tutela as práticas comerciais leais e proíbe as desleais, o direito comercial era a base de «repressão das práticas comerciais agressivas»²⁴⁴.

²⁴² HONDIUS, Ewoud – The reception of the directive on unfair terms in consumer contracts by member states. *European Reviste Private Law*. London: Wolters Kluwer, 1995. Pp. 241 e ss.

²⁴³ OLIVEIRA, Elsa – *Práticas comerciais proibidas*. p. 147 – 173.

²⁴⁴ Idem.

Podiam os comerciantes ser punidos por violação da lei comercial desleal, dos deveres ético-profissionais através do instituto da concorrência desleal. Mas apenas os comerciantes lesados por tais atos podiam reagir, acabando os consumidores (ainda que os principais objetos de toda a disputa), por não terem nesta disciplina uma tutela direta.

Há no entanto uma clarividente conexão entre estes e o instituto em apreço. Autores há que têm vindo a enunciar que «a concorrência é o melhor amigo do consumidor»²⁴⁵.

Ainda que defendamos a existência desta íntima ligação, discordamos de uma posição que reveja uma ligação direta. Quando se realiza aqui a ideia de que o instituto da concorrência desleal também intervenha na defesa dos consumidores, temos presente uma defesa que ocorre de forma indireta.

Na tendência alemã, aqui traduzida por Hippel²⁴⁶, pugna-se pela ideia de que:

«a disciplina da concorrência desleal, e a da liberdade de concorrência têm vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o comerciante médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado.»

Concordamos que exista uma função que é deveras relevante na protecção dos consumidores no âmbito da disciplina em causa. Mas esta realização dos seus interesses para um funcional mercado, não pode ser traduzida num objetivo direto, uma vez que procura sim salvaguardar os interesses dos concorrentes.

O disciplinar desta atuação é que estará subjacente indiretamente, e na medida em que existir um cruzamento de necessidades que levem a tal interesse, com vista a uma melhor protecção dos consumidores.

²⁴⁵ Neste sentido HIPPEL, Eike Von – Verbraucherschutz – Tradução portuguesa: A defesa do consumidor. *Boletim Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação de Direito Comparado da Procuradoria Geral da República, 1978. N.º 273. p. 5 - 37.

²⁴⁶ Idem.

A emanação no nosso ordenamento de um regime que visou promover a proibição de práticas comerciais desleais acabou por simplesmente acontecer através de uma mera republicação, como cópia quase fidedigna, da Diretiva em apreço.

Não tendo republicado as listas que a Diretiva anexava quanto às práticas comerciais tidas como desleais, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, acrescentou nos artigos correspondentes, os exemplos de práticas que considerou deverem ser ações enganosas em qualquer circunstância²⁴⁷.

Pequena inovação do nosso legislador, por preferir estabelecer as circunstâncias e meios que estão nas motivações deste regime proibitivo, integrando no próprio diploma, aquelas práticas que pela sua forma devem ser proibidas por serem enganosas ou agressivas.

Nos quesitos gerais de proibição, o que se verifica ter ficado subjacente na proteção do diploma, foram as situações que ocorrem da parte dos profissionais, e que sejam suscetíveis de distorcer o comportamento económico do consumidor.

Todas as ações e omissões que levem a um prejuízo dos interesses económicos daqueles, ou indiretamente dos interesses económicos dos concorrentes legítimos, também são assim catalogadas.

Mantém-se a existência de uma proibição geral de práticas comerciais desleais, quer estas ocorram antes, durante ou após qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, conjugando uma distinção entre as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas, podendo as primeiras subdividir-se ainda entre ações e omissões enganosas.

²⁴⁷ Do art. 8º decorrem vinte e seis alíneas enunciativas, e o art. 12º determina as práticas que são agressivas, enunciando oito situações diferentes.

10.2. As principais alterações legislativas introduzidas pelo novo diploma no ordenamento português

Com a transposição decorrente existem alguns pontos de referência que passaram a ser tidos em conta, o que até então não ocorria, que destacamos pela implicância prática que detém.

Desde logo surgem novas definições no diploma. Novas no sentido de que até então o nosso legislador não as tinha desenvolvido, muito menos num diploma autónomo.

Destaca-se a definição de práticas comerciais desleais. É sobre estas práticas que o novo decreto-lei vem dispor, não pretendendo de todo prejudicar a aplicação de outras disposições.

Salvaguardou-se também neste diploma a vertente informativa, para a prossecução dos interesses dos consumidores, resguardando-se os requisitos de informação, e as regras relativas ao modo como as informações são prestadas ao consumidor.

A prática comercial de uma empresa nas relações com os consumidores é assim tida como qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, em relação direta com o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor.²⁴⁸

A profundidade que o termo em si consubstancia leva-nos a ter presente quase todas as situações em que existe uma relação de consumo, partindo de uma relação direta entre o profissional e o consumidor.

E nesse sentido outra das noções de objetivo que podem estar aqui em causa está ligada com a própria proibição de distorcer o comportamento económico dos

²⁴⁸ Art.3º da Diretiva 2005/29/CE, e consequentemente o art. 3º, no DL n.º 56/2008, de 26 de março.

consumidores, que se mantém inalterada com a transposição da Diretiva 2005/29/CE.

Também em Portugal se versa sobre a proibição de todas as práticas que prejudiquem a aptidão de um consumidor para tomar uma determinada decisão devidamente esclarecida. E mais, que o induzam a uma transação, que devidamente esclarecido não teria realizado

Atinando a uma análise mais generalista enquadra-se nesta definição que «(...) permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos (...) negócios de consumo e com estes relacionados»²⁴⁹.

A consequência da proibição de todas as práticas comerciais desleais está subdividida pela lei na generalidade e na especialidade.

Também no nosso ordenamento a catalogação da deslealdade vai ser aferida por dois principais pontos: _ a desconformidade de uma prática face à diligência profissional; e _ o efeito ou suscetibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores.²⁵⁰

Dir-se-ia que o fornecedor « (...) é avaliado em função do padrão de competência especializada, e cuidado que se pode esperar do profissional em relação ao consumidor, tendo em consideração os usos honestos, praticados mesmo no âmbito da respetiva actividade e do princípio da boa fé (...) ».²⁵¹

Já a Diretiva²⁵² traduzia esta menção de que a diligência profissional tem de servir de padrão para atender à existência de uma competência especializada e de cuidado.

²⁴⁹ LEITÃO, Luís Menezes – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2011. Ano 71. Abr.-Jun. P. 425.

²⁵⁰ Idem. Pp. 425 e ss.

²⁵¹ OLIVEIRA, Elsa – *Práticas comerciais proibidas*. Pp. 151.

²⁵² No art.º 2, al. h), da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.

Aquela que é esperada de cada profissional, em relação aos próprios consumidores deve ser uma prática de mercado honesta e de boa fé.²⁵³

Acrescentamos que esta diligência deve ser observada muito para além das relações de consumo, uma vez que temos vindo a defender que o regime em causa transcende as relações diretas de consumo, mas indiretamente visa também os concorrentes.

Equivale a obrigar que os profissionais nas próprias relações entre si, constantes em práticas comerciais, também não deixem de ser diligentes.

Compreendemos existir aqui uma preocupação para que o ordenamento em si seja expurgado destas práticas, que deliberadamente distorcem os comportamentos económicos dos sujeitos a quem se dirigem.

Estando os concorrentes entre si também incluídos, precisamente como agentes intervenientes, e com papel determinante nas relações primordiais em causa – as de consumo – mas muito mais, como também eles no controle dos vínculos estabelecidos pelos seus pares.

Ainda assim não podemos negar que o recurso a uma expressão como a de diligência profissional é extremamente vago. Desde logo porque se chamam à colação aqui os usos honestos praticados no âmbito de uma atividade comercial.

A menção aqui a princípios generalistas de práticas honestas pode traduzir uma situação desconfortável nos vários ordenamentos jurídicos onde a Diretiva foi transposta. Podendo em primeira instância levar à crítica que fica plasmada pela dificuldade muitas vezes em catalogar esta posição da diligência profissional.

²⁵³ Do próprio Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, pelo art. 3º, al. h), refere-se igualmente que: «Entende-se por diligência profissional o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado, e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional.»

Concordamos pois com Elsa Oliveira quando refere que estas duas referências em relação à diligência profissional – a prática de mercado honesta e/ou o princípio da boa-fé – também nos remetem para uma outra interpretação.²⁵⁴

No sentido de que apenas no âmbito da específica atividade que seja desenvolvida pelo fornecedor ou prestador de serviços, é que se podem determinar quais são os usos honestos.

O que significará que a sua determinação, ou uma fração apenas, pode variar conforme a atividade que esteja a ser desenvolvida.

Ficando assim afastada a crítica de que o carácter vago da definição em causa traduz a sua inaplicabilidade. Porque a operacionalidade do conceito surge precisamente para ser possível uma apreciação concreta.

O aferimento da deslealdade tinha sem sombra de dúvida que assentar sobre o lado profissional dos agentes económicos em si.

Pode se colocar a questão de ficarem por esclarecer quais são os ditos usos que realizados habitualmente pelos fornecedores ou profissionais em determinada atividade, possam ser entendidos como uma forma de concretização da deslealdade.

Mas a determinação daqueles nunca podia depender do recurso a códigos de conduta, pois estes a existir, não têm qualquer força obrigatória. Percebendo-se ainda que a aferição da deslealdade com recurso a este mecanismo cairia no erro de tratar de forma diferente as situações, nos termos de cada Código pertencer a um Estado.

Invariavelmente a mesma crítica se estaria a pôr, com o aumento da problemática, atendendo a que não estando a definição interligada com princípios, mas sim com

²⁵⁴ OLIVEIRA, Elsa –Práticas Comerciais Proibidas. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. Pp. 147 – 173. P. 152.

códigos, a faríamos depender de estipulações eventualmente divergentes, afastando-se a ideia preconizada de uma maior transparência do mercado.

Não obstante a lei definiu um código de conduta como um «acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou setores de atividade específicos.»²⁵⁵

Posto isto, se a diligência profissional é pois o padrão que é utilizado para a determinação de uma competência especializada.

O que se pode esperar de um profissional quando comete uma determinada prática, servirá de medida para concluir se é ou não diligente.

Mas esta aferição terá sempre de ser subjetiva, dependendo-se desta avaliação para a verificação se a atuação foi diligente, e compreendendo o código de conduta que rege a atividade.

Assim uma prática é desleal se for uma prática comercial desconforme com a diligência profissional e distorcer - ou for suscetível de tal – o comportamento do consumidor a quem se dirige.

E esta distorção substancial tem efetivamente de prejudicar sensivelmente as aptidões e decisões dos consumidores, levando-os a tomar uma decisão que não quereriam se devidamente instruídos.

Precavê-se a existência de condições numa relação contratual que têm de ser sempre transmitidas ao consumidor.

São os casos das informações relativas ao negócio, nomeadamente « (...) em que condições adquirir, pagar, (...) conservar ou alienar um bem ou serviço ou exercer

²⁵⁵ De acordo com o art. 2º, al. f), da Diretiva 2005/29/CE, e do art. 3º, al. f), Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

qualquer direito contratual, quer efectivamente venha a agir, quer se abstenha de o fazer. (...)»²⁵⁶

Interligada com esta questão em apreço do comportamento substancial que não pode ser distorcido, não pode deixar-se de atender à liberdade que os consumidores terão sempre de ter, para de forma esclarecida poderem contratar.

Pegado Liz²⁵⁷ defende que o que deve ser tido aqui é a causa que levou ao comportamento, que o distorceu, e que leva a que o consumidor tome determinada posição, que venha a por em causa a devida contratação.

Para que se verifique a deslealdade da ação ou da omissão do profissional é necessário que o seu comportamento seja causa de uma decisão de transação que o consumidor de outro modo não teria tomado.

Por isso o regime jurídico transposto não pode deixar de merecer uma interligação com outros pontos que indiretamente se conectam com a diligência.

Nomeadamente a atenção que se deve ter ao público-alvo a que determinada prática se dirige. Tendo em conta não só os chamados consumidores de nível médio, mas procurando circunstancialmente uma proteção especial para aqueles que são tidos como particularmente vulneráveis.

10.2.1. A referência a um consumidor médio

Resultante já da Diretiva, uma das noções agora introduzidas, para servir de referência ao apuramento do carácter leal ou desleal de uma prática, é a menção a um consumidor médio.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Elsa –Práticas Comerciais Proibidas. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. Pp. 147 – 173. P. 154.

²⁵⁷ LIZ, Jorge Pegado – A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE. *Revista Portuguesa de Direito Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa Direito Consumo, 1995. N. 44. P. 76.

Sem querer de todo repetir as especificidades que já levantámos e a que anuímos quanto a esta matéria, importa frisar a importância na aplicação prática em Portugal deste conceito de consumidor médio.

Em termos Europeus ainda que se perceba a existência as críticas que possam ser evidenciadas quanto à impossibilidade de se determinar concretamente quem é o consumidor médio, concluímos pela necessidade emergente de conseguir um elemento de aferição.

Também na realidade económico-social portuguesa esta discrepância e ideia crítica se poderiam enunciar. Será possível concretizar a enunciação de um consumidor médio?

Temos no entanto de considerar que a pretensão deste regime não foi decididamente a de em concreto e com prevalência especificar a existência de algo mediano.²⁵⁸

Tão só o legislador tinha de determinar na aferição um elemento único de defesa, e essa foi a maior preocupação para se chegar a uma concretização de um conceito que fosse o mais uno possível.

No recurso do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, a referência a um consumidor médio informado, como medida para aferir o carácter de lealdade de uma prática comercial é pois uma prova desta ideia de necessidade de concretização de um elemento definidor.

Podia também discutir-se se a maioria dos consumidores é em Portugal devidamente informado²⁵⁹, o que temos de concluir que não precede. Contudo

²⁵⁸ Como achega à discussão poderíamos ponderar: não será um consumidor “médio” uma utopia, visto que ninguém é “médio”? Pode tal noção servir numa aferição de casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, para avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não acabando por tornar a política de proteção dos consumidores numa mera ficção?

²⁵⁹ Os motivos para esta falta de informação serão sem dúvida diversos, mas destacamos a falta de cumprimento do Estado do seu dever de informação, que lhe incumbe nos termos do art.º 1 da Lei de defesa do consumidor, como da falta de iniciativa das pessoas, e também em grande parte dos casos esta falta de informação, ou até mesmo informação deficiente, é devida à atuação das entidades com

tal conclusão não interfere com a necessidade de determinação de um conceito que possa ser uniformizador da caracterização do regime em apreço.

Ao refletir-se sobre a consideração de aferição da deslealdade tendo por base a vivência de um consumidor médio, estaremos a avaliar muito mais do que o caso concreto, mas a conseqüente verificação da existência ou não de uma distorção de um comportamento económico.

O consumidor individualmente não faz «um exercício efetivo da autonomia privada, tomando decisões negociais devido a comportamentos agressivos ou enganosos da outra parte»²⁶⁰.

Certo é que um consumidor perante uma qualquer prática não tem um momento cognitivo para ponderar como é que a média dos seus congéneres procederia?

Só que ao mencionar-se que a deslealdade da prática tem de ter um membro médio que sirva para a aferir, não se procura uma mera base de referência ao caso concreto, mas antes uma solução que possa ser exequível.

E que num exercício de proibição como este a que se propõe o legislador tenha referências mínimas, para que nos diferendos que surjam o intérprete e julgador possa ver facilitado o seu trabalho de aferição.

Importa trazer novamente à colação a posição que o Tribunal de Justiça detém acerca de tal, e que - como já havíamos mencionado no início deste trabalho - foi o mote para se defender a necessidade de determinar a existência de um consumidor médio nestas relações.

O consumidor médio é o que normalmente está informado e razoavelmente atento e advertido.²⁶¹

atividades comerciais, que ou não prestam informações, ou as que prestam são muitas vezes deficientes e inadequadas.

²⁶⁰ LEITÃO, Luís Menezes – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2011. Ano 71. Abr.-Jun. P. 427.

O tribunal veio determinar que a expectativa de um consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento pode descortinar uma indicação de promoção levada a cabo por uma entidade como sendo indutora de erro ou não.

Na defesa de uma necessidade de criar um limiar para o apuramento da deslealdade, o tribunal delineou a possibilidade de existir um consumidor médio como uma pessoa normalmente informada e razoavelmente atenta.

Só assim se poderá acautelar o consumidor de situações irregulares e abusivas que lhe sejam colocadas. O nível da sua informação e a razoabilidade com que a prática em causa lhe é colocada, servirão como modo de determinação da deslealdade.

Verifica-se ainda que o recurso apenas à noção de distorção substancial de comportamento económico dos consumidores, não seria suficiente para aferir todas as situações que são comercialmente desleais, e nem o legislador português na transposição se podia ter cingido apenas a tal.

Ocorre que esta possibilidade de vir a distorcer o comportamento deve ser mais um termo a atender definitivamente como aferidor da deslealdade de uma prática.

Mas tal não retira a necessidade de recurso a outras referências, pelo que temos de concluir pela boa referência a um padrão de uso como sendo o do consumidor médio, no sentido de descortinar desde logo os casos de distorção do comportamento económico.

²⁶¹ Noção que resulta diretamente do processo C-210/96 de 16 de julho de 1998.

10.2.2. A proteção dos consumidores particularmente vulneráveis

Tendo em conta que todas as transações comerciais relativas a um bem ou serviço poderão aqui ser objeto de avaliação, outro dos elementos fundamentais a ser tido em conta quanto ao regime transposto está intimamente ligado com o público-alvo destas práticas comerciais.

Partindo do pressuposto referenciado que a diligência profissional traduz um padrão de competência especializado e de cuidado que se deve conjeturar razoavelmente quanto a um profissional, terão assim de se ter em conta dois princípios fundamentais: a prática honesta de mercado; e o princípio geral da boa-fé no âmbito de uma atividade profissional.

Questiona-se é se o âmbito de aplicação dos mesmos versará sobre todas as relações comerciais que estejam adjacentes a quaisquer consumidores, ou se devem ter uma particular incidência quando se está perante um público-alvo que necessita de cuidados especiais.

Isto é, considerando a transposição da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, destaca-se uma relevância acentuada dos consumidores tidos como mais vulneráveis.

Também no nosso ordenamento o legislador previu a distinção de regime de aplicabilidade quando se esteja perante um comum consumidor ou um a quem tenha de ser promovida especial acuidade.

Se em relação à generalidade dos consumidores serviu-se o legislador de uma noção de medianidade, veio assim também a pronunciar-se quanto à especialidade desta caracterização como desleal, na curta alusão que é feita aos consumidores particularmente vulneráveis.

Atendendo a que estamos perante um instrumento jurídico vital na proibição de forma única de todas as práticas que ocorram de forma desleal para os consumidores temos de em consciência crítica sublinhar que se esperava mais do legislador.

Nomeadamente esta era a oportunidade – parece-nos adequada – para que tomasse a iniciativa de criar um regime mais especial e abrangente na proteção destes consumidores que são especialmente vulneráveis.

Ao invés revela-se uma falta de sensibilidade quanto a estes, estando neste quadro incluídos desde consumidores menores de idade, a incapazes, e incapacitados, bem como os mais crédulos em razão da idade ou de doença.

Mesmo que a transposição da Diretiva tivesse de manter a harmonização máxima desejava, nada impedia que Portugal tivesse aproveitado o momento legislativo para criar ou evidenciar um regime único de proteção dos consumidores.

E estamos a referir muito mais do que aos consumidores ditos comuns, mas em especial pensando na proibição e punição severa de todas as ações contra aqueles que devem merecer uma maior atenção e um maior cuidado.

Atente-se também que este grupo de consumidores particularmente vulneráveis está a referir-se a pessoas que por um motivo especial não conseguem ter o mesmo discernimento para compreender as causas que levam a distorcer completamente ou não determinado comportamento.

Mas a verdade legislativa é que o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, enuncia apenas um único artigo onde é mencionada uma proteção vaga e abstrata deste grupo mais vulnerável.²⁶²

²⁶² Discriminando sumariamente que as práticas comerciais desleais em especial, são as que sejam: «susceptíveis 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

Destaca-se que se o profissional puder razoavelmente prever que a sua conduta é suscetível de provocar a distorção do comportamento económico de um consumidor que pertença a um grupo vulnerável, então desde logo está impedido de a cometer.

Mais uma vez recai sobre o profissional ou sob o agente económico, uma responsabilidade perante todos os consumidores, mas destacando aqui aqueles que visivelmente necessitam de uma melhor atenção.

Volta também para estes consumidores em especial a ser aferida a deslealdade pelo elemento médio do grupo vulnerável de consumidores.

Recorde-se que o recurso a esta medida depreende a indispensabilidade de ter um ponto de referência que permita o mais amplamente possível aferir o carácter desleal de determinada prática.

Não se procura a determinação e destaque de um membro do grupo vulnerável, mas sim uma referência que possa ser tida em conta dentro dos elementos pertencentes a esse grupo.

No limite caberá aos tribunais a forma de caracterização dessa mesma noção de elemento médio do grupo para a aferição da deslealdade da prática que esteja em causa.

Consideramos poder manter-se a tradução de uma especial proteção dirigida a menores, deficientes físicos e mentais, e pessoas que pela sua credulidade não conseguem discernir a lealdade das práticas que lhe são dirigidas.

A sua condição emocional e intelectual não pode ser entendida da mesma forma como para os comuns consumidores, mas ainda assim deverá prevalecer

razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção;» nos termos da al. a) do art. 6º do DL n.º 57/2008, de 26 de março.

um padrão médio de concretização, para que mesmo entre estes, uma prática seja considerada desleal.

Refira-se que a sanção das práticas comerciais que sejam desleais passa a ser determinável em função da gravidade da infração e da culpa do agente, podendo mesmo existir sanções acessórias²⁶³.

Estas de forma generalizada podem passar por perda de objetos pertencentes ao agente; interdição do exercício de uma atividade profissional; pelo encerramento de estabelecimentos cujo funcionamento esteja sujeito a uma autorização ou licença de autoridade administrativa; ou por fim a possibilidade de existência de publicidade da aplicação das coimas e das sanções acessórias que forem determinadas a expensas do infrator.

Assim é de refletir sobre a necessidade de uma proteção dos consumidores especialmente vulneráveis de forma mais concretizável e dissuasora.

A continuidade de exigência que estes grupos de consumidores nos revelam necessitar, é um ponto fraco que temos a apontar à presente lei, uma vez que a própria modernização dos mercados, e dos meios de compra e venda, revela a necessidade de uma maior atenção a todos os elementos e dados que são dispensados aos consumidores, a fim de que os mesmos tomem a sua decisão contratual.

Atendendo a que muitas vezes num simples “clique” o negócio está elaborado, torna-se importante que a credulidade também esteja inserida num grupo especialmente vulnerável.

Podendo ser facilmente influenciáveis, ou levadas a realizar um procedimento que estando devidamente esclarecidas não o fariam, o legislador acaba por

²⁶³ Sumariamente em explicações neste sentido, MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda (Col) – *Autoridades reguladoras independentes (ARI): projecto de lei-quadro*. Coimbra: Ministério da reforma do estado e da administração pública, 2002.

proteger também as pessoas mais crédulas, ainda que recorrendo sempre ao membro médio de um grupo do género.

As pessoas que são mais crédulas, são-no em virtude quer da sua história pessoal, do seu passado, ou daquilo que as rodeia. Também por conta da sua formação e conhecimento permitem-se e conseguem acreditar nas mais variadas situações.

Dependem obviamente daquilo que as rodeia, do meio em que cresceram, e onde estão inseridas, e por isso o legislador tem apenas o dever de encaminhar a resolução das situações em que se verifica ocorrerem práticas comerciais desleais por abuso à credulidade destes sujeitos.

Verifica-se assim existir uma proteção especial dos consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua posição não ser a mesma que os chamados comuns consumidores possuem.

A alusão à determinação de um membro médio do grupo em apreço não pode ser vista como algo constrangedor da determinação da deslealdade de práticas que versem na especialidade consumidores particularmente vulneráveis. Muito pelo contrário, mantém-se o argumento de que essa determinação facilita a aplicação prática do regime.

10.3. Os termos específicos das práticas comerciais consideradas desleais no nosso ordenamento

No estudo do regime instituído no nosso ordenamento - por via da transposição da Diretiva alusiva à proibição das práticas comerciais desleais – através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, existem mais três termos específicos que pretendemos destacar.

Há no tratamento deste regime uma especialidade que se traduz na delimitação das práticas comerciais desleais entre: _as ações enganosas; _ as omissões enganosas; _ e as práticas comerciais agressivas.

A análise individual de cada um destes segmentos nos casos de práticas comerciais desleais em especial, permitirá compreender o seu âmbito de aplicação.

Destacando-se desde logo que a divisão que o nosso legislador realizou na transposição da Diretiva 2005/29/CE foi inovadora face àquela, mantendo o mesmo princípio, mas traduzindo uma melhor compreensão e aplicação do regime, tornando perfeitamente perceptível os moldes pretendidos.

10.3.1. As ações enganosas

O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, veio proibir, numa divisão bipartida entre práticas comerciais desleais em geral e em especial, a prática desleal que ocorra tanto em ações enganosas, omissões enganosas e práticas agressivas.

O tratamento “em especial”, (expressão do próprio legislador), daquelas que podem ser as práticas comerciais desleais, veio denotar uma maior preocupação neste campo, o que se esperava que fosse por si só mais proveitoso para os consumidores.

No entanto nem sempre esta atenção especial, promove uma maior ou mais adequada proteção nos termos que o mercado dirige e resolve estas situações.

A base da catalogação das ações enganosas passa também por mais uma definição talhada no diploma em estudo: o “convite a contratar”,²⁶⁴.

²⁶⁴ Este é tido como «Uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição.» Assim refere o art. 3º, al. i), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Qualquer ação que derive de uma prática que tenha por conteúdo informações falsas ou que possam ser factualmente corretas, mas que na sua apresentação induzam, ou sejam suscetíveis de induzir, em erro um consumidor quanto a algum dos elementos que sejam enumerados, pode considerar-se uma ação enganosa.

Tendo ainda esta prática comercial desleal em especial que conduzir (ou ser suscetível de tal) o consumidor a vir a tomar uma decisão de contratação que de outro modo não o faria.

Esta possibilidade de transação fica inquinada por elementos que tenham sido de alguma forma transmitidos ao consumidor, e que acabem por pôr em causa o verdadeiro conhecimento do objeto que é alvo desta prática.

A decisão a tomar fica assim viciada por falsas informações, relativas a diversos pontos alusivos ao bem, desde a sua existência ou natureza, aos serviços subjacentes, e às características principais²⁶⁵.

A devida e adequada informação resultará na efetiva contratação esclarecida e sem enganos. O legislador traduz alguns exemplos no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, mas ainda assim não estamos perante uma indicação definitiva, mas apenas enunciativa.

Outras alusões concretas são ainda realizadas no diploma, quer quanto ao conteúdo, quer quanto à extensão dos compromissos assumidos pelo profissional²⁶⁶.

²⁶⁵ Tal resulta da al. b), n.º 1, art. 7º do diploma em estudo: «(...) a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação do fim (a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial, ou os resultados que podem ser esperados na sua utilização, ou ainda os resultados e as características dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço (...)). Todos estes elementos têm de ser devidamente comunicados ao consumidor para que não se esteja perante uma ação enganosa.

²⁶⁶ Outros dados têm referência quer no recurso a símbolos indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiem de patrocínio ou apoio; também se consideram como muito importantes de entre todos

Destacamos ainda como elemento fundamental o conhecimento que o profissional transmite ao consumidor quanto aos seus atributos, entre eles, o identificar-se, ou a informação de que preenche todos os requisitos para o exercício de determinada atividade, mencionando mesmo prémios ou distinções recebidas²⁶⁷.

A menção indevida desta informação, como frisámos na nota, levará a que muitos consumidores possam ser levados a adquirir produtos e serviços confiantes no estatuto ou na natureza do profissional que a eles se lhe dirige, concretizando-se uma alteração do seu comportamento económico.

Relativamente às ações enganosas há a acrescentar uma especial preocupação do legislador com os direitos dos consumidores.

Tal como já enunciámos neste trabalho em maior pormenor, o direito à informação poderá sem dúvida ser qualificado como um pilar no tratamento dos consumidores.

A alusão aos contratos realizada no art. 8º²⁶⁸, Lei n.º 24/96, de 31 de julho, no sentido de mencionar os pontos mais relevantes que têm de obrigatoriamente

os elementos necessários para o adequado juízo do consumidor em relação à compra que esteja em causa, as informações como o preço, a forma de cálculo ou a existência de uma vantagem específica no preço.

²⁶⁷ Dar-se o verdadeiro conhecimento de quem é o profissional, quais os moldes em que exerce a sua atividade, dando a entender muitas vezes ao consumidor que é detentor de uma qualquer qualificação falsa, ou por demasiado inventiva, colocando a menção de que este profissional, ou o bem em causa, ganhou qualquer prémio, quando tal não ocorreu, ou foi distinguido com uma menção, vem demonstrar o carácter enganoso de determinada prática, podendo por si só estes elementos, nomeadamente quanto a consumidores mais vulneráveis em razão da sua credulidade, ser suficiente para que o seu comportamento económico fique distorcido, e alterado, levando assim o mesmo a adquirir aquele produto/serviço, acreditando nessa mesma ação enganosa de divulgação do estatuto e da natureza do profissional. Ainda que esta atuação possa parecer menos utilizada nos tempos que decorrem, a verdade é que continua a ser uma prática que infelizmente faz com que ainda muitos consumidores sintam necessidade de adquirir um determinado produto, com base na informação em relação aos atributos que o profissional indica sobre si, e sobre o bem vendido, agindo enganosamente perante o consumidor, e levando-o a crer que enquanto profissional reúne todas as credenciais, ou foi já distinguido, como que sobrevalorizando o bem. Felizmente que esta prática foi autonomizada como ação especialmente enganosa, nos termos da al. f) do art. 7º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

²⁶⁸ CARDOSO, Elionora – *Lei de defesa do consumidor comentada e anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Pp. 93 e ss.

ser mencionados, é aqui retomada no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.²⁶⁹

Na al. g), do art. 7º, n.º 1 deste diploma insere-se mais um ponto de particular proteção dos consumidores quanto às práticas comerciais, obrigando a que os agentes económicos – entenda-se os profissionais - indiquem todos os elementos relativos às regras que estão subjacentes à garantia dos bens, bem como quanto ao direito de substituição, de reparação de redução do preço ou de resolução do contrato²⁷⁰.

A expressão “garantia” não é aqui frisada diretamente, mas é-lhe feita uma clara alusão. Já que aquando da compra e venda de bens, no âmbito das relações de consumo há riscos a que o consumidor fica sujeito.

Não devendo de todo vir tal a permitir que a entidade comercial preconize uma ação enganosa, que leve a informações erróneas, ou o consumidor a ser induzido em erro, e consubstanciar a sua decisão de contratar, com base em elementos que seriam imprescindíveis para a sua decisão.

Deliberadamente o legislador remete a proibição de práticas comerciais desleais para o âmbito indireto de outros diplomas de proteção do consumidor.

Lamentamos no entanto que na maior parte destas remissões indiretas tal não passe de um recurso a meras definições, dificultando-se a aplicação prática destes conceitos.

²⁶⁹ Neste sentido veja-se a al. g), n.º 1, art. 7º, Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que indica que «1 – É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que mesmo sendo factualmente corretas (...) induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais elementos a seguir enumerados (...), e (...) conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo: g) Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.»

²⁷⁰ Neste sentido atente-se à lei das garantias atualmente vigente através do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, que republicou o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, na sequência da transposição da Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, alusiva a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

As ações enganosas ficam pois compreendidas em todos os elementos essenciais que têm de ser apresentados aos consumidores de forma correta, e sem causar qualquer equívoco.

Num reforço, deverão ser tidas em conta as características e as circunstâncias de cada caso, ou seja obriga o legislador a uma análise factual em relação aos elementos que dizem respeito à relação contratual em causa.

O que nos compele a ter em conta como ação enganosa aquela que envolva uma atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente.

Ou que leve ao incumprimento pelo profissional de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, que se encontrava vinculado àquele código.

A proibição de ações enganosas que se tomam por desleais vai muito para além de características enunciativas do contrato.

A existência de códigos de conduta de forma obrigatória para todos os profissionais que tenham atividade comercial e ligação a relações de consumo poderia ser uma excelente oportunidade para em termos práticos se pôr cobro a várias situações enganosas.

Mas está muito longe de ocorrer no ordenamento jurídico português ou mesmo Europeu.

Uma vez que atualmente são praticamente inexistentes os códigos de conduta na área do comércio, e na maioria dos serviços, lamenta-se esta opção de forma tão simplista no diploma em apreço, quando a mesma está vazia de qualquer sentido prático.

Avaliar-se ainda uma ação como enganosa atendendo meramente ao incumprimento do profissional quanto a um compromisso assumido. Mas

também aqui o dito incumprimento será aferido pela decorrência com o código de conduta.

Isto é, tem de se atender ao incumprimento que decorra também da falta de informação e dessa vinculação a um determinado código.

Se na prática em causa o profissional não tiver chamado a atenção para se encontrar vinculado a um código de conduta, então não existe compromisso assumido que possa ser violado.

Denota-se que não é suficiente que exista um código a prever as condições de compromisso a que os profissionais daquele grupo económico têm de estar vinculados, pois ainda que exista, tem de ser feita uma comunicação à outra parte de que se está relacionado com esse código, para que se aja um incumprimento.

Obviamente que esta ação enganosa pode ser facilmente contornada, ao simplesmente o profissional a não contar ao consumidor que se encontra vinculado a um código de conduta.

Por meio a contrapor esta limitação deveria o legislador ter obrigado a que todos os profissionais que estejam vinculados a códigos de conduta, o comuniquem àqueles a quem se dirigem.

Já para não pensar-se na necessidade de que existam obrigatoriamente códigos de conduta, mas sim numa previsão que efetivamente prevenisse os consumidores de ações enganosas.

Recorde-se que estas outras formas de catalogação de ações enganosas, levam à menção da necessidade de se analisarem os casos concretos, e as circunstâncias causais em cada situação.

Quer se trate de incumprimento de alguma norma do código de conduta existente - que tenha sido comunicada aos consumidores - quer se esteja perante uma atividade que promova enganosamente algum bem ou serviço, certo é que estas práticas desleais em especial, cujas ações sejam levadas a cabo nestes termos, terão de ser punidas, por desviarem o comportamento económico daqueles a quem se dirigem.

Na prossecução do estudo das ações enganosas, o regime vem também distinguir aquelas que serão sempre enganosas, em qualquer situação, independentemente das circunstâncias em que ocorram, de outras.

Inúmeras são as situações que são apresentadas como sendo desleais²⁷¹, mais uma vez verificando-se não se estar perante uma lista fechada ou taxativa.

²⁷¹ Enuncia o art. 8º do diploma em apreço que: «São consideradas enganosas, em qualquer circunstância, as seguintes práticas comerciais: *a)* Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja; *b)* Exibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária; *c)* Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade; *d)* Afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou serviço foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, do reconhecimento ou da autorização; *e)* Propor a aquisição de um bem ou serviço por um preço inferior àquele praticado no mercado por outros fornecedores ou prestadores de serviços sabendo ou não podendo desconhecer que não tem condições para o cumprir, não dispondo, ou não indicando quem disponha, nas mesmas condições e em igual grau de acessibilidade para o consumidor, de existências em quantidade suficiente, por um período de tempo compatível com a procura previsível face ao volume e meios de publicidade realizada ao bem ou serviço em causa, e o preço indicado; *f)* Propor a aquisição de bens ou de serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente o fornecimento aos consumidores do bem ou do serviço publicitado; *g)* Recusar as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou o fornecimento num prazo razoável; ou *h)* Apresentar amostra defeituosa ou demonstração insuficiente; *i)* Declarar falsamente que o bem ou serviço está disponível apenas durante um período muito limitado ou que só está disponível em condições especiais por um período muito limitado a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida; *j)* Comprometer -se a fornecer o serviço de assistência pós -venda numa língua, usada para comunicar antes da decisão negocial, que não seja uma das línguas oficiais do Estado membro em que o profissional se encontra estabelecido e posteriormente assegurar este serviço apenas em língua diversa, quando o profissional não anunciou de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter vinculado; *l)* Declarar que a compra ou venda de um bem ou a prestação de um serviço é lícita ou transmitir essa impressão quando tal não corresponda à verdade; *m)* Apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei; *n)* Utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza; *o)* Fazer afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço; *p)* Promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o bem ou serviço provêm desse mesmo fabricante; *q)* Sem prejuízo do disposto nos Decretos – Leis n.os 240/2006, de 22 de dezembro, 172/2007, de 8 de

Esta consideração, ainda que exaustiva merece destaque, nomeadamente quanto a casos que levam a uma informação falsa.

Quando o profissional se compromete com dados e elementos que saiba claramente não poder cumprir, bem como com ação que cause confusão no consumidor entre o produto que promove e outro existente no mercado, está sem dúvida a enganá-lo.

Permitimo-nos aqui salientar as ocorrências reais que foram mencionadas pelo legislador, aquando do arredondamento em alta de fontes de medida.

Quer referindo-se ao arredondamento do preço, como da duração temporal ou de outro fator relacionado com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha uma correspondência efetiva na utilização realizada pelo consumidor, levando ao aumento do valor que tenha de pagar por esse mesmo serviço.²⁷²

maio, e 81/2006, de 20 de abril, fazer o arredondamento em alta do preço, da duração temporal ou de outro factor, direta ou indirectamente, relacionado com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha uma correspondência exacta e directa no gasto ou utilização efectivos realizados pelo consumidor e que conduza ao aumento do preço a pagar por este; r) Criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema; s) Alegar que o profissional está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade; t) Alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar; u) Alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações; v) Transmitir informações inexactas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado; x) Declarar que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável; z) Descrever o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega; aa) Incluir no material de promoção comercial fatura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o bem ou serviço comercializado, quando tal não aconteceu; ab) Alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor; ac) Dar a impressão falsa de que o serviço pós-venda relativo ao bem ou serviço está disponível em Estado membro distinto daquele em que o bem ou serviço é vendido.»

²⁷² Esta menção da alínea em apreço sem dúvida que é de extrema aplicação prática e que desde 2008 tem vindo a revolucionar a forma de apresentação dos tarifários das entidades, nomeadamente das operadoras de comunicações eletrónicas. O arredondamento do valor do preço das chamadas/sms e utilizações era uma prática recorrente até 2008, sendo que com a emanação deste diploma passou a existir uma proibição dessa prática, que obrigou que por exemplo quando se fala ao telemóvel 45 segundos não nos seja

Há no entanto uma mera descrição de que aquelas práticas são enganosas em qualquer circunstância. Sem que daí advenha uma explicação de maior, que permita compreender porque ali foram colocadas aquelas e não outras.

Mesmo taxativa, esta determinação das ações que são assim sempre enganosas parece ausente de qualquer crivo especial de determinação.

Não é claro se a ideia do legislador é considerá-las enganosas independentemente das outras menções a que se chamou a atenção antes, ou ainda que ocorram, só podem ser proibidas se não passarem pelos critérios de exigência gerais plasmados na lei.

A determinação de um elemento especial para esta catalogação e expurgação do sistema comercial de práticas especialmente gravosas por serem enganosas em qualquer que seja a situação merecia um tratamento mais adequado.

Defendemos pois que apesar de se terem aquelas ações sempre como enganosas, este “sempre”, ou a consideração em “qualquer circunstância” só deverá ser atendida aquando da reflexão sobre os outros pontos exigidos para a aferição da deslealdade em geral.

Nomeadamente referimo-nos ao desvirtuar do comportamento económico do consumidor, e o convergir para uma alteração daquela que seria a sua vontade de contratar, afetando o discernimento do dito consumidor médio ou do membro médio de um grupo.

A lei criou pontos vitais de determinação, e em momento algum o legislador pretender alterar isso, cumprindo o espírito da lei.

cobrado um minuto, mas sim esses mesmos 45 segundos, passando a existir faturação pelo nível de medida de cobrança mais baixo, no caso o segundo. Outros exemplos se poderiam dar nestes casos, mas sem dúvida que o mencionar-se aqui o arredondamento em alta, como uma medida limitadora de forma de atuação, é uma ação enganosa.

10.3.2. As omissões enganosas

Também o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, no seu art. 9º descreve, na especialidade das práticas comerciais desleais, as situações que podem ser tidas em conta como omissões enganosas.

De um modo geral o que se pretende propor é a determinação de práticas que pela sua atuação ou pela característica, permitem concluir que a omissão ocorrida era decisiva para a prossecução de determinado negócio.

São também tidas em apreço as limitações do meio de comunicação, que possam conduzir - ou ser suscetíveis de tal - o consumidor a tomar uma decisão de transação/aquisição do bem que de outro modo não o teria feito. E nas causas para tal poderão estar:

- _ a omissão de uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida por parte do consumidor;
- _ situações em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida antes;
- _ ou nos casos em que nem se depreende do contexto, nem o profissional refere, a intenção comercial da prática, induzindo também em erro o consumidor.

De mais relevante acaba por se denotar que se atentam como requisitos substanciais, quer as regras de informação exigidas para as comunicações comerciais, quer as regras existentes na restante legislação nacional.

E também aqui o diploma preconiza uma indicação dos requisitos que podem ser compreendidos para se estar ou não perante uma omissão enganosa.

E aí verificamos que tem de ser cumprida a informação quanto:

- 1) À aprovação do regime jurídico de obrigação de exibição de preços dos bens e serviços²⁷³;
- 2) Ao regime jurídico do crédito ao consumo²⁷⁴;
- 3) Ao regime jurídico relativo ao direito real de habitação periódica sobre as unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos e apartamentos jurídicos²⁷⁵;
- 4) À aprovação do regime das concessões de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora na U.E.²⁷⁶;
- 5) À aprovação também do regime jurídico de acesso e exercício da atividade das agências de viagens e turismo²⁷⁷;
- 6) Aos termos do Código de Valores Mobiliários²⁷⁸;
- 7) Também serão tidos em conta para a omissão enganosa de características, circunstâncias e limitações quanto à decisão do consumidor, as situações que não tenham em conta o regime jurídico das vendas à distância²⁷⁹;
- 8) Ao regime jurídico das sociedades de gestão e prospetos simplificados no âmbito do investimento coletivo em valores mobiliários²⁸⁰;
- 9) Ao regime jurídico do comércio eletrónico²⁸¹, que também determina as situações em que há informações obrigatórias, que se não transmitidas podem levar a omissões enganosas²⁸²;
- 10) Ao regime relativo ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado da publicação e admissão à negociação do prospeto de oferta pública de valores mobiliários²⁸³;

²⁷³ Conforme o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril.

²⁷⁴ Neste sentido atente-se ao Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de junho.

²⁷⁵ Ao encontro de tal prescreve o Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 37/2011, de 10 de março.

²⁷⁶ Nos termos do Decreto-Lei n.º 94-B/95, de 17 de abril.

²⁷⁷ Atendendo ao Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 263/2007, de 20 de julho.

²⁷⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de junho.

²⁷⁹ Considerando assim os termos do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 21 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2008, de 21 de maio.

²⁸⁰ No âmbito do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de outubro.

²⁸¹ Também assim considerado por ANDERSEN, Mads Bryde – Electronic commerce: a challenge to private law. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato straniero*. Roma, 1998. N.º 32. P. 57.

²⁸² Atente-se aqui à alusão do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março.

²⁸³ Nestes termos tem de se atender ao preceituado no Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de março.

- 11) Também é tido em linha de conta quanto às informações substanciais o regime jurídico que aprova a comercialização à distância dos serviços financeiros prestados ao consumidor²⁸⁴;
- 12) Contém os requisitos de informação que podem ser tidos por este regime das práticas comerciais desleais para uma omissão enganosa ou não, os termos constantes do regime jurídico da mediação de seguros²⁸⁵;
- 13) Bem como neste catálogo se coloca ainda o regime relativo aos medicamentos para uso humano²⁸⁶;
- 14) E por fim o último regime aqui nomeado alude ao que foi transposto pela Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros²⁸⁷;

Com este elenco exaustivo de diplomas enunciados, pretendeu-se ir mais além do que a própria Diretiva relativa à proibição das práticas comerciais desleais.

Claramente identificam-se os termos dos vários diplomas nacionais que poderiam ser chamados como exemplo, por conterem elementos de informação substancial para a determinação ou não de uma omissão enganosa.

Aqui não podemos deixar de louvar a iniciativa legislativa, ainda que esta listagem não possa ser também enunciada de forma taxativa, nem como correspondente a todas as situações possíveis de ocorrer, e sujeitas a este escrutínio.²⁸⁸

Há que recordar que uma omissão enganosa ocorre quando sejam ocultadas ao consumidor informações que seriam vitais para a sua realização, e concretização da vontade.

²⁸⁴ O diploma que revela tal é o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio.

²⁸⁵ E nesse sentido prescreve o Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho.

²⁸⁶ Pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto.

²⁸⁷ Neste sentido tem de se aludir à Diretiva n.º 2004/39/CE, de 21 de abril, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro.

²⁸⁸ Por exemplo o regime relativo às regras da compra em saldos e promoções, enquanto prática comercial, também poderia ter sido aqui incluído, bem como o regime das garantias dos bens móveis e imóveis, constantes respetivamente no Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março, e no Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

Torna-se numa prática que oculta informação essencial para que aquele tome uma decisão livre e esclarecida, que o possa fazer crer qual o contexto essencial daquela negociação, ou dos termos em que lhe está a ser dirigida determinada prática.

O conhecimento real da intenção do legislador foi sem dúvida o de proteger o consumidor contra todas as situações abusivas que decorram da não transmissão de informações essenciais.

O objetivo nesta transposição foi não só o de evitar determinar uma listagem de práticas omissivas que enunciassem o sucedido como desleal ou não, tal como decorria da Diretiva, mas inovar nesse aspeto.

Indicando um elenco de diplomas que visam tratar de matérias alusivas a direitos dos consumidores, ainda que indiretamente, volta a dar primazia ao direito à informação como pilar base²⁸⁹ também no apuramento da lealdade ou não de uma omissão, para que tal possa ser enganosa.

Mesmo a intenção do profissional em termos comerciais não pode ser aqui descurada, porque se este não for claro, e não deixar depreender que tem esse objetivo, será tida essa prática como enganosa, se obviamente essa omissão conduzir de forma enganosa o consumidor.

As omissões enganosas poderão, como práticas comerciais desleais em especial que são, ir muito para além de uma mera noção.

E essas hipóteses ficam em aberto, muito além dos diplomas enunciados, mas atendendo às situações suscetíveis de conduzir por algum dos tipos de omissões em causa:

_ ou se está perante uma informação omissa com requisitos substanciais;

²⁸⁹ CARDOSO, Elionora –O direito à informação: um pilar na defesa dos consumidores ? *JusJornal*. Coimbra : Coimbra Editora. N.º 1146. 04 Jan. 2011.

_ ou a informação é ocultada pelo profissional ou apresentada de modo pouco claro, ininteligível ou tardio;

_ ou como ultimamente referimos, a existência de uma intenção comercial que não é difundida, e quando do contexto da prática tal não é depreendido.

Mesmo as indicações de limitação de espaço ou tempo para se fazer chegar ao consumidor a comunicação das informações adequadas para conduzir corretamente aquele a tomar a decisão acertada não podem aqui ser motivação para incumprimento.

Nos tempos modernos, com os meios de comunicação eletrônicos na base quer das comunicações, quer das apresentações das empresas das condições que oferecem em determinada situação ao seu cliente consumidor, não se pode permitir uma utilização abusiva destes meios.

Ainda assim, a avaliação da ocorrência de uma omissão enganosa é demasiado evasiva.

Deverá atender-se aos meios que foram utilizados, e às medidas que foram tomadas pelo próprio profissional a fim de distribuir ou fazer chegar ao consumidor as informações que ficou limitado por outros meios.

A análise será feita, em cada caso concreto, para se averiguar se a informação no seu todo foi devidamente transmitida ou não. Bem como para avaliar se o que ficou omissis servirá para justificar a decisão de contratar, ou se seria suficiente para considerar que com mais dados o consumidor faria outra opção.

Após a análise, de todos os elementos que podem ser relevantes para a existência de uma omissão enganosa, também o nosso legislador autonomizou uma outra situação, como referência integrada no elenco das omissões.

Também aqui se alude ao “convite a contratar” ou proposta para tal, que foi diferenciado, consubstanciando uma série de referências que obrigatoriamente

têm de constar do texto da contratação, desde que não possam ser depreendidas de outro modo.

Esta alusão de forma independente do artigo, leva-nos a concluir que se tratou de um reforço em relação às situações omissas, que não tivessem ficado tão claras.

Ainda que se pudesse ter simplificado a sua forma de apresentação, passamos a deter mais informações como essenciais, à semelhança do que já havia ocorrido no estudo das ações enganosas, e que nos levou a criticar a forma da técnica legislativa utilizada, pela exaustão e pelo tratamento destes casos.

Contudo se não for possível depreender do contexto em que a prática ocorre alguma destas menções, então a mesma será enganosa por omissão, com todas as consequências daí advindas.

Sem pretender ser exaustivo recorde-se que desde as características do bem ou serviço, à identidade do profissional, ao preço, impostos, e toda a natureza do bem, inclusive despesas de transporte ou expedição, passando pelas modalidades de pagamento, e a existência de direitos de resolução ou anulação sempre que tal resulte da lei ou do contrato, muitas são as indicações obrigatórias.

Portanto acrescentam-se novos elementos e dados que sendo substanciais para a formação da correta vontade do consumidor, não poderão ser descurados na apreciação do caso concreto, ainda que aqui não tenha ficado explícito diretamente que a avaliação seria factual e concreta.

Apenas se ressalvaram novas circunstâncias que não podem de todo ser omissas relativamente aos direitos gerais dos consumidores, predominando o direito à informação como base estratégica de pensamento nesta proibição.

10.3.3. As práticas comerciais agressivas

Referindo-se em primeiro lugar aos pontos de enumeração e de delimitação do que são as práticas agressivas, e depois enunciando as circunstâncias em que estas serão sempre agressivas, o legislador volta a usar o mesmo método já referenciado para a sua determinação.

O primeiro destaque indubitavelmente passa mais uma vez pela definição traduzida na lei²⁹⁰.

Sublinha-se de novo o facto do legislador ter trazido conceitos à colação demasiado vagos para determinar o que são práticas agressivas. Somos aqui reportados para as situações graves em que ocorra assédio, coação, ou uma influência de tal modo indevida, que ponha em causa uma limitação da liberdade de escolha do consumidor.

Torna-se uma tarefa nada fácil definir o que pode ser uma “influência indevida”, ou uma “limitação significativa da liberdade de escolha ou do comportamento”.

Nem mesmo os conceitos que são conhecidos quer para influência, quer para limitação, ou liberdade de escolha, conseguiriam traduzir uma única noção para os presentes conflitos de interesses que podem estar subjacentes nesta caracterização.

Denote-se que a prática é agressiva e portanto desleal, se levada a cabo por assédio²⁹¹, ou também por coação²⁹². Isto levado ao limite inclui também a

²⁹⁰ «É agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coacção, ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço, e por conseguinte conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.» Art. 11º, Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

²⁹¹ Entende-se perfeitamente que tal seja agressivo, já que assediar alguém é levar essa mesma pessoa a fazer algo que efetivamente não queira.

utilização de influência indevida que seja suscetível de limitar a liberdade de escolha do consumidor significativamente.

Fica no entanto por esclarecer que situações recaem nesta hipótese de influência indevida, ou mesmo quando esta exista, se só pelo facto de limitar a liberdade de escolha do consumidor, não deveria por si só ser punível.

Constatamos que o termo de “influência indevida” terá de se reportar a algo muito gravoso, e agressivo, muito além da coação. Adicionalmente aqui se frisa a proteção do comportamento económico do consumidor, aquele que deveria ser e não é, com base na prática que ocorra pelo profissional.

Obviamente só atendendo ao caso concreto, e a todas as características do mesmo, poder-se-á decidir acerca de tal. Neste existirão aspetos que não podem ser descurados na avaliação sobre a agressividade das cláusulas em apreço²⁹³.

Por fim também todos os entraves que sejam causados de forma não contratual, totalmente desproporcionada, e que sejam impostos pelo profissional, sempre que o consumidor pretenda exercer os seus direitos, têm de ser tomados como agressivos.

Estes elementos ajudam-nos a compreender o delinear de situações agressivas, mas por vezes não decorre dos mesmos efetivos casos de influência indevida, ou que se possa dizer que tenham resultado de uma alteração indevidamente fundada de pressão sobre o consumidor.

²⁹² Conceito próximo do assédio, mas mais gravoso, por poder querer retratar casos em que seja usada a violência de algum modo físico ou verbal.

²⁹³ Havendo especial cuidado com as menções relativas ao momento, local, natureza e persistência da prática, o recurso à linguagem ou a comportamentos ameaçadores ou injuriosos, ou a um aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que prejudique a capacidade de decidir dos consumidores, influenciando estes em determinada decisão.

A menção podia ser mais generalista quanto ao que cataloga como agressividade numa prática comercial, sem necessariamente misturar esta catalogação com assédio, coação ou a dita influência indevida.

Nestes casos o diploma menciona adicionalmente exemplos das práticas comerciais agressivas que devem assim ser consideradas em qualquer circunstância, mais uma vez enunciando-se situações concretas nesta categoria.

De um modo generalizado preconiza esta listagem adicionalmente situações graves que podem ocorrer, e que se pretendeu proibir, com a menção especial de traduzirem uma prática desleal agressiva.²⁹⁴

Não fica assim muito perceptível o alcance que o legislador pretendeu dar à nomenclatura de influência indevida. O recurso a esta menção vaga dificulta mais uma vez a aplicação prática do regime, cabendo aos tribunais esta aferição.

Tal como com as críticas que se realizaram para os outros dois casos de especialidade das práticas comerciais desleais – que impõe situações muito improváveis – verifica-se que aquela que se pretendia que fosse uma proteção real e eficaz neste regime, não procede.

²⁹⁴ Ocorrências como a criação da impressão de que a pessoa não pode deixar o local onde estão a decorrer as negociações do contrato, à realização de contactos com o consumidor através de visitas ao seu domicílio quando lhe tenha já sido pedido que não volte ou não incomode. Todas as solicitações persistentes e incomodativas, qualquer que seja o meio de contacto (email, fax, telefone, ou outra forma), desde a exigência de pagamento imediato ou diferido de bens e serviços que o consumidor nunca tenha solicitado, sem se referir a lei aos casos de vendas à distância em relação à possibilidade de serem fornecidos bens ou serviços de qualidades equivalentes. Aqui também se referem as intimidações contra o consumidor, levando-o a crer que a sua recusa em comprar/contratar poderá pôr em causa o emprego ou a subsistência do profissional. Bem como insinuações transmitindo a impressão de que o consumidor já ganhou determinado prémio, ou vai ganhar com a prática daquele ato, quando nada existe para o mesmo ganhar, ou quando é depois levado a pagar para reclamar determinado prémio, também estamos perante práticas agressivas.

§ 11. Da necessidade legal do mecanismo de proibição das práticas comerciais como proteção dos consumidores no nosso ordenamento.

A necessidade de tratarmos este ponto focaliza-nos com o tema que tem vindo a conferir corpo a esta investigação, no sentido de se responder à questão se a proibição das práticas comerciais desleais pode ou não ser entendida unicamente como uma proteção nas relações com os consumidores, ou se terá maior abrangência.

Atendendo a todos os pontos a que temos vindo a aludir neste campo, não encontramos ainda justificação que nos faça aludir a este regime legal como unicamente uma proteção para os consumidores.

Isto porque aquilo que na teoria se visou proporcionar, não está nem de longe a ser aplicado, já que os artigos enunciados quer na Diretiva, quer na nossa legislação interna, criaram muito mais dificuldades de aplicação e tratamento destas matérias, do que reais benesses aos consumidores.

Por isso, ainda que a ideia originalmente preconizada fosse a de um mercado mais atrativo e de maior conhecimento legislativo para os consumidores, e para as partes envolvidas, no caso português, somos forçados a ter de apresentar as alternativas que de forma mais simples o nosso Código Civil já dispunha, e continua a dispor.

Numa perspetiva de organização interna torna-se claro - ainda que não criado a pensar na defesa particular dos consumidores - que a partir do capítulo I, do subtítulo III acerca das relações jurídicas, no primeiro livro do Código Civil, ao tratar-se dos factos jurídicos - em especial dos negócios jurídicos - várias normas podem ser aplicadas a relações de consumo, pela proibição de diversas práticas.

Não queremos com tal estudo determinar que não fazia falta ou que não faça mesmo sentido que se tenha criado um regime de maior proteção para o consumidor.

A questão que se coloca é a de vislumbrar outras formas de resolução, que hoje se podem pôr, e que o legislador nacional ainda que sob uma transposição, poderia ter realizado, conseguindo uma ainda maior relevância jurídica para a defesa dos consumidores.

E destacando as soluções apresentadas no Código Civil em relação às declarações negociais verifica-se que a culpa na formação dos contratos, instrumento jurídico enunciado no art. 227º CC, já determinava que quem negocia com outro a conclusão de um contrato, deve proceder em todos os momentos, quer nos preliminares, como na formação do mesmo, de boa-fé²⁹⁵, sob pena mesmo de vir a responder pelos danos que culposamente venha a causar à outra parte.

Neste sentido enunciam sumariamente Pires de Lima e Antunes Varela²⁹⁶ que a própria celebração do contrato ou a sua anulação, não podem afastar a aplicação deste preceito. Ele é aplicável em qualquer situação, tanto no caso de se interromperem as negociações, como quando o contrato se realiza efetivamente.

E esta situação continua a ser preconizada, quando «(...) o vendedor responde para com o comprador se lhe ocultou, dolosa ou culposamente, um vício da coisa vendida; (...) um dos contraentes responde para com o outro, se culposamente fez com que o contrato tivesse por objecto uma prestação originariamente impossível (...).»²⁹⁷

Facilmente se conclui que foi ideia do legislador punir quem está numa posição privilegiada de negociação de um contrato com outrem.

Levando a que se tenha em conta²⁹⁸, que a responsabilidade em que pode mesmo incorrer o faltoso, obrigá-lo-á em regra a ter de indemnizar o interesse negativo, ou chamado de confiança da parte contrária, colocando-se na posição desta, ou em que esta se encontraria, se tal negócio não tivesse sido sequer efetuado.

Logo deste primeiro artigo que analisamos e enunciamos do Código Civil, verifica-se que «mandando nortear a conduta das partes pelos princípios da boa fé, a lei dá neste caso à expressão boa fé um sentido vincadamente ético, ao contrário do que sucede em muitos outros casos em que o seu significado (ético) se esgota numa situação psicológica, muito simples e fácil de definir.»²⁹⁹

²⁹⁵ CORDEIRO, A. Menezes - *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁹⁶ LIMA, Pires; VARELA, Antunes – *Código Civil anotado*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. 4ª Ed.. P. 216.

²⁹⁷ SERRA, Vaz – Culpa do devedor ou do agente. *Boletim Ministério Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentos Direito Comparado da Procuradoria da República, 1957. P. 6

²⁹⁸ LIMA, Pires; VARELA, Antunes – Op. Cit. p. 216.

²⁹⁹ Idem.

No mesmo capítulo do Código Civil outros artigos poderiam ser destacados, como indiretamente também aplicáveis a situações de práticas desleais, ainda que como já destacámos, não pensados exclusivamente para as relações de consumo.

Referimo-nos aos casos de “simulação”, “inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé”, “declarações não sérias”, ou de “erro na declaração”, constantes nos artigos 240º, 243º, 245º e 247º CC.

Passando depois na sequência do Código Civil para o objeto negocial, nomeadamente quanto a negócios usurários, também se destaca que o art. 280º, n.º 1 CC determina ser nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável.

Podendo dar-se como nulo qualquer negócio que seja contrário à lei, que viole princípios legais, e que contrarie manifestamente normas imperativas, ou ainda quando a sua realização material não se pode impedir, mas que de todo a lei reprove, já aqui colocando-se as práticas comerciais desleais.

O abuso de direito, como um mecanismo que aparece regulado aquando do tratamento do exercício e tutela dos direitos no art. 334º CC, vem também ele impor limites para que uma das partes no seu exercício de um direito, se exceder manifestamente a boa-fé, os bons costumes ou o fim social ou económico desses direitos.

Esta conceção do nosso Código Civil, em relação ao abuso de direito é objetiva³⁰⁰, tal como consideram Pires de Lima e Antunes Varela³⁰¹.

Isto quer dizer que também nas relações de consumo, quando exista abuso de direito, pode existir civilmente a obrigação de indemnizar o consumidor pelo prejuízo causado,

³⁰⁰ Ao considerarem que «não é necessária a consciência de se excederem (...) os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; bastam que se excedam esses limites. (...) Para determinar os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes, há que atender de modo especial às conceções ético-jurídicas dominantes na coletividade. Pelo que respeita porém ao fim social ou económico do direito, deverão considerar-se os juízos de valor positivamente consagrados na lei. (...) A ilegitimidade do abuso do direito tem as consequências de todo o acto ilegítimo: pode dar lugar à obrigação de indemnizar; à nulidade; à legitimidade de oposição; ao alongamento de um prazo de prescrição ou de caducidade. (...)»

³⁰¹ *Ibidem*. p. 298-300.

ou pode mesmo este abuso levar à nulidade do contrato e à legitimidade de oposição à sua execução.

Mais uma vez verificamos que o Código Civil já detinha uma solução no nosso ordenamento que poderia ter sido melhor explorada para a proibição das práticas comerciais desleais, na transposição efetuada.

Quando a boa-fé é também um ponto de medida para a aferição da deslealdade de uma prática - porque se tem em conta atendendo à atuação do profissional para com o consumidor - sem dúvida que a génese do instituto de abuso de direito está absorvida nestas matérias relativas às práticas comerciais.

E, a prossecução de normativos de proibição das práticas que sejam desleais, tal como constam na atual transposição, poderiam ter sido mais rebuscados, e ter traduzido e remetido para outros elementos de direito, como por exemplo, com a clara remissão para este instituto do abuso de direito que já existia no nosso ordenamento.

Por isso que temos vindo a concluir pela falta de eficácia deste regime legal, que tratando-se de uma lei especial, com aplicação também nesse sentido especial, não visou resolver efetivamente os grandes problemas que decorrem da existência de práticas comerciais que se podem ser desleais.

Além disto, aborda o Código Civil a própria noção de liberdade contratual, nos termos do art. 405º do CC.

O princípio da liberdade contratual é-nos reportado no sentido de que as partes desde que obedeçam aos limites da lei, podem fixar livremente o conteúdo dos contratos, podendo mesmo celebrar contratos diferentes do normalmente previsto na lei geral, incluindo neles as cláusulas que lhes aprouver.

Dando o legislador a entender a existência de que nas disposições gerais dos contratos, as partes podem livremente fixar o seu conteúdo, atendendo aos limites da lei.

Obviamente que este regime, que instituiu a proibição de práticas comerciais, é entendido como uma limitação direta à liberdade de contratar, impondo às entidades comerciais determinadas condições e imposições, que não podem ser ultrapassadas, sob pena de invalidade dos contratos celebrados, nos termos do art. 14º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

A liberdade contratual foi posta em causa, com uma limitação nalguns pontos demasiadamente repressiva para as empresas/entidades, sem que daí resultasse uma mais-valia para os consumidores.

Uma nota de ressalva final ainda, em relação à análise dos termos legais generalistas, que envolvem este mecanismo de proteção dos consumidores, para a obrigação de cumprimento das obrigações.

Muitas práticas podem ser especialmente desleais, porque não foram cumpridos os termos que se enunciaram, ou mesmo porque estes termos de alguma forma foram omitidos ao consumidor, o que era necessário para o mesmo tomar a sua decisão.

Nestas e noutras situações enganosas, pode vir a estar patente o cumprimento ou não de determinada obrigação. E aí podemos atender sumariamente à aplicação do art. 762º CC.

Ocorre que em termos gerais, o devedor tem a obrigação geral de cumprir aquilo a que se propôs, realizando a prestação a que se tenha vinculado.

Tendo também nestes casos de exercer o seu direito com recurso à boa-fé do cumprimento das mesmas obrigações.

Para além do enquadramento geral no Código Civil do princípio da boa-fé, reforça-se a importância deste princípio, por estar já previsto também no devido cumprimento das obrigações.

O n.º 2, do art. 762º CC faz precisamente esta menção, de que quer no cumprimento da obrigação, como no exercício do direito correspondente, devem as partes obedecer de boa-fé.

Realçamos obviamente a relevância deste dever de atuação quanto à parte das entidades, e não tanto quanto aos consumidores, colocando em termos civis um enorme peso sobre a boa-fé que deve pautar estas relações.

Pires de Lima e Antunes Varela³⁰² convergem na ideia de que o dever de agir de boa-fé no cumprimento da obrigação envolve dois corolários muito importantes.

³⁰² LIMA, Pires; VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. I. p. 3 – 4.

Por um lado o devedor não pode limitar-se a uma realização puramente literal do que se encontra adstrito, por outro lado este dever não se circunscreve ao simples ato da prestação.

Estão aqui em causa ainda todos os atos destinados a salvaguardar o interesse do credor na prestação (o fim da prestação), ou no limite a prevenir prejuízos.

A lei confere assim ao princípio da boa-fé, na área do exercício da relação obrigacional, a sua verdadeira dimensão.

A necessidade juridicamente reconhecida e tutelada de agir com correção e lisura não se circunscreve ao obrigado, acabando por incidir de igual modo sobre o credor.

E tal como sucede com o dever de prestar, também no lado ativo da relação o dever de boa-fé se aplica a todos os credores, seja qual for a fonte do seu direito, embora isso não exclua a desigual intensidade do dever de cuidado e diligência que pode recair sobre as partes no seu todo.

Posto tal percebe-se mais uma vez a enorme influência que o Código Civil, com inúmeros mecanismos e instrumentos, poderia ter auxiliado o legislador nos trabalhos da transposição da Diretiva alusiva à proibição das práticas comerciais desleais.

Não podemos no entanto dizer que apenas as normas presentes neste código resolveriam completamente, ou de forma adequada, estes mesmos problemas.

Mas consegue-se demonstrar como o nosso ordenamento, de forma generalizada, e não vocacionada diretamente para a defesa do consumidor já atendia à punição de práticas que fossem abusivas e desleais para com a outra parte contratante.

Atendendo às regras generalistas, poderiam ter sido ultrapassadas dificuldades claras de aplicação prática deste regime, se atendidas outras formas de resolução dos diferendos e de expurgação das mesmas ilicitudes.

PARTE II – MEIOS DE REAÇÃO

CAPITULO III – Invalidade dos contratos

§12.º A invalidade dos contratos celebrados através de práticas comerciais desleais

O regime de invalidade dos contratos, que sejam celebrados com recurso a práticas comerciais que sejam desleais, ocorre no âmbito do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, como uma forma sancionatória dos profissionais que recorram às mesmas.

Isto é a contrariedade das disposições em apreço leva sem dúvida a um especial regime de sanção contraordenacional, por se estar no domínio de relações económicas, que são aplicadas por entidades reguladoras ou fiscalizadoras.³⁰³

No caso das práticas comerciais desleais estas são punidas como um ilícito contraordenacional, nos termos do art. 21º do diploma supra mencionado, mas é determinada igualmente a invalidade dos contratos assim celebrados.

Podendo cada Estado-membro determinar as sanções que o regime incorreria, na nossa transposição o legislador entendeu que o incumprimento da proibição imposta por lei, passa por uma dupla sanção ao infrator. Uma de natureza civil por um lado, e outra de natureza contraordenacional.

Porque as soluções contraordenacionais podem não ser suficientemente dissuasoras do incumprimento, acabam por não resolver também o problema criado ao consumidor.

A sanção civil por si só também não seria dissuasora destas práticas, já que o profissional teria assim vantagem com o seu comportamento, se apenas uma parte dos consumidores reclamasse da invalidade em causa, e tomasse medidas nesse sentido.

Assim a aplicação de uma sanção contraordenacional não depende da vontade do consumidor, mas antes da atuação das autoridades competentes – podendo claro aquele

³⁰³ CARVALHO, Jorge Morais – *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Almedina: Coimbra, 2012. Pp. 108 – 112.

dar conhecimento do ilícito e auxiliar a que as mesmas possam tomar as medidas sancionatórias previstas.

Pode assim definir-se que a consequência destas práticas, pela contrariedade do conteúdo imperativo de uma norma, muito além de uma aplicação de uma sanção contraordenacional, pode implicar a invalidade do contrato, ainda que tal não ocorra de forma automática e necessária.

Terá de se atender ao caso concreto, e a proteção do interesse em causa, para depreender, se for essa a vontade do consumidor, a invalidade do contrato³⁰⁴.

12.1. A formação dos negócios jurídicos decorrentes de práticas comerciais

O fundamento de regulação legal de modo especial de um sistema próprio para a proibição de práticas comerciais desleais decorre desde logo da adequada formação de um negócio jurídico, quando uma das partes seja considerada mais fraca economicamente.

Sendo o consumidor o destinatário final dos bens, de há muito que o Direito procura proteger aqueles que estão numa posição de adquirentes, a qual necessita de ser acautelada face aos restantes agentes económicos.

Com o desenvolver dos mercados nos últimos anos, e as grandes campanhas de publicidade, com as mais variadas técnicas comerciais, (tendentes a compelir os consumidores a adquirirem todo o tipo de bens, a satisfazerem todas as necessidades – existentes ou fictícias), a qualidade dos bens e serviços não tem tido primazia.³⁰⁵

³⁰⁴ ALARCÃO, Rui – Sobre a invalidade do negócio jurídico. Estudos em homenagem ao professor doutor J.J. Teixeira Ribeiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1983. Vol. III. Pp. 624 e ss.

³⁰⁵ Neste sentido pronunciou-se CORDEIRO, António Menezes – *Tratado Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007. Pp.201-203.

Denote-se que este excesso de consumismo dos dias que correm configura um “uso acelerado e quase hipnótico de bens de consumo”³⁰⁶, com vista à sua massificação.

Recentemente, o filósofo francês Gilles Lipovetsky³⁰⁷ apelidou a nossa sociedade como a sociedade do hiperconsumo com a mercantilização de todos os bens, mesmo os mais imateriais, como a informação e a cultura.

No estudo da proibição das práticas comerciais que sejam desleais, temos o enfoque voltado diretamente para as relações de consumo, ainda que não só. Mas são estas as visadas para uma proteção especial dos sujeitos a quem se dirigem.

Assim a noção de consumidor³⁰⁸ acaba por estar em evidência nestes negócios jurídicos, para a definição de uma tutela mais precisa, das partes a que se destinam³⁰⁹.

No caso de negócios jurídicos de consumo³¹⁰, pela aplicação do já mencionado Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, adotou-se na senda da Diretiva, um conceito restrito de consumidor³¹¹.

Não pode no entanto esquecer-se que esta tutela especial que o legislador cria para os consumidores ao mesmo tempo também tem um revés, quando todo o controlo e limitações legislativamente impostas passam a traduzir um custo também para o consumidor.³¹²

³⁰⁶ ALPO GUIDO - *Tutela del Consumatore e controlli sull'impresa*. Mulino: Bologna, 1977. P. 20.

³⁰⁷ GILLES LIPOVETSKY, *A Felicidade Paradoxal-Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*. Lisboa: Edições 70, 2010.

³⁰⁸ A noção de consumidor de acordo com o entendimento do legislador português, e nos termos da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, no seu art.º 2, resume-se a todo aquele a quem sejam prestados bens e serviços no âmbito de uma relação profissional, que se destinem a um uso não profissional pela parte a quem se dirigem.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Fernando Batista de – Do conceito de consumidor: Algumas questões e perspectivas de solução. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. p. 467 – 551

³¹⁰ CARVALHO, JORGE MORAIS – Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. *Revista de Direito das Sociedades*. Ano III (2001), 1. Pp. 188-189.

³¹¹ Tendo em conta apenas as pessoas singulares que no âmbito das práticas comerciais abrangidas pelo diploma, atue com um fim pessoal, e portanto externo à sua atividade comercial, ou profissional, nos termos da al. a) do artigo 3º do diploma mencionado.

³¹² CORDEIRO, A. Menezes – Op. Cit. p. 202.

Daí que na constituição de negócios jurídicos de consumo, que recorram a práticas comerciais onde os agentes económicos se dirigem diretamente a consumidores (em condições especiais ou não), o nosso legislador tenha decidido determinar termos para a invalidade dos contratos assim celebrados.

A formação deste tipo de negócio dependerá por isso, para a sua validade, do cumprimento dos requisitos de lealdade das práticas envolvidas.

Certo é que «a nova disciplina das práticas comerciais desleais respeita a comportamentos concorrenciais desleais que afectem ou possam afectar o consumidor, daí que vise as condutas relevantes no perímetro contratual, pré-contratual ou pós contratual, perímetro no qual se encontram as decisões do consumidor sujeitas à análise da sua distorção material ou afectação.»³¹³

O recurso a uma menção por parte do consumidor, que permita a validade do contrato, mesmo este tendo sido celebrado sobre a influência de uma prática comercial que seja desleal, não pode ser tida como uma exclusão da responsabilidade civil que se apurar.

O nosso legislador só ressalva a possibilidade para a invalidade dos contratos assim celebrados, quando o consumidor tome as rédeas de pedir a sua anulação nos termos gerais do Código Civil³¹⁴.

A *contrario* se compreenderá que o interesse a proteger nestes casos é sem dúvida o do consumidor, uma vez que neste âmbito os concorrentes nada podem opor à permanência do contrato.

Apenas a vontade do consumidor será tida em conta para aferir da invalidade do contrato celebrado, e se o mesmo ponderar que o quesito da utilização de uma prática comercial desleal foi de influência determinante para a realização daquele contrato, então deve solicitar a sua anulação.

³¹³ LEITÃO, Adelaide Menezes – Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais? *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, 2012. Vol.II. P. 275.

³¹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações: Parte especial: contratos*. Coimbra: Almedina, 2001. 2ª ed.

Situação diferente teríamos se, perante a realização do contrato, o consumidor pudesse consentir com a sua celebração através de uma prática comercial desleal, e depois pretendesse *a posteriori* declarar o contrato inválido.

12.2. A invalidade dos contratos celebrados com recurso a práticas comerciais desleais: termos gerais

No estudo dos meios de reação às práticas comerciais desleais, são genericamente suscitados vários tipos de possibilidades reativas.

A qualificação das práticas comerciais desleais como contraordenação e a sua punição com coima é uma das possibilidades. Podendo ainda ser aplicadas sanções acessórias relativas ao sucedido em função da gravidade e da culpa.

Outro meio de reação dos contratos celebrados ao abrigo destas práticas, que a ordem jurídica portuguesa veio a prever como sanção, foi o serem estes anuláveis quando contenham, ou sejam realizados, por meio de práticas comerciais desleais.

Ainda existe a possibilidade daquelas virem a constituir o infrator em responsabilidade civil quanto a todos os prejuízos que causar ao consumidor, e por fim o eventual recurso a ação inibitória, com vista a estabelecer uma proibição futura.

O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, visa assim em três artigos os meios essenciais que terão de ser atendidos e preconizados na promoção da proibição das práticas que sejam desleais.

A validade sem dúvida que se reporta a um bem maior aqui em causa, pois é inquestionável que os contratos celebrados com recurso a práticas que sejam nomeadas como desleais teriam de sofrer de invalidade.

Sendo o contrato a primeira fonte das obrigações, não só na sistematização da lei, mas na sucessão histórica dos factos, como ainda na ordem natural, a sua importância prática nas relações de consumo é indiscutível.³¹⁵

A vontade individual e a própria lei intervêm conjuntamente na regulamentação das relações contratuais, e no caso do regime em apreço não podia ser diferente.

Há no entanto, no âmbito das relações de consumo um acréscimo das limitações impostas à vontade dos contraentes, bem como a distorção do papel muitas vezes do papel da vontade operada nos chamados contratos de adesão.

Nestes também é inquestionável o aparecimento de novos tipos de contratos e de novas cláusulas negociadas muitas vezes por livre iniciativa dos interessados.

Será pois neste campo que se inserem os contratos que são celebrados nas relações que mais tipicamente são abrangidas por práticas comerciais desleais.

Tendo existido um empolamento da utilização do contrato, versar-se sobre a invalidade daqueles que forem celebrados sob influência de práticas comerciais desleais, leva-nos a ter necessidade de compreender o regime que esta invalidade terá.

Em concreto denota-se que, a mera contrariedade à lei não gera automaticamente a invalidade do contrato, podendo até estar prevista consequência diversa. E não existindo qualquer referência expressa à consequência da contrariedade da lei, terá de se interpretar o preceito que é violado para perceber qual o efeito mais adequado no sentido de proteger o interesse afetado.

Estando mesmo em causa o objeto do contrato, recorre-se à sua nulidade total ou parcial, consoante a possibilidade de redução do contrato, só se afastando esta em caso de conclusão que não é a solução mais adequada.

Se, pelo contrário, o que se reporta é um elemento externo ao contrato, então parte-se da sua validade, e apenas se poderá declarar a invalidade do mesmo se se

³¹⁵ VARELA, João Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I. Almedina: Coimbra, 2005. Pp. 211 e ss.

concluir que esse é o meio mais eficaz para salvaguardar os interesses em causa.³¹⁶

Seguimos de perto a posição também preconizada por Manuel de Andrade³¹⁷, ao referir que, se deve revestir de particular importância a consideração de todos os interesses em presença, e do escopo presumivelmente visado pelo legislador.

Os negócios contrários a uma proibição legal poderão neste caso deixar de ser nulos, mesmo sem texto que assim o declare.

Ainda numa referência global, recorde-se que a mera contrariedade do conteúdo imperativo da norma acaba por ter muitas vezes a consequência da invalidade do contrato celebrado.

Esta invalidade, em termos gerais, pode ser total ou parcial, sendo que esta última, na sequência do art. 292º do Código Civil, pode ser suscetível de redução.

Cumprido no entanto aqui um esclarecimento adicional, quanto ao regime das ineficácias. Estando perante uma invalidade do contrato como já frisámos, importa perceber que esta surge no quadro das ineficácias, quando traduz, tal como versa Menezes Cordeiro³¹⁸, a situação em que os negócios jurídicos não produzem os efeitos para os quais estavam destinados a desencadear.

Aqui se incluem uma série de situações diversificadas. Ainda assim importa a constatação de que os negócios não provocam sempre os efeitos que se destinam, desde logo porque a própria autonomia privada é duplamente limitada.

De modo extrínseco a autonomia cede perante a lei – que apenas a reconhece em determinadas fronteiras – e de modo intrínseco pode ocorrer ser deficientemente exercida, falhando as partes na tentativa de configurar as situações jurídicas.

Neste quadro a ineficácia vista em sentido amplo distingue na sua contraposição a invalidade e a ineficácia em sentido estrito. Interessa-nos particularmente no nosso estudo a invalidade, como sendo a ineficácia, ou a não produção de efeitos

³¹⁶ CARVALHO, Jorge Morais – *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Almedina: Coimbra, 2012. Pp. 89 – 105.

³¹⁷ ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral da Relação Jurídica. Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Almedina: Coimbra, 2003. Vol. II. Pp. 335 e 336.

³¹⁸ CORDEIRO, António Menezes - - *Tratado Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007. Pp. 853 – 857.

normais, que opera perante o negócio celebrado, denotando-se vícios ou desconformidades com a ordem jurídica.³¹⁹

Na outra, o negócio em si mesmo não tem vícios, apenas se verifica uma conjugação com fatores extrínsecos, que acabam por conduzir à não produção dos efeitos pensados.

No regime da invalidade, assim definido por Menezes Cordeiro, o qual seguimos, pode também subdistinguir-se a nulidade e a anulabilidade, consoante o regime que esteja em causa.

Neste estudo interessa-nos particularmente o regime da anulabilidade. Esta ao contrário da nulidade acaba por não traduzir na generalidade uma falha estrutural do contrato.

Traduz que o interesse de uma determinada pessoa não foi adequada ou suficientemente atingido na celebração do negócio, e que a lei acaba por lhe conceder aquele que é chamado um direito potestativo de impugnar o negócio.

Deste modo a anulabilidade, em termos gerais, apenas pode ser invocada por aqueles que tenham um interesse estabelecido pela lei. E dentro do prazo de um ano de forma subsequente à cessação do vício que acaba por lhe dar fundamento³²⁰, ainda que enquanto o negócio não esteja cumprido esta possa ser arguida sem qualquer dependência de prazo.

Além disso, este regime permite que a mesma anulabilidade seja sanável por confirmação, competindo esta àquele a quem pertencer o respetivo direito de anulação.

³¹⁹ Numa outra explicação Mota Pinto explica que «A ineficácia em sentido amplo tem lugar sempre que um negócio não produz, por impedimento decorrente do ordenamento jurídico, no todo ou em parte, os efeitos que tenderia a produzir (...). A invalidade é uma espécie do género ineficácia: enquanto a ineficácia “lato sensu” compreende todas as hipóteses em que, por causas intrínsecas ou extrínsecas, o negócio não deve produzir os efeitos a que tendia, a invalidade é apenas a ineficácia que provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio). O conceito de ineficácia em sentido estrito definir-se-á coerentemente, pela circunstância de depender, não de uma falta ou irregularidade dos elementos internos do negócio, mas de alguma circunstância extrínseca que, conjuntamente com o negócio, integra a situação complexa produtiva de efeitos jurídicos.» PINTO, Carlos A. Mota – *Teoria geral do direito civil*. Coimbra Editora: Coimbra, 1999. 3ª ed. P. 605

³²⁰ Nos termos do art. 287º CC.

Acabando pois, por só ser eficaz quando for posterior à cessação do vício que lhe serve de fundamento, e o seu autor tiver conhecimento deste bem como do direito à anulação.³²¹

Quanto às consequências das invalidades, nestes moldes gerais de catalogação denote-se que as mesmas, em concreto a anulabilidade têm efeito retroativo. Acabando por se estabelecer desde que é decidida que deve ser restituído tudo o que foi prestado, ou no caso de tal não ser possível, deve ocorrer a devolução do valor que for correspondente.

É certo que, os efeitos que o ato inválido produzir se impõem, desde logo, na dependência da vontade das partes, podendo surgir na invalidade em sentido amplo, pela anulabilidade o domínio de institutos como a redução ou a conversão do negócio realizado.

De todo o modo se for declarada a anulação de um negócio, prescreve a lei no art. 289º CC, que haja lugar à restituição do que tiver sido prestado, ou na sua impossibilidade, do valor correspondente a tal.

A restituição aqui aparece como um dever, sendo este recíproco, cabendo assim a cada uma das partes devolver aquilo que recebeu, ou o valor correspondente quando por alguma razão já é manifestamente impossível a devolução natural do que havia sido entregue.

Postas estas considerações gerais sobre o regime das invalidades em direito, nomeadamente quando esteja em causa a anulabilidade, importa agora compreender como foi traduzido este sistema para a proibição das práticas comerciais desleais.

³²¹ Nos termos do art. 288º CC.

12.3.A anulabilidade dos contratos celebrados sob influência de práticas comerciais desleais

Desde logo o art. 14º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, determina como fator determinante para que se coloque a consequência da anulabilidade em causa, o facto de determinado contrato vir a ser celebrado sob influência de uma prática comercial desleal.

Sendo a influência o ponto crucial para que se possa sancionar o contrato celebrado invalidamente com a anulabilidade, importa compreender-se em que termos pretende o legislador fazer aplicar esta consequência nestes contratos, em razão de podermos estar aqui perante uma incongruência.

Note-se que quando existe uma invalidade importa sem dúvida a destruição de todos os efeitos negociais, mas quando se prevê no n.º 3 deste artigo que possa existir a manutenção do contrato com a sua redução, estamos perante uma solução legislativa que contraria a essência do regime da redução previsto no art. 292º CC.

Mas não adiantando de todo já esse problema, apenas aflorando o tema, estamos perante uma solução que pode considerar-se controversa e cuja anuência, nossa perspectiva, tem de ser devidamente justificada.

A sanção da anulabilidade aparece aqui desde logo na ótica de defesa dos interesses dos consumidores. A legitimidade para arguir uma ocorrência em que o mesmo consumidor sinta que foi indevidamente influenciado a realizar o contrato, apenas lhe cabe.

Decorre daqui que tenha sido entre as partes celebrado um contrato, para que o consumidor perante o mesmo possa analisar e constatar se este foi realizado sob algum tipo de influência indevida que dê lugar à consideração que se está perante uma prática comercial desleal.

Será tal consentâneo com a ideia do legislador de invalidar os negócios que fossem assim feridos de um vício?

Muitas das hipóteses, que podem acontecer em termos económicos nas relações de consumo - ao serem apresentadas aos consumidores pelas mais variadas propostas - não são colocadas por escrito, e em contratos formais que possam ser devidamente analisados³²².

No âmbito de práticas comerciais que estudamos, e que podem ter um carácter desleal, mais ainda.

E perante as situações deste tipo questionamo-nos como pretenderia o legislador sancionar as mesmas. Isto é, existe uma dificuldade prática de sancionar estes, quando se faz depender a invalidade do contrato de um negócio da sua realização por escrito (exigência que se coloca de forma indireta).

Poderia dar a entender que não existindo contrato, não existiria anulação. E obviamente essa não pode ser uma decifração atendível.

Corroboramos o pensamento de Jorge Morais de Carvalho³²³ ao considerar que a sanção para o incumprimento de situações em que efetivamente não exista um contrato escrito, ainda que não se encontre diretamente plasmada no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, terá de ocorrer na articulação deste com as regras do Código Civil.

O que equivale a querer dizer que, nessas situações, mesmo que a prática em causa não esteja efetivada num contrato com um consumidor, de modo escrito, deverá ser cumprido o que decorra da mesma.

Só deste modo a deslealdade seria ultrapassada, sob pena de também nesses casos se considerar a anulabilidade do negócio nos termos gerais do Código Civil.

Na opção legislativa de que os contratos que sejam celebrados com influência de uma prática comercial desleal sejam feridos de anulabilidade, segue-se de perto a

³²² Pense-se por exemplo numa situação em que é proposta a participação/organização de um concurso, sem entregar qualquer prémio descrito, ou um equivalente razoável. Nesses casos o consumidor pode ter aceite participar no concurso sem ter celebrado qualquer contrato, na mera expectativa de vir a ganhar o prémio anunciado.

³²³ CARVALHO, Jorge Morais de – Op. Cit. Pp. 97 e ss.

mesma opção que se segue no instituto do erro, previsto nos artigos 247º do CC e seguintes.

Recorde-se que é o interesse do consumidor, e a sua vontade que no regime em apreço estão em causa. A deslealdade da prática ao afetar o negócio celebrado faz questionar qual a melhor solução para que se minimize o sucedido, e se colmate a situação.

Com as soluções preconizadas no n.º 2, e no n.º 3, do art. 14º, do Decreto-Lei n.º 57/2008 (onde constam a possibilidade de modificação do contrato segundo juízos de equidade, e também poder manter-se o contrato ainda que reduzindo-o), verifica-se claramente a posição do legislador de ter na mais alta linha de conta o interessado em todo o contrato.

E o interessado nestas situações tem de ser sempre tido como «a pessoa prejudicada pelo vício», no caso o consumidor.³²⁴

Mas, há aqui ainda mais uma linha de proteção, deste contra o comportamento do profissional, subentendendo-se aqui uma supremacia da defesa de um interesse privado, o que justifica o recurso à própria figura da anulabilidade em vez da nulidade³²⁵.

O mote deste estudo tem-nos levado a questionar se as práticas comerciais desleais se reportam apenas a uma proteção nas relações com os consumidores, ou se indiretamente denotam outros pontos de projeção e eventual defesa.

O interesse privado dos consumidores é a base para que o legislador visualize esta defesa e a proteção que lhes é dirigida. Neste circunstancial da invalidade dos contratos fica claro tal preocupação, mas ainda assim não vislumbramos como a única perspetiva aqui em causa.

A ótica da proteção contra o comportamento dos profissionais também pode ser entendida como um diferencial para que concorrencialmente os outros agentes

³²⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008. P. 13.

³²⁵ Neste sentido também CRISTAS, Assunção – Concorrência desleal e proteção do consumidor: a propósito da Diretiva 2005/29/CE, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*. Almedina: Coimbra, 2007. P. 154.

económicos estejam atentos à realização de uma efetiva consequência nestes casos.

Assim, e como temos vindo a delimitar, preconizamos que os concorrentes entre si serão aqui visados, no sentido de que estes enquanto agentes económicos estarão atentos ao comportamento dos demais e à necessidade de que os contratos realizados sob a influência indevida sejam anuláveis.

A proteção de uma real vontade do consumidor, que seja indevidamente alterada em virtude de um erro a que seja reconduzido tem de persistir, numa proteção que está do lado do legislador, mas que os próprios concorrentes também terão interesse que efetivamente se comine.

Portanto, e em destaque nas situações de invalidade destes contratos, que sejam celebrados com recurso a práticas comerciais desleais, temos a ideia de que o consumidor é a parte que tem legitimamente o poder para reclamar uma solução face à sanção em causa.

Cabe ao consumidor enquanto visado realizar o pedido de anulabilidade do mesmo contrato, provando-se que este foi celebrado com através de uma influência que o legislador reprovava, nos termos que são salientes do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Sendo este o sujeito que pode dar início ao processo de anulabilidade, revimos que o mesmo segue os termos gerais constantes no Código Civil, preconizando quatro pontos chave:

- a) invocação apenas pela pessoa dotada de legitimidade³²⁶;
- b) não estaremos aqui a referir-nos a qualquer pessoa interessada, mas só aquelas que sejam titulares do interesse cuja específica tutela a lei determine;
- c) esta anulabilidade é sanável pelo decurso do tempo, ao indicar o Código Civil que existe o prazo de um ano para a sua arguição. Com exceção das situações em

³²⁶ PINTO, Carlos A. Mota – *Teoria geral do direito civil*. Coimbra Editora: Coimbra, 1999. 3ª ed. P. 612 e ss. O autor considera que a anulabilidade não pode ser declarada *ex officio* pelo juiz. Exige-se o recurso a uma ação destinada para esse efeito, ainda que seja ressalvada a possibilidade da sua arguição ocorrer por via de exceção, isto é segundo a hipótese das pessoas legitimadas se defenderem, arguindo a anulabilidade de qualquer negócio jurídico que contra elas seja invocado, não bastando também que exista uma mera declaração à contraparte.

que o negócio não esteja ainda cumprido. Nesses casos a anulabilidade não fica sujeita a qualquer prazo.

d) a anulabilidade é sanável mediante confirmação. Sendo a confirmação um negócio unilateral pelo qual a pessoa com legitimidade para arguir a anulabilidade declara aprovar o negócio viciado.

Atendendo a estes pontos gerais, para os quais o regime da proibição das práticas comerciais desleais remete, conhecemos os termos que terá a consequência a dar a todos os contratos celebrados de forma inválida.

A proteção do consumidor está precisamente nesta garantia, de que provando-se a deslealdade, poderá este, tomar a iniciativa e ver o contrato ser anulado. A própria prova aqui está facilitada, uma vez que tudo depende do seu pedido, do seu interesse em tal, e efetivamente de se estar perante uma influência que não é permitida pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Confirmando-se tal, é garantida a anulabilidade do contrato, e esta é uma vitória para os consumidores.

12.4. A modificação de contratos celebrados de acordo com juízos de equidade

Estudando-se os efeitos desta sanção sobre as situações concretas, denota-se que existiu uma solução pouco ou nada comum nestes casos. O legislador admitiu que os consumidores em lugar da anulação requeiram a modificação do contrato recorrendo a juízos de equidade.

Uma vez que tal solução não é sequer colocada pela Diretiva 2005/29/CE, concordamos com Luís Menezes Leitão ao indicar que esta «é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais»³²⁷.

Veja-se que o que é indicado no n.º 2, do art. 14º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, é que o consumidor pode optar por outra solução, ou outro recurso

³²⁷ LEITÃO, Luís Menezes – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota - A causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 385.

que não o do instituto da anulabilidade, para arguir a invalidade do contrato indevidamente celebrado.

A hipótese é a de se solicitar a modificação do contrato, com recurso a juízos de equidade. Impõe-se por isso que se tente definir do que se trata, quando se refere esta menção: juízos de equidade.

A equidade é um vocábulo antiquíssimo, derivado da palavra *aequitas*, que significa igual ou justo³²⁸. De todo o modo está envolta no que se pode chamar uma «certa névoa de imprecisão e ambiguidade»³²⁹, quer na sua relação com a justiça, como nas próprias funções que desempenha com.

Nos moldes tradicionais³³⁰ a equidade é tida como a justiça do caso concreto, opondo-se à justiça vista como uma intenção normativa de carácter geral. Nesta oposição dir-se-ia que a equidade evita o sentido trágico da dimensão dramática da justiça. Teria assim um carácter intuitivo e irracional e emocional.

No entanto esta base tradicional hoje está em ruína. Hoje o seu pressuposto é constituído por uma conceção normativista (e legalista) de justiça, que ou exclui ou põe a boa distância a equidade.³³¹

Impondo-se nos tempos correntes uma nova conceção de Direito, que tem uma visão deste numa intenção práctico-normativa, que visa a realidade da ação concreta na vida, colocando assim o caso concreto no centro das preocupações.

A equidade deixa assim de ser tida como «uma modalidade de juízo normativo contraditória com a jurídica aplicação do Direito»³³², para se afirmar como um momento de concreta realização do mesmo.

³²⁸ JUSTO, Santos A. – *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 6ª ed. Pp.69 – 73.

³²⁹ BIGOTTE CHORÃO, Mário – *Introdução ao Direito. O conceito de Direito*. Coimbra: Almedina, 1989. Vol. I. Pp. 95-96.

³³⁰ NEVES, Castanheira – *Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições*. Edição policopiada: Coimbra, 1971-1972. Pp. 230 – 233.

³³¹ Idem. Pp. 235 – 236.

Hoje constitui uma decisão essencialmente jurídica, não sendo o seu domínio estranho ao Direito. Tem um polo específico que vai na direção da justiça, na procura do que há de igual e desigual.³³³

A equidade supera, portanto, a «estrita legalidade positiva e, apoiando-se no espírito da lei e na justiça material, possibilita uma consecução mais cabal e perfeita do justo nas variáveis e contingentes situações da vida».³³⁴

Deste modo quando o legislador refere que o consumidor pode optar em vez da anulação do contrato pela sua modificação conforme juízos de equidade, pretende corresponder a substituição da sanção da anulabilidade, por uma solução que mudando o sentido efetivo do que foi contratado, consiga realizar a justiça.

O recurso a um juízo de justiça, através da equidade de cada um, promoverá a possibilidade de modificação do contrato com base na conceção que o consumidor detém daquela que seria a solução mais adequada ao seu contrato.

Permitindo-lhe manter o mesmo, mas desde que alterado nas componentes que o faziam inválido. O bom senso, que terá de existir nestas situações, faz-nos levantar sérias dúvidas sobre a sua possibilidade de aplicação prática, e eficaz.

Senão denote-se que em cada situação caberá ao consumidor, como já referimos por ser a parte legitimada, alegar a invalidade do contrato celebrado. Mas ao mesmo tempo cabe-lhe também a possibilidade de pretender manter o contrato desde que este seja modificado.

³³² NEVES, Castanheira – *Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições*. Edição policopiada: Coimbra, 1971-1972. P. 244.

³³³ JUSTO, Santos A. – *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra Editora: Coimbra, 2012. 6ª ed. Pp.69 – 73. Também neste sentido genericamente ASCENSÃO, Oliveira - *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2005. 13ª ed. P. 235.

³³⁴ BIGOTTE CHORÃO, Mário – *Introdução ao Direito. O conceito de Direito*. Almedina: Coimbra, 1989. Vol. I. Pp. 96 – 97.

Esta modificação torna-se assim dependente da análise nos termos dos juízos de equidade, do que é esperado e é neste ponto que consideramos que se o consumidor não for devidamente atento, poderá não saber fazer valer a equidade desejada, para que se chegue a uma solução adequada no caso.

Além disso, torna-se uma enorme responsabilidade nas mãos, ou sob o poder, da parte que estava a ser visada em todo o processo, e que na maioria das situações, não terá o discernimento necessário para compreender em termos de igualdade, e de justiça, que modificação é necessária para que o contrato se mantenha validamente.

Não está aqui em causa uma mera expurgação das cláusulas do contrato que o ferem com a anulação. Essa solução aparece pelo legislador numa outra alternativa. Aqui está-se a ter em linha de conta apenas a decisão do consumidor de manter o contrato modificando-o.

Note-se também que, o recurso a esta modificação não se confunde, com outro mecanismo decorrente da anulabilidade, que é o recurso à confirmação, como forma de sanar a anulabilidade, e o vício em apreço.

Nos termos do art. 288º CC o fulcro da confirmação seria a existência de uma intenção confirmatória, o que exige por parte do confirmante o conhecimento do vício e do direito à anulação.

Nestes casos a confirmação não depende de uma forma especial, podendo ocorrer de forma tácita ou expressa.

No entanto não é esta a solução levada a cabo pelo legislador, na forma especial de sancionar a invalidade dos contratos que sejam realizados com influência de uma prática comercial desleal.

O que é defendido é, apenas e tão só, a faculdade de o consumidor optar em vez da anulabilidade total, pela modificação do contrato, mas ele manter-se-ia em vigor.

Questiona-se se não se estarão a pôr em causa os efeitos da anulabilidade³³⁵, ao recorrer a este mecanismo. Por outro lado a verdade é que tendo em conta o verdadeiro e real interesse do consumidor na realização do contrato, manter o mesmo, mas através de uma modificação pode fazer-lhe mais sentido.

Mas estar-se-á nestes casos a manter o mesmo contrato? Efetivamente modificando-o, através dos termos em que a equidade compreender, não estaremos perante um novo contrato?

Esse factual não foi revessado pelo legislador, mas leva-nos a determinar que a mera modificação do contrato não deve ser considerada como uma sanção pela invalidade do contrato.

O problema em causa é muito mais profundo, do que a consideração indicativa de que a modificação do contrato possa ser vista como uma penalização. Essa é sem dúvida uma solução adequada na ótica do consumidor, no sentido de que este verá sanado o vício que infere o contrato.

Mas a responsabilização do profissional, enquanto agente económico que aqui é visada, essa não ocorrerá deste modo.

Ao estudarmos as práticas comerciais desleais verificamos que, no âmbito das relações de consumo, as mesmas não se caracterizam unicamente por induzir a um desequilíbrio contratual, onde houvesse necessidade de existir uma correção equitativa.

Antes elas se definem por conduzir os consumidores à celebração de contratos, com recurso a ações ou omissões, que são em si mesmas enganosas ou agressivas.

Deste modo, ao pretender modificar tudo isso, o consumidor na prática estaria a por fim ao contrato que tinha celebrado, e a querer realizar outro, o verdadeiro

³³⁵ Nos termos do art. 289º CC reportamo-nos à retroatividade no sentido de que deve ser restituído tudo o que tiver sido prestado, ou em caso de impossibilidade, o valor correspondente.

contrato, aquele que lhe interessava, mas que não foi de todo o contrato que efetivou.

Por isso, dificilmente a modificação do contrato celebrado poderá constituir uma solução adequada, face à violação dos direitos dos consumidores que estão nestes casos em voga.

Certo é que a modificação do contrato, segundo juízos de equidade, não equivale de todo a uma redução do negócio, à parte que não esteja viciada. Esta solução da modificação, eventualmente pode também³³⁶ concluir-se, que está mais próxima da conversão do negócio, nos moldes do art. 293º CC.

Apenas que no caso da modificação, e ao contrário da conversão, não há lugar à exigência de que o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas teriam querido o novo contrato, fruto da modificação, se tivessem previsto a invalidade.

Não releva aqui esta avaliação da vontade das partes para que a modificação possa existir, de acordo com o art. 14º em estudo.

A bem da verdade, o profissional, nestes casos em que o consumidor opta por requerer a modificação, não terá qualquer vontade que a mesma ocorra. Pois se realizou um contrato com base numa influência indevida, a sua modificação, e concretização sem as cláusulas que estavam a viciá-lo, não leva a algo que quisesse ficar vinculado.

E nesta ótica, revemos aqui a verdadeira hipótese de sanção do profissional, ao, mediante a vontade do consumidor, ter de manter o contrato realizado, mas modificado de acordo com os juízos de equidade. Quando o previsível é que este quisesse simplesmente afastar-se desta solução.

A decisão de se recorrer aqui a juízos de equidade acaba pois por nos remeter ao caso concreto, acabando por ser tidos todos os elementos em causa que possam ser tidos como relevantes para a realização do contrato modificado.

Esta solução pode assim ser tida como muito inovadora, mas é algo impraticável, apesar de poder ter o efeito consequencial que era pretendido.

³³⁶ Também neste sentido: CARVALHO, Jorge Morais – *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Almedina: Coimbra, 2012. P. 100.

12.5. A manutenção do contrato através do mecanismo da redução

Por fim quanto à invalidade dos contratos celebrados sob influência indevida, o nosso legislador cria um outro mecanismo para sanar a anulabilidade, em prol da defesa dos maiores interesses dos consumidores.

Prevê que se a invalidade apenas afetar algumas cláusulas do contrato viciado, o consumidor escolha manter o contrato, recorrendo a uma redução do mesmo apenas para aquele que é o seu conteúdo válido³³⁷.

Ao plasmar neste sentido, o n.º 3, do art. 14º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, abre uma discussão sobre a possibilidade de redução do contrato àquele que seja o seu conteúdo válido, mantendo o contrato válido no restante.

O problema da redução do contrato coloca-se no sentido³³⁸ de se inserir sem dúvida na disciplina dos efeitos das anulabilidades negociais, mas no caso de o fundamento da invalidade ser relativo apenas a uma parte do conteúdo negocial, questiona-se se o negócio deve continuar a valer na parte restante, e não afetada, ou ser anulável na sua totalidade.

A circunscrição da invalidade é que deve ser discutida, face à solução que resulta do regime geral da redução, constante do art. 292º do CC.

A doutrina tem vindo a propor predominantemente o *critério da vontade hipotética ou conjectural das partes*³³⁹, tratando-se não de uma vontade real, mas sim de uma que seria como que fingida ou construída pelo juiz.

A vontade hipotética acaba por não se inferir apenas das negociações, sendo mesmo descabido que se concluísse que a outra parte tinha de a conhecer.³⁴⁰

³³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Almedina, 1965. 3ª ed.

³³⁸ PINTO, Carlos A. Mota - *Teoria geral do direito civil*. Coimbra Editora: Coimbra, 1999. 3ª ed. Pp. 624 – 630.

³³⁹ Idem. P. 625.

Será sempre necessário perceber o que é que as partes teriam querido provavelmente, se soubessem que o negócio se opunha parcialmente a alguma disposição legal, e que não poderiam realizá-lo nesses termos, pela validade da sua integridade.

Admitindo-se que as partes não teriam querido realizar o negócio, então não se deve consentir que o contrato se mantenha, e deve ferir-se o negócio de invalidade total.

Mas, se ao contrário, se a conclusão for que muito provavelmente as partes teriam realizado o negócio na parte não diretamente atingida pela invalidade, entendemos que se opte pela manutenção do mesmo com a redução.

Voltamos a ter aqui - mesmo na ótica do nosso caso de estudo da realização de contratos sob influência indevida de uma prática comercial desleal – um prevalecer da vontade hipotética, que dependerá também das particularidades do caso concreto.

O maior problema coloca-se quando existem dúvidas sobre qual seria a vontade hipotética das partes.

Doutrinalmente, põem-se aqui duas soluções: uma favorável à redução³⁴¹, e outra favorável à invalidade total³⁴².

Estas propostas são relativamente antagónicas, mas traduzem duas formas diferentes de resolver o problema.

No nosso ordenamento jurídico, o art. 292º CC tratou genericamente a questão, ao determinar a possibilidade de existir redução quando os negócios sejam

³⁴⁰ Neste sentido pronunciou-se Flume ao defender que se consideram os interesses que não se tornaram conteúdo do negócio, pressuposto só que não sejam ilegítimos. FLUME, Werner - *Das Rechtsgeschaefit*. Springer Verlag: Berlim, 1965 (trad. espanhola) - El Negocio Jurídico. Trad. González-Calle. Fundación Cultural del Notariado: Madrid, 1998.

³⁴¹ Solução pugnada pela doutrina tradicional, em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos, e de uma ideia de proporcionalidade entre a causa e o efeito.

³⁴² Por sua vez uma solução que tem o seu fundamento no Código Civil Alemão, fundamentando-se na ideia de que a validade parcial de um negócio exige sempre uma base volitiva, a tal vontade real ou pelo menos uma vontade hipotética, já que o eixo dos negócios jurídicos é a vontade.

parcialmente anuláveis. A invalidade total só ocorreria nas situações em que se prove que o negócio não teria sido concluído sem a parte que está viciada.³⁴³

Ocorre no entanto que, no caso das práticas comerciais desleais, o legislador determinou que se existir uma invalidade parcial, (que afete uma ou mais cláusulas do contrato), o legislador pode optar pela manutenção do contrato, ainda que reduzido. Ou seja admite-se a redução em caso de invalidade parcial³⁴⁴.

Mas, e a salvaguarda de todo o regime da redução, conforme previsto no art. 292º CC, onde se mantém assim?

Repare-se que numa situação de invalidade, quando o contrato foi realizado com recurso a uma prática comercial desleal, o que se discute é a sanção em si, na escolha da vontade da parte envolvida.

Mas aqui colocamos a questão de outro modo: quando um consumidor é confrontado com um contrato que detém invalidade destas, ainda que se reporte a uma anulabilidade parcial do contrato, será que a mesma não acaba por afetar todo o negócio?

Isto é, como resolver as situações em que se conclua que o contrato não teria sido realizado se não se tivesse recorrido a determinada prática? Temos pois que a invalidade parcial do negócio pode nestes casos afetar todo o negócio, e com base nisso não se admitir sequer que o instituto da redução se ponha em causa.

No entanto esta hipótese não parece ter sido colocada pelo legislador quando prevê a possibilidade de redução do contrato no n.º 3, do art. 14º, do diploma que transpõe o regime da proibição destas práticas desleais.

Além disso denota-se que o instituto da redução, previsto no nosso Código Civil, apenas se coloca nos casos de anulabilidade parcial, mas consideramos de modo algum permite uma regra de divisibilidade dos contratos.

³⁴³ Traduzindo-se assim uma solução que corresponde à doutrina tradicional e que é oposta à do Código Alemão.

³⁴⁴ Mota Pinto pronunciou-se na generalidade, no sentido de que a invalidade parcial quando verificada, se for conforme à boa-fé, não obsta a que o restante conteúdo se mantenha, ainda que a vontade de conclusão do negócio no momento da sua celebração fosse diversa. PINTO, Carlos A. Mota - *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 3ª ed. P. 628.

Ou seja, a anulação parcial que esteja em causa, não pode de todo determinar a invalidade do conjunto. Porque se isso ocorrer, não poderíamos recorrer a este mecanismo.

Não se pode admitir que a lei permita que determinada prestação seja realizada em partes, havendo aqui sem qualquer sombra de dúvida um princípio de integralidade do cumprimento³⁴⁵.

A vontade das partes também serve de requisito para a redução poder operar os seus efeitos. Mas aqui se coloca o ponto mais relevante, é necessária a prova de que só em determinadas circunstâncias, que sejam objetivamente realizadas, é que aquele contrato se teria realizado sem a parte viciada.

Existem aqui requisitos de essencialidade para que a redução possa ocorrer, sob pena de estarmos perante um negócio inválido, e como tal anulável mesmo que parcialmente.

Para que a redução opere tem assim de se estar perante o respeito pela boa-fé, pelas regras formais, e pelo respeito por outras normas imperativas.

A boa-fé no sentido de que, não poderá haver redução quando esta atente contra a confiança das partes, muito perceptível quando o negócio reduzido não permita prosseguir os fins ou funções que tinham sido vertidos, pelas partes, no negócio inválido.³⁴⁶

Relativamente às regras formais importa sublinhar que, não pode chegar-se – após a redução – a um tipo negocial, que não satisfaça as exigências do negócio a reduzir.

E, em relação ao respeito pelas outras normas imperativas, coloca-se obviamente a questão de que estas também se devem mostrar respeitadas nos casos em que decorra a redução do negócio jurídico.

³⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007. P. 878.

³⁴⁶ Idem. P. 880.

Posto isto, quer dizer-se que em relação à redução prevista pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, estamos perante uma situação que, ou põe em causa o regime previsto no art. 292º CC, ao admitir uma solução de redução, quanto a contratos que não seriam celebrados sem a parte viciada.

Ou teremos de concluir pela existência aqui de uma solução excecional face ao Código Civil. Aí não se está a exigir um requisito que leve à conservação do equilíbrio entre as prestações em causa, mas sim a permitir que numa solução especial o contrato seja mantido depois de expurgação das cláusulas que sejam indevidas.

Somos a optar pela segunda interpretação solutiva. No sentido de não considerar que exista aqui uma contrariedade ao regime geral da redução, previsto no art. 292º CC³⁴⁷.

Apesar de considerar que o legislador poderia ter sido mais claro na sua pretensão, não podemos esquecer que a base da determinação invalidade destes contratos está precisamente na vontade do consumidor.

Se este não arguir qualquer anulabilidade, o contrato nunca será sancionado.

Portanto será este que irá optar por manter ou não o contrato nos termos em que foram acordados, e naquela que for a solução que entender ser mais adequada.³⁴⁸

Partindo deste pressuposto, temos que a decisão final perante a invalidade é dependente dessa vontade, e sem dúvida do interesse subjacente.

Por outro lado, esta é também a forma de penalizar os profissionais prevaricadores. Uma vez que, pelo menos no que conta à redução, a possibilidade

³⁴⁷ Neste sentido muito esquematicamente parece ir Luís Menezes Leitão, quando considera que o art. 14º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 57/2008 ao estabelecer a invalidade pode dar lugar à redução, parece esquecer que a invalidade parcial no caso das práticas comerciais desleais afeta todo o negócio. Cabendo assim toda a opção ao consumidor. LEITÃO, Luís Menezes – – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota - A causa dos direitos dos consumidores*. Almedina: Coimbra, 2012. P. 385.

³⁴⁸ CARVALHO, Jorge Morais – *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Almedina: Coimbra, 2012. P. 100.

do consumidor requerer a dita manutenção do contrato sem a parte viciada, já é um modo de sancionar os agentes económicos envolvidos.

Estaremos assim numa hipótese de sanção, pela via do recurso excecional à redução do contrato, face à regra do art. 292º CC, contra os profissionais que usaram de influência indevida para a realização do contrato em causa.

Ainda que o vício em causa demonstre que o negócio em si não se teria realizado sem a dita invalidade, estando-se perante o regime da anulabilidade parcial, admite-se de forma excecional a redução do contrato, por opção única e exclusiva do consumidor.

Não se verificando pois a hipótese de assim ser considerado inválido todo o negócio, mas tão só permitindo que a parte com legitimidade em causa expurgue do contrato as cláusulas que são desleais, e se tiver esse interesse mantenha o restante, e prossiga com a relação de consumo.

CAPITULO IV – Responsabilidade civil na existência de práticas comerciais desleais

§ 13.º A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor

Resultante do regime de proibição em estudo, e em total novidade face ao que a Diretiva 2005/29/CE havia instituído, o nosso legislador coloca como sanção, em relação aos contratos que sejam celebrados com práticas desleais, que exista o ressarcimento dos consumidores que sofram prejuízos por tal.

O art. 15º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março traduz essa indicação ao estabelecer que o consumidor lesado deve ser ressarcido nos termos gerais por conta dos danos provocados pela utilização de práticas comerciais que sejam desleais.

O legislador nunca menciona os termos em que esse ressarcimento deve ocorrer, nada mais acrescentando do que uma remessa para o regime geral da responsabilidade civil, que no nosso ordenamento está constante no Código Civil.

Será no entanto importante perceber, a forma como o lesado poderá ser ressarcido, nomeadamente se estará em causa o pagamento de indemnização para todos os tipos de danos (patrimoniais e não patrimoniais), e de que forma se procederá.

É conhecido que sempre que ocorra a prática de um facto que seja ilícito, o seu autor acabe por incorrer em responsabilidade, desde que estejam reunidos os pressupostos da mesma.

Nestes casos o lesante constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, ressarcindo-o. Deverá reconstituir a situação que existiria se a situação não tivesse ocorrido, nos termos gerais do art. 562º do Código Civil.

Seguimos de perto o pensamento de António Pinto Monteiro³⁴⁹, ao definir que indemnizar é reparar um dano, mediante a reconstituição natural, ou por equivalente em dinheiro. Aquele que for o responsável pelo facto ilícito está assim nos termos gerais obrigado a indemnizar o lesado pelos danos que de facto tenham sido proporcionados.

E obviamente que podem estar aqui em causa todo o tipo de danos, patrimoniais ou não patrimoniais, danos emergentes ou lucros cessantes.

O art. 15º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, traz a menção de que o ressarcimento do consumidor lesado decorrerá de acordo com os padrões gerais da responsabilidade civil.

Isso remete-nos para a consagração do Código Civil, quando no seu art. 566º, n.º 1 estabelece como forma prioritária a respetiva indemnização com carácter natural, ou em espécie, uma vez que no recurso a esta, era o próprio dano que se fazia desaparecer.

Estariam assim tomadas as medidas para que, seja justamente afastado, à custa do responsável, o dano real.

Ainda assim estas medidas não se confundem com outras que possam ser tomadas, e que não atuem em bom rigor diretamente sobre o próprio dano, mas sim sobre a sua causa.

O que é equivalente a dizer que a reparação do dano nem sempre coenvolverá (mesmo no recurso à reparação *in natura*) à supressão do facto que foi gerador desse dano.

Não podemos entender que, todas as medidas que sejam tomadas, com destino a suprimir a situação que decorreu ilicitamente, são elas mesmas formas de reparar um dano, porque na verdade apenas se traduzem num meio de eliminar a fonte ilícita do dano em si, com a prevenção de eventual repetição.

³⁴⁹ MONTEIRO, António Pinto – *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011. 2ª reimpressão. Pp. 83 e ss.

Compreendendo o alcance desta medida, diríamos que nos moldes comuns, apesar da reintegração natural ser a forma mais perfeita de indemnização, ela não é de longe a mais utilizada³⁵⁰.

Não só porque na maioria dos casos não é possível, mas porque acaba por não ser suficiente ou mesmo razoavelmente adequada aos custos que por si só implica.

Daí que a indemnização em dinheiro seja a mais divulgada, nos termos que decorrem do art. 566º CC. Desde logo porque o dinheiro tem uma aptidão natural para substituir qualquer obrigação.

Deverá assim sumariamente ter-se em conta diferença entre a situação real e a situação hipotética atual do património do lesado, sendo decisiva aqui a consideração do último momento possível.

Concordamos com Pereira Coelho³⁵¹ quando menciona que só se compensa o dano, se o lesado receber uma soma com a qual «possa agora conseguir as vantagens e utilidades que o facto constitutivo de responsabilidade lhe fez perder».

13.1. O ressarcimento do consumidor lesado

A reparação de danos é indiscutivelmente uma das facetas do *consumerismo* que tem conhecido mais expansão nos últimos anos.

Não poderia deixar-se que a violação de um regime que proíbe práticas comerciais desleais, tivesse como consequência apenas a invalidade do contrato a pedido do consumidor, ou a sanção contraordenacional que a lei determina.

É necessário acautelar os direitos dos consumidores que tenham sido lesados. Estes diretamente como interessados em todo o processo, têm de ser ressarcidos

³⁵⁰ Também neste sentido MONTEIRO, António Pinto – *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Almedina: Coimbra, 2011. 2ª reimpressão. Pp. 88-91.

³⁵¹ COELHO, F. Pereira – *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. P. 274.

de todos os danos que lhes sejam provocados quando prejudicados com a atuação indevida de um profissional.

Analisados que foram os termos em que decorre a determinação de que determinada prática é desleal - e caracterizados os elementos que podem ser postos em causa aquando da sua catalogação - a possibilidade de existir aqui uma consequência de todo o procedimento ligada à responsabilidade civil apurada, mais não é do que uma outra punição do profissional.

No entanto mesmo admitindo que assim não fosse concebida, a permissão que é dada agora ao consumidor para que sendo lesado reclame dos seus danos, é realmente muito importante.

Ainda que se tenha de depender aqui, como reação à utilização destas práticas, da anulação ou não do contrato, nos termos do art. 14º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, sem dúvida que estamos perante uma forma punitiva.

Isto é, defendemos tal como Luís Menezes Leitão³⁵², que o valor da compensação a pagar ao consumidor pelo dano sofrido dependerá do mesmo ter requerido a anulação do contrato.

Se houve lugar à anulação, a indemnização deverá ser limitada ao interesse contratual negativo, mas se o contrato acabar por não ser anulado, e apenas modificado, ou reduzido, então estará em causa o interesse contratual positivo, e esse é que deverá ser compensado.

Ele adquire assim o direito à reparação dos danos causados em resultado da prática comercial desleal a somar, aos já plasmados na lei de defesa do consumidor.

³⁵² LEITÃO, Luís Menezes – As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota - A causa dos direitos dos consumidores*. Almedina: Coimbra, 2012. P. 385.

Nos termos do art. 12º da lei de defesa do consumidor, Lei n.º 24/96, de 31 de julho, já havia sido legislado o direito do consumidor à reparação de danos. No entanto esta menção reporta-se esquematicamente aos danos patrimoniais, e não patrimoniais, de bens ou serviços defeituosos.

Existindo ainda uma menção ao produtor, certo é que não está aqui a ser versada diretamente a compensação de danos que decorram de outras relações de consumo, onde não estejam em causa nem bens, nem serviços defeituosos.

É a isso que se reporta o regime de proibição de práticas que sejam desleais. Em relações de consumo onde recurso às mesmas, e estas provoquem um dano ao consumidor, este na sua qualidade de parte lesada tem direito a ser compensado.

Não excluimos de todo, como objetivo do legislador, a inclusão no direito à reparação dos danos, na lei de defesa do consumidor, de todas as outras situações que extravasem a reparação de danos por defeito.

No entanto consideramos que, a interpretação do art. 12º, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, tem de ser mais ampla e abrangente. Tratando-se o direito à reparação dos danos de direito fundamental dos consumidores, a possibilidade de virem a ser ressarcidos, de todos os danos sofridos, em relações onde sejam lesados nessa qualidade³⁵³ terá de ser garantida.

Nesse sentido admitimos que o direito que resulta do art. 15º, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, ainda que faça uma menção direta para os termos gerais da responsabilidade civil, indiretamente reporta também a um direito de raiz dos consumidores.

³⁵³ Prova disso é o facto do próprio art. 3º da lei de defesa do consumidor - Lei n.º 24/96, de 31 de julho - na al. f) indicar que o consumidor tem direito à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais, homogêneos, coletivos ou difusos. Também o art. 60º CRP estatui como fundamental o direito à reparação de danos. Em quaisquer dos casos a menção é clara e perfeitamente abrangente, quer a situações resultantes de defeitos ou não. Por isso deve ser admitida a inclusão, como um direito fundamental dos consumidores, do ressarcimento de danos resultantes da utilização de práticas comerciais. Sendo que a proporção que toma neste sentido, dará com certeza uma especial proteção ao consumidor que reclame de lesão ocorrida por estas práticas.

Os moldes deste ressarcimento ficam a cabo da aplicação do regime geral de compensação previsto no Código Civil, não existindo uma referência a um qualquer procedimento especial.

13.2. Os termos gerais de responsabilidade civil aplicáveis

A responsabilidade civil figura entre as fontes obrigacionais, no Código Civil, tratando-se, depois dos contratos, da maior importância prática e teórica no tratamento dos vínculos obrigacionais.

Na rubrica da desta figura³⁵⁴ recaem desde logo a responsabilidade que seja proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos³⁵⁵ – responsabilidade contratual – e a responsabilidade que seja resultante da violação de direitos absolutos, ou pela prática de determinados atos que embora lícitos causem prejuízo a outrem – responsabilidade extracontratual.³⁵⁶

Atendendo ao caso do nosso estudo - e não pretendendo entrar em pormenores sobre o regime da responsabilidade civil, sob pena de nos afastarmos do tema central deste trabalho - está aqui em causa uma responsabilidade civil extracontratual.

Isto porque tal como o legislador faz referência, o consumidor tem aqui direito a ser ressarcido porque existiu uma violação de um direito absoluto que ele tinha. A proibição de uso de práticas comerciais desleais serve de mote para que quando um profissional as utilize, e o consumidor seja lesado, possa haver lugar à devida indemnização.

³⁵⁴ VARELA, João Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. Pp. 518 – 522.

³⁵⁵ Também a tal alude COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. 12ª ed.

³⁵⁶ Uma nota para ressaltar que o Código Civil português atualmente trata as duas formas de responsabilidade existentes em lugares distintos, ocupando-se da responsabilidade civil contratual no mesmo capítulo que regula o cumprimento, as formas e os próprios efeitos do incumprimento, das obrigações – nos artigos 798º CC e seguintes. No entanto alguns dos problemas que são comuns às duas, o legislador trata-os conjuntamente, fixando um regime próprio de obrigação de indemnização a que ambas dão lugar, nos termos do art. 562º CC.

Deste regime legal resultam, como temos vindo a frisar neste trabalho, normas imperativas, que por si mesmas impõem uma penalização ao profissional que as violar.

Outro tipo de penalização, pelo recurso ao uso de práticas desleais, (enganosas, agressivas, em ação ou omissão), fica assim salvaguardado, quando se institui a possibilidade do consumidor ser ressarcido se se sentir lesado com esta utilização.

A responsabilidade civil extracontratual, que compreende a responsabilidade por factos ilícitos, é aqui chamada à colação, para auxiliar na determinação dos termos em que o consumidor será compensado.

Prevista no art. 483º CC, verifica-se que da simples leitura do artigo fica demonstrada a necessidade de que vários pressupostos se congreguem para que esta responsabilidade seja apurada.

Estes condicionam também a obrigação de indemnizar, cabendo-lhes um papel preponderante para a determinação da complexa disciplina que detém o dever de reparação de um dano.

Das várias exigências retira-se que tem de existir um facto voluntário do agente, e que esse facto seja ilícito, tendo de existir um nexo de imputação do facto ao lesante, e que da violação do direito sobrevenha um dano³⁵⁷.

Por fim, tem ainda de existir um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente, e o dano sofrido pela vítima, de modo a poder afirmar-se que o dano em causa é resultante dessa violação do direito.

No nosso caso em estudo, traduzindo estes termos gerais, constata-se que o consumidor terá lugar a ser ressarcido sempre que se prove que o dano sofrido

³⁵⁷ VARELA, Antunes; LIMA, Pires – *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Vol. I. Pp. 471 e ss.

tem nexó de causalidade com a violação de uma prática comercial, que devia ser leal, e tenha sido desleal.

A violação da proibição de práticas desleais, resultante das normas do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, provando-se que foi a causa do dano, será facto suficiente para que esteja em causa a responsabilidade do profissional que a realize, obrigando-o assim a indemnizar o consumidor.

Sendo um dos elementos básicos e distintivos no apuramento da responsabilidade o facto cometido pelo agente, ou seja o seu comportamento perante o lesado, somos reportados no nosso caso de estudo para a influência indevida que o profissional tem sobre o consumidor, bem como o recurso a práticas agressivas, ou enganosas.

Quando um profissional toma um comportamento deste género contra um consumidor arrisca-se a ser chamado ao apuramento da responsabilidade civil pelo sucedido, se o consumidor se considerar lesado com esta atuação.

Ressalve-se ainda que será necessário para que se gere a culpa, que o autor tenha agido com culpa. Não estamos perante um agir objetivamente mal, é preciso que a violação ilícita tenha sido mesmo praticada com dolo ou mera culpa, como ressalta do art. 483º CC.

Agir com culpa, tal como refere Antunes Varela e Pires de Lima³⁵⁸ é atuar em termos que a conduta do agente mereça a reprovação ou a censura do direito: o lesante, pela sua capacidade e nas circunstâncias concretas, podia e devia de agir de outro modo.

Por fim uma nota para a questão da obrigação de indemnizar, visto que esta é uma condição essencial sempre que exista dano. O facto ilícito terá de causar um prejuízo a outrem.

³⁵⁸ VARELA, Antunes; LIMA, Pires – *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Vol. I. P. 475.

O dano poderá ser patrimonial ou não patrimonial, dependendo da sua suscetibilidade para ser avaliado pecuniariamente. Dentro do dano patrimonial cabe não só o lucro cessante, como o dano emergente, já referidos.

Compreendendo a este último ao prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão. O primeiro ao invés abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão.

Acaba aqui por ser tida em conta a diferença entre a situação real do lesado, e a situação hipotética em que ele se encontraria se não tivesse acontecido a lesão.

E tal servirá de base também para calcular a indemnização a que o consumidor tenha lugar, quando se prove o dano sofrido por conta de ter estado sob o efeito de uma determinada prática comercial desleal.

13.3. A indemnização como forma de colmatar o dano provocado

Para que exista lugar a uma obrigação de indemnização em termos gerais tem de existir um dano. Ou seja o facto ilícito culposo tem de ter causado um prejuízo a alguém.

O dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, como consequência de qualquer facto, que o direito violado, ou a norma infringida visaram tutelar.

Teremos de estar perante um dano que ocorra de todo sem que a vontade do lesado tenha de alguma forma contribuído, mas sem dúvida que estarão aqui em causa interesses que foram lesados, e que precisam de ser compensados.³⁵⁹

No caso das relações de consumo, onde através do uso de uma prática comercial desleal haja um dano, o consumidor terá de ser indemnizado, tendo em conta o

³⁵⁹ VARELA, João Antunes – *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. I. 10ª ed. Pp. 598 – 602.

comportamento do profissional que provocou esse dano, bem como as possibilidades perdidas pelo consumidor, ou as expectativas logradas, entre outros danos.

Diria-se assim que é a lesão causada, no interesse juridicamente tutelado, que acaba por revestir a forma de destruição ou deterioração das coisas em causa. No fundo são os estragos, de alguma forma causados, que terão de ser apurados, estando assim ao lado do dano em geral, a sua determinação como dano patrimonial.

Aqui estarão os danos reais, que decorreram pelo facto em causa, e que no nosso estudo, o consumidor possa alegar como tendo sofrido pela atuação em si. Mas os danos patrimoniais comportam, como já havíamos referido neste estudo, não só os danos emergentes, aqueles a que se reporta a perda patrimonial, como ainda os lucros cessantes.

Imagine-se benefícios, que o consumidor considere que deixou de ganhar, por conta da prática comercial desleal em si, por esse dano, ele terá com certeza uma compensação, por tudo o que deixou de ganhar em virtude desta lesão. A somar ao pagamento dos prejuízos efetivos tidos e comprovados patrimonialmente.

No entanto, o mesmo facto ilícito pode ser causa de danos que não sejam contabilizados de forma patrimonial, ou que simultaneamente abrangem prejuízos que sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária.

Estes são os denominados danos não patrimoniais³⁶⁰, ou morais, porque incluem os prejuízos que atingem bens que não integram de todo o património do lesado,

³⁶⁰ Não pretendendo de todo alargar-se a discussão em torno de tal, é importante frisar-se que em relação aos danos não patrimoniais a doutrina muito tem debatido a sua ressarcibilidade. Isto é, se pela sua natureza os mesmos são passíveis de compensação ou não. Se por um lado temos que tratando-se de danos com natureza irreparável, o dinheiro não conseguirá apagar as dores físicas ou morais, as inibições, as deformações e outras que tais. A indemnização não fará desaparecer esses males. Por outro lado teremos de ponderar que, embora o dinheiro não apague essas mesmas dores e outras grandezas heterogêneas, pode efetivamente contribuir para minorar ou atenuar os danos sofridos. Entre uma solução de não ser atribuída nenhuma indemnização – a pretexto de que o dinheiro não serve para conceder uma compensação – e pagar-lhe uma quantia que o indemneze com vista a uma satisfação mais adequada pelo sucedido, somos a preferir esta opção, considerando que seja a mais justa. De todo o modo a obrigação de

apenas podendo ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, muitas vezes mais como uma satisfação, do que uma verdadeira compensação.

Já aludimos à questão geral dos danos a indemnizar, no sentido de que a pessoa prejudicada possa reclamar a respetiva indemnização.

O próprio art. 15º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que temos vindo a reportar menciona muito claramente que o consumidor que se sinta lesado terá de ser ressarcido nos termos gerais.

Nos termos gerais, depois de apurada a responsabilidade civil pelo ato, e de comprovada a necessidade de compensar o lesado – consumidor – pelo sucedido, colocam-se os termos em que essa mesma indemnização será apurada.

E ainda que sem ter qualquer pretensão de tratar exaustivamente o tema, consideramos relevante que seja feita uma alusão ao regime da indemnização nos termos do nosso Código Civil.

Prevê o art. 562º CC que, há obrigação de quem tiver de reconstituir o dano, em reconstituir o lesado, na situação que estaria, caso não tivesse ocorrido o facto que leva à exigência de reparação.

A indemnização no seu sentido rigoroso compreende as medidas que sejam destinadas a reparar o prejuízo sofrido. A esta obrigação está adstrito um dever. O dever de se reconstituir a situação que existisse anteriormente à lesão³⁶¹, caso não se tivesse produzido o bem.

Por isso é que a obrigação de indemnizar, como meio de reparação do dano, abrange não só os danos patrimoniais, como os não patrimoniais merecedores de tutela do direito.

indemnização, mesmo de danos não patrimoniais, ao profissional que realizar o ilícito, não pode também de deixar de ser vista como uma penalização, e mais um motivo que abona no nosso entendimento a que sejam reparados os danos não patrimoniais.

³⁶¹ O chamado princípio da reposição natural. VARELA, J. Antunes; LIMA, Pires – Código Civil Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Vol. I. P. 576.

Tal como para o apuramento da responsabilidade civil em apreço, também para a determinação da obrigação de reparar um dano se supõe que exista um nexo de causal entre o facto e o prejuízo sofrido.

O facto, causador desta obrigação, deve ser também o causador do dano.

Assim será o facto de serem utilizadas determinadas práticas comerciais que sejam desleais à luz do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estará na base da lesão do consumidor, e que ao ser-lhe provocado um qualquer dano por essa mesma utilização lhe dará o direito a reclamar uma compensação.

O cálculo da indemnização, cujo montante será fixado pelo tribunal, de acordo com o art. 564º CC, terá assim em conta todos os danos reportados.

Poderá assim dizer-se que o valor a pagar vai apurar-se na mediação entre a diferença da situação real em que o lesado se encontra, e a hipotética, em que estaria se não tivesse ocorrido o mesmo dano. É usado o mesmo pensamento que no apuramento do dano, para a efetiva concretização da quantia a pagar ao consumidor.

Uma última palavra para indicar que esta é sem dúvida uma enorme garantia, e proteção, que foi dada pelo nosso legislador aos consumidores, que no nosso ordenamento sejam visados por práticas comerciais desleais.

Fazer com que o profissional prevaricador também seja chamado a pagar uma indemnização, sempre que se apure que o consumidor foi lesado, e que portanto há responsabilidade civil sob o facto gerador daquele, é um reforço das consequências que advém da violação da proibição deste regime.

A preocupação de que os danos causados possam assim ser ressarcidos, e que mesmo aplicando-se os termos gerais do Código Civil, o consumidor veja prevista uma hipótese de pagamento de indemnização, quando sofra danos por toda a situação em que foi envolvida, é realmente de louvar.

Ainda que já existisse um direito fundamental à reparação dos danos, como inicialmente aludimos, na lei de defesa do consumidor, e na CRP, essa reparação tem sido sempre requisitada com vista à reparação de danos causados pelo produtor de um bem, e muito próxima do âmbito do direito à garantia dos bens e serviços.

Pois com o regime de proibição de práticas comerciais desleais o legislador vai mais longe do que meramente reporta-se a um cumprimento defeituoso. Pela realização do ilícito o consumidor já tem lugar à compensação.

A estipulação da mesma - ainda que dependente quer do dano provocado, quer das outras consequências consideradas – como a anulação ou não do contrato – é a base para que os profissionais fiquem mais atentos quanto aos limites da sua influência e atuação.

Ainda assim, também esta possibilidade deverá incentivar os consumidores - mais atentos aos atropelos da lei cometidos por agentes económicos – a reclamarem dos danos que sofram, com todos os prejuízos inerentes ao uso de práticas comerciais desleais.

CAPITULO V – O Direito de ação

§ 14.º O direito de ação inibitória

A ação inibitória é o último reduto nos meios de reação contra as práticas comerciais desleais, que os consumidores passam a ter, por conta da aplicação do art. 16º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

Certo é que a visão clássica do processo civil sempre se baseou no pressuposto de que só os direitos e interesses individuais deveriam ser objeto de tutela jurisdicional. Com o tempo compreendeu-se que tinha de existir um complemento, que tivesse de forma também jurisdicional a tutela dos interesses difusos, e as ações coletivas.

A própria tutela é justificada por economia de meios, tempo, bem como pela possibilidade de se obter uma decisão uniforme para todos os interessados.³⁶²

Assim do próprio art. 10º da Lei de defesa do consumidor, Lei n.º 24/96, de 31 de julho, surge a menção a que deve ser assegurado aos consumidores o direito de ação inibitória, destinado a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos mesmos.

O estudo do regime de aplicação da ação inibitória contribuirá para melhor compreensão da aplicação prática deste efeito sobre os agentes económicos que recorrem a práticas desleais proibidas no seu relacionamento com profissionais.

14.1. O enquadramento geral dos interesses difusos

As transformações decorrentes da sociedade moderna em que vivemos, levaram a que não se possa ignorar o respetivo acompanhamento desta situação também pela tutela jurisdicional.

³⁶² ALVES, João – *Direito dos Consumidores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Pp. 130 – 138.

Entre os direitos fundamentais clássicos e estes novos direitos económicos e sociais existentes, ressalta sem dúvida uma diferença que deve ser salientada: enquanto uns eram entendidos como liberdades perante o Estado, os outros vieram impor uma prestação, um auxílio do Estado a favor do indivíduo³⁶³.

Já Habermas³⁶⁴ referenciara que a sociedade civil é composta por associações, organizações e movimentos, relativamente espontâneos, que acabam por captar os problemas sociais na esfera privada, e os transmitem para a esfera política.

A sociedade civil vista num capítulo de espontaneidade e informalidade, na periferia sempre do poder político, é o local onde o cidadão acaba por construir um espaço político, e se interrelaciona informalmente e de modo livre com outros cidadãos.

Esta conceção permite-nos compreender a importância que os interesses difusos passaram a ter nas sociedades contemporâneas. Eles resultam do chamado fenómeno de retratação do Estado de certos domínios, e a afirmação dos interesses da sociedade civil.³⁶⁵

Na sua concretização estão assim interligadas características como a massificação da produção, da informação e do consumo, somando ainda uma verdadeira massificação também dos conflitos. Além disso estamos cada vez mais sob sociedades de risco.

Riscos económicos, sociais, ou mesmo tecnológicos, nas mais variadas áreas, podem acabar por pôr em causa valores fundamentais como a vida e a saúde. Estes mesmos riscos têm ultrapassado o âmbito individual, e são na generalidade casos assumidos pela própria coletividade como uma contrapartida, que é de todo indesejável.

³⁶³ SOUSA, Miguel Teixeira – *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: LEX, 2003. Pp. 37 – 38.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen – *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Trad. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. II. Flávio Beno Siebeneichler. UGF Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. P. 247.

³⁶⁵ SOUSA, Miguel Teixeira – *Idem*. Pp. 39 e ss.

Posto isto, e pensando na sua concretização, seguimos a ideia como Miguel Teixeira de Sousa³⁶⁶ de que é dado como certo que os interesses difusos são insuscetíveis de apropriação por qualquer classe, grupo ou mesmo indivíduo.

Pelo que a sua concretização subjetiva não significa de todo uma atribuição da titularidade a uma classe, grupo, ou mesmo um indivíduo.

Os interesses difusos comportam assim duas dimensões subjetivas: uma individual, e outra supra individual.

Em *lato sensu* estes podem incluir os interesses coletivos, e os interesses individuais homogéneos, se estes interesses coletivos também contiverem uma dimensão individual, e os outros se incluírem uma dimensão supra individual.

Note-se que a ação popular – destinada à defesa dos interesses difusos – pode ser proposta por cidadãos, associações, fundações defensoras daqueles, e autarquias locais.

Dir-se-ia pois que a concretização subjetiva dos interesses difusos não depende destes titulares da legitimidade popular, uma vez que qualquer que seja o cidadão ou a entidade que solicite a sua tutela, eles serão sempre tutelados pela dupla dimensão individual e supra individual.

O que equivale a dizer que a concretização subjetiva dos interesses difusos não pode ser realizada com recurso ao critério formal das entidades legitimadas para a ação popular. O que nos pode aqui interessar sobejamente, como veremos.

Certo é que qualquer titular pode atuar na defesa de um interesse difuso, mas em certos casos essa atuação pode destinar-se apenas à tutela do interesse individual do agente, e noutros casos pode visar, a defesa do próprio interesse difuso, muito mais do que a intenção do agente, e os meios por ele utilizados.

³⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de – Op. Cit. P. 44.

14.1.1. Os interesses difusos em *stricto sensu*

Os interesses difusos referem-se aos chamados bens públicos, isto é bens que só podem ser gozados numa dimensão coletiva.

Exemplos podem ser o gozo da qualidade do ar, da água, ou o interesse de qualquer consumidor na qualidade dos bens ou serviços prestados. São interesses que pertencem a uma pluralidade indiferenciada de sujeitos e que recaem sobre bens indivisíveis.³⁶⁷

Por seu lado os interesses difusos em *stricto sensu* são atribuídos aos direitos individuais, baseando-se tanto no interesse do titular, como no da coletividade. Referem-se por isso a bens que satisfazem as necessidades de um grupo ou de uma classe de uma forma livre de conflito.

Estão assim ligados a bens que todos podem gozar, sem originar qualquer conflito a outro interessado, e nenhum interessado pode tornar exclusivo de si próprio, e também nenhum pode ser excluído de usufruir.

Estamos aqui perante interesses que recaem sobre bens indivisíveis, não podendo nenhum dos titulares se apropriar de uma parcela destes.

14.1.2. Os interesses coletivos

Já no âmbito dos interesses difusos *lato sensu*, há uma distinção entre os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses coletivos.

De entre as várias formulações apresentadas a maioria no sentido de que os interesses coletivos não dependem da natureza do bem que é desejado por

³⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira – Op. Cit. P. 46.

todos, mas da vontade dos seus titulares, ou mais em concreto da atribuição dessa titularidade a um grupo.

A possibilidade da existência de várias entidades coletivas a quem caiba a tutela dos mesmos interesses, é incompatível com a possibilidade de qualquer apropriação desses interesses por aquelas entidades.

No direito português o art. 52º, n.º 3 CRP confere a todos – pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa – o direito de ação popular, mostrando que os titulares desse direito são as pessoas singulares, e que as associações representativas são apenas um meio através do qual esse sujeito pode exercer o direito.

Dir-se-ia então que o interesse coletivo é como que a razão de ser da pessoa coletiva, mas não como uma situação subjetiva exclusiva ou própria desta pessoa.

Surge ainda outro critério de distinção entre os interesses coletivos e os interesses difusos *stricto sensu*. Estes últimos incidem sobre bens públicos, e por isso possuem uma pluralidade de titulares; os primeiros correspondem a interesses difusos que incidem sobre bens privados de uma pluralidade de titulares.

Os interesses coletivos assim não constituem uma realidade diferente da soma de vários interesses individuais, mas antes porque são interesses que podem beneficiar de uma defesa coletiva.

Daqui decorre que os interesses dos consumidores ou dos concorrentes, profissionais de um certo ramo, são interesses difusos *strito sensu*. Mas o conjunto dos interesses individuais de cada um daqueles consumidores ou profissionais sobre bens privados forma um interesse coletivo.³⁶⁸

³⁶⁸ SOUSA, Miguel Teixeira –Op. Cit. Pp. 51-52.

14.1.3. Os interesses individuais homogêneos

Por fim, os interesses individuais homogêneos aparecem na dicotomia entre a dupla dimensão dos interesses difusos: entre uma dimensão individual e uma supra individual.

Deste modo estes interesses são a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses coletivos em cada um dos seus titulares, refletindo como que uma refração destes quanto àqueles.

Eles são homogêneos no seu conteúdo, porque os seus titulares, o são simultaneamente de um mesmo interesse difuso *stricto sensu* e de um interesse coletivo.

Nas suas características realça-se ser um interesse supra individual, que coexiste por isso com um mesmo interesse nos moldes acima frisados do titular.

14.2. A legitimidade nas ações coletivas de proteção de interesses difusos: a ação popular e a ação inibitória

Ao falar-se de legitimidade das partes temos necessariamente de aceder ao conceito decorrente do art. 26º CPC. Segundo este o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar.

Este é portanto um conceito de relação, entre o sujeito e o objeto do ato ilícito. Acaba por se ter de aferir da titularidade dos interesses que estejam em jogo, isto é pelo interesse direto em jogo, e em demandar, exprimido pela vantagem jurídica que resultará para o autor da procedência da ação, pelo interesse em contradizer.

A regra só deixa de se aplicar em casos excepcionais, quando há a atribuição do direito de ação ou do direito de defesa a titulares de um interesse indireto, ou nos casos da chamada tutela de interesses coletivos e difusos, que particularmente aqui nos importa.

Na regra geral, a titularidade do interesse em demandar, e em contradizer apura-se sempre que o pedido afirme ou negue a existência de uma relação jurídica, que a integre.

Fora da regra geral, estão assim as ações onde a tenha de existir a tutela de interesses difusos. Nos termos do art. 26º - A CPC estamos perante a discussão da legitimidade quanto a essas mesmas ações.

Os chamados interesses difusos³⁶⁹ possuem pois uma dimensão individual, e uma supra individual, como já havíamos referido, conseguindo assim a superação da clássica dicotomia entre o interesse individual e o interesse público.

Também disponibilizam uma tutela que não pode ser reconduzida nem à tradicional ação individual, nem às formas conhecidas de ação pública.

Em termos legislativos parece-nos existir lógica - numa referência à defesa dos consumidores - em se considerar que vários preceitos apresentam uma divisão tripartida daqueles, dividindo-os entre interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos³⁷⁰.

Posição tripartida que a própria jurisprudência também justifica³⁷¹. É no entanto mais vulgar a referência apenas a interesses coletivos e difusos. É o que sucede com o preceito constitucional relativo aos direitos das associações de

³⁶⁹ Os interesses difusos ligam-se a algumas características das sociedades ditas modernas. Desde logo pela massificação da produção, da distribuição, da informação e do consumo, o que conduz a uma massificação dos respetivos conflitos. Por outro lado prendem-se com a circunstância de a sociedade moderna ser, cada vez mais, uma sociedade de risco, que põe em perigo alguns valores fundamentais.

³⁷⁰ É o caso do art. 3º, al. f), art. 13º, al.c) e art. 20º da Lei nº 24/96, de 31 de julho.

³⁷¹ Conforme Ac. do STJ de 17.02.98, CJ, STJ, I, pág. 84; e Ac. do STJ de 23.09.97 - BMJ nº 469, pág. 432.

consumidores e das cooperativas de consumo, ou na definição das competências do Ministério Público³⁷².

A distinção entre interesses coletivos e interesses difusos *stricto sensu* não assenta nos respetivos titulares – mas no respetivo objeto.

Ao passo que os interesses difusos *stricto sensu* incidem, como vimos acima, sobre bens indivisíveis e, por isso, não podem ser divididos por cada um dos seus titulares, os interesses coletivos integram uma pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos, sendo, por isso, repartidos por cada um dos respetivos titulares.

Assim, por exemplo, o interesse dos consumidores, é um interesse difuso *stricto sensu*, mas o conjunto dos interesses individuais de cada um dos consumidores sobre direitos privados, por exemplo, um direito a indemnização, forma um interesse coletivo.

Os interesses individuais homogéneos consistem pois na refração dos interesses difusos *stricto sensu*, e dos interesses coletivos, na esfera de cada um dos seus titulares. Podendo ser definidos como os interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de interesse coletivo.

Assim, o interesse na qualidade de vida é um interesse difuso *stricto sensu* – mas o interesse de cada um dos habitantes de uma região nessa qualidade de vida é um interesse individual homogéneo.

Outro exemplo, os lesados pelo consumo de um produto nocivo à saúde são titulares de um interesse coletivo – mas o interesse de cada um dos lesados constitui igualmente um interesse individual homogéneo.

³⁷² Conforme os termos do art. 60º, n.º 3 da CRP, e art. 3º, n.º 1 al. c). Também art. 5º, n.º 1, al. e), e art. 4º, al. a) do Estatuto do Ministério Público.

Deste modo, a tripartição interesse difuso *stricto sensu*/interesse coletivo/interesse individual homogéneo, resolve-se verdadeiramente em dois pares de interesses difusos *lato sensu*: o interesse difuso *stricto sensu* e os respetivos interesses individuais homogéneos; o interesse coletivo e os respetivos interesses individuais homogéneos.

A dupla dimensão dos interesses difusos acaba por se valorar tanto num plano individual, como num plano supra individual.

As relações de consumo podem aqui servir de exemplificação, e continuaremos no estudo das mesmas, por serem o mote do estudo em apreço.

Há realmente um desafio que é colocado quando a característica da massificação da sociedade moderna é a efetividade jurisdicional dos interesses dos consumidores.

Os direitos previstos para os mesmos – desde logo no art. 60º, n.º 1, CRP – pertencem em simultâneo aos próprios considerados individualmente, e a todos os consumidores no seu conjunto.

Há casos em que a relação de consumo origina apenas um litígio entre o consumidor e o fornecedor do bem, em que o lesado pela lei de defesa do consumidor pode instaurar ele próprio a competente ação inibitória, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar a prática.

Podendo ainda exigir a responsabilidade por todos os danos provocados, bem como obter uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais tidos.

Mas existem outras situações em que os direitos afetados não se restringem a um consumidor apenas, mas acabam por interferir com a própria categoria dos consumidores em geral.

Aí já há que assegurar uma efetiva tutela jurisdicional dos interesses relativos ao consumo, em qualquer destes planos.

Sendo indiscutível que a ação popular pode ser aplicada às relações de consumo, na proteção e defesa dos interesses difusos dos consumidores, ela não é o único meio de tutela jurisdicional dos interesses difusos ligados a esta matéria.

Surge assim a ação inibitória a que temos vindo a aludir. A mesma já surgia no regime das cláusulas contratuais gerais³⁷³, aparecendo depois diretamente na lei de defesa do consumidor, e agora no regime de proibição de práticas comerciais desleais.

Tem sem dúvida de existir uma harmonização entre as ações populares e as ações inibitórias, ainda mais quando a forma que segue cada um dos processos é diferente tendencialmente, pois as ações inibitórias seguem a forma sumária (art. 11º, n.º 1, LDC, enquanto as ações populares estão sujeitas à especialidade).

Decorre daqui que a legitimidade processual, nos termos do art. 13º, LDC poderia ser entendida como a distinção. Repare-se que pela LDC a legitimidade é dada aos consumidores, e às associações de consumidores, no âmbito da ação inibitória.

Mas essa legitimidade, que em sede de ação popular acaba por ser atribuída ao consumidor e às associações de consumidores para a propositura da ação inibitória, coincide totalmente com a que é reconhecida na lei da ação popular. Pelo que quando a ação inibitória seja proposta por um consumidor, ou por uma associação deve ser considerada uma ação popular.

Aplicando aqui o mesmo raciocínio ao regime das práticas comerciais desleais, podemos adiantar que na prática quando a ação inibitória for destinada a prevenir, corrigir, ou fazer cessar uma destas, e for proposta por qualquer parte com interesse legítimo, como os consumidores, ou mesmo os concorrentes – tal como

³⁷³ No art. 25º da LCCG.

decorre do art. 16º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março – estamos necessariamente perante uma ação popular.

Parece-nos que diferente será a aplicação, quando esteja em causa um autor da ação inibitória, que não seja qualificado como popular.

A LDC determina a possibilidade do Ministério Público, e o Instituto do Consumidor, (agora reconhecido como Direção Geral do Consumidor - DGC), poderem propor uma ação inibitória, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, conforme art. 13º, al. c), e art. 21º, n.º 1, al. c) LDC.

O regime de proibição permite a qualquer pessoa que tenha interesse legítimo opor-se às práticas comerciais realizadas, nos termos decorrentes da LDC, através de uma ação inibitória.

Pode assim defender-se que, o Ministério Público e a DGC, indiretamente estão aqui a ser incluídos como partes legitimadas para atuar.

No entanto, a sua legitimidade não é popular, pelo que não há quanto a elas qualquer incompatibilidade de regime (ação popular vs. ação inibitória). Eles detêm o poder para opor-se numa ação inibitória nos termos da LDC, mas esta nunca será considerada uma ação popular.

Assim, na compatibilização destes dois regimes, e seguindo o critério das entidades às quais é concedida legitimidade para instaurar a ação popular, temos que esta será assim considerada sempre que seja instaurada por um consumidor, ou associação de consumidores, que de acordo com a lei³⁷⁴ cumpram os requisitos, e tenham essa legitimidade.

Em relação à proposição de uma ação inibitória, podem ocorrer existirem ações inibitórias individuais – aquelas que são propostas pelo consumidor diretamente

³⁷⁴ Conforme art. 13º, al. b), LDC; e art. 2º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 – Lei da ação popular.

lesado; também ações inibitórias populares – que pode ser instaurada por qualquer consumidor, ou por associações de consumidores³⁷⁵; e ações inibitórias públicas – as que possam ser intentadas pelo Ministério Público e pela DGC.³⁷⁶

Resulta assim que a tutela jurisdicional, em relação à defesa dos interesses difusos relativos ao consumo, pode ser obtida consoante as entidades tenham uma legitimidade processual, através de ação popular, ou de uma ação inibitória pública.

Outra indicação ressalta desta ponderação - e parece-nos ser importante por afetar o estudo em causa – é que uma vez que as ações inibitórias propostas por consumidores e por associações de consumidores devem ser qualificadas como ações populares, são-lhe aplicáveis as especificidades daquelas.

Uma nota crítica ainda pode ser já preconizada, neste quadro de manutenção dos dois tipos de ações coletivas, na defesa de interesses difusos. A lei de defesa do consumidor acabou por vir em 1996 confirmar o direito das associações de consumidores à ação popular, na sequência da regulação da mesma em 1995³⁷⁷.

Acabou-se por instituir aparentemente dois tipos de ações coletivas, para as quais se atribuiu legitimidade aos consumidores, às associações de consumidores, e indiretamente às cooperativas de consumo, ainda que estes não sejam diretamente lesados.

³⁷⁵ FREITAS, Lebre – Os meios processuais à disposição dos pleiteantes em sede de condições gerais dos contratos. *Revista Portuguesa Direito Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa Direito Consumo. N.º 2, Abril 1995. Este autor refere sumariamente no artigo em apreço que as associações acabam por fazer valer uma legitimidade que lhes é originária e específica, quando propõem uma ação inibitória. Essa legitimidade é independente da radicação de um direito material que podem não ter, ou do interesse material, ainda que dependente de um interesse principal alheio. Defende pois que tem assim de se refutar a tese de que tenha de existir coincidência ou representação, ou mesmo de substituição destas face aos consumidores, o que tem sido arreigado na doutrina mais clássica para fazer valer esta mesma legitimidade. Esta posição de todo coincide com a nossa.

³⁷⁶ SOUSA, Miguel Teixeira – Op. Cit., Pp. 144 – 147.

³⁷⁷ LIZ, Jorge Pegado - L'Action populaire au Portugal. *Revue Européenne de Droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de droit de la consommation de l'université catholique de Louvain, 1998. N.º 3. Pp. 211-219.

O art. 10º da LDC regula assim com carácter de generalidade uma ação dita “inibitória”, mas que verdadeiramente nada acrescenta do ponto de vista processual ao quadro já existente.

A LDC acabou por não inovar nesta consideração, uma vez que o âmbito de aplicação que traduz, já estava perfeitamente coberto pela lei que regula as ações populares.

Nem mesmo ao reconhecer o direito às associações de consumidores, nos termos da Lei n.º 83/95, nos parece que tenha adiantado muito, pois a génese já era essa.

Muito pelo contrário, e ao colocar na al. c) do art. 13º da LDC que o Ministério Público e o então Instituto do Consumidor tinham legitimidade para intentar as ações, quando estivessem em causa interesses individuais homogéneos, coletivos e difusos, o legislador acaba por consagrar uma diferenciação de regime processual.

Dando a entender que apenas aquelas duas entidades tinham legitimidade para representar em juízo os interesses coletivos ou individuais homogéneos, afastando aparentemente as associações de consumidores, numa procura de restringir a interpretação quanto à aplicação da lei da ação popular, Lei n.º 83/95 apenas à proteção de interesses difusos.

Ainda assim defendemos que o próprio regime desta última lei não é de fácil interpretação e integração. Desde logo porque a própria lei se eximiu de organizar um processo próprio para este tipo de ação, limitando-se a abordar exceções aos regimes gerais do CPC, sem criar uma forma processual mais adequada e expedita para o tipo de direitos e interesses que pretende tutelar.³⁷⁸

³⁷⁸ CARDOSO, Elionora – *Lei de defesa do consumidor comentada e anotada*. Coimbra Editora: Coimbra, 2012. Pp. 115; 143, 144.

14.3. As ações inibitórias no âmbito da proteção dos consumidores

No âmbito do direito de defesa dos consumidores, como acima frisámos, este direito passou a existir diretamente com a sua inclusão no art. 10º da LDC, em 1996.

Importa recordar que o direito português regula dois tipos de ações coletivas: a ação inibitória – aqui em causa, e prevista diretamente no domínio das cláusulas contratuais gerais, e depois na lei de defesa do consumidor, já referenciada; do outro lado está a ação popular, caracterizada no CPC.

Perante uma ação que tutele interesses difusos, existem matérias com uma especial legitimidade prevista. São elas as que aludam a situações de defesa da saúde pública, ambiente, qualidade de vida, património cultural e do domínio público, bem como – no que nos toca com maior interesse – que atendam à proteção do consumo de bens e serviços.

Em 1995 com a alteração do CPC, e na sua inclusão do art. 26º-A, deu-se legitimidade para que qualquer cidadão no uso do gozo dos seus direitos civis e políticos, e as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, somando as autarquias locais e o Ministério Público, poderem intervir através destas ações.

Depreende-se daqui a necessidade do legislador de instituir a ação popular, como um instrumento de defesa de direitos coletivos.

Indiretamente no art. 52º, n.º 3 CRP, houve desde logo a precisão de conferir o direito de ação popular a todos, (pessoalmente ou através da associação de defesa dos interesses em causa), para a efetiva prevenção, cessação e reparação de violações de interesses coletivos e difusos.

Quando a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, veio regular o regime da ação popular, concedeu legitimidade também às fundações defensoras de interesses coletivos e difusos para atuarem.

O CPC vem acolher genericamente as orientações provenientes desta lei, reconhecendo ainda a legitimidade às autarquias locais e ao Ministério Público.

A particularidade é que, a ação inibitória pode definir-se de acordo com o critério dos interesses protegidos, sendo uma ação coletiva em que é concedido a um grupo um direito de ação próprio.

Importará perceber, quanto ao regime das práticas comerciais desleais, pelo art. 16º do diploma em estudo, quem tem legitimidade para essa atuação.

No entanto a ação inibitória não deixa de ser, de acordo com o fim, uma ação declarativa de condenação – presumindo-se a violação de um direito – em prestação de facto negativo, ou positivo³⁷⁹, quanto a práticas lesivas dos interesses dos consumidores.

Mais recentemente, a Lei n.º 25/2004, de 8 de julho, veio transpor a Diretiva n.º 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.

O intento desta demonstração passa pela confirmação de que o legislador, mesmo na Europa tem procurado a menção de que seria necessário definir o âmbito do direito de ação inibitória previsto no art. 10º, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

Considera-se que o conceito de prática lesiva, ali mencionado, e colocado de forma controversa, inclui qualquer prática contrária aos direitos dos consumidores.

³⁷⁹ Ponderando uma abstenção ou uma correção / cessação de um facto realizado.

Aqui estão, designadamente, as que contrariem as legislações dos Estados membros que transpõem as diretivas comunitárias, em especial as que eram constantes do anexo à Lei n.º 25/2004, de 8 de julho.

Prevenir, continua ainda hoje a ser aqui a palavra-chave, mesmo que na prática isso acabe por não ser totalmente admissível. Procura-se atuar com antecipação, agindo contra o intuito danoso ou prejudicial.

Mas, esta consagração de uma tutela cautelar, não se pode de todo confundir com requisitos de providências cautelares que possam ser tomadas, mesmo que não especificadas.

Note-se pois que, a tutela dos interesses difusos, pode realizar uma finalidade inibitória, ou uma finalidade reparatória. A ação inibitória disponibiliza assim uma proteção específica, dado que assegura não o sucedâneo do interesse - ou do direito violado – mas o gozo do próprio direito ou interesse protegido.

Esta como meio de tutela dos interesses difusos pode ter uma finalidade preventiva ou repressiva: na ação preventiva visa-se prevenir a violação de um interesse difuso e o seu objeto é a abstenção dessa violação; na ação repressiva, embora se pretenda também obter a omissão de uma conduta, essa violação já é efetiva.

Passa assim pela «imposição de uma obrigação de comportamento que o sujeito passivo da ação deverá, de futuro atender»³⁸⁰, enquanto por exemplo, e em comparação, numa sentença de simples de apreciação negativa há uma simples afirmação da liberdade da esfera jurídica do autor perante os limites ou prejuízos que derivam do comportamento alheio.

Aqui passa a existir uma fixação de obrigações jurídicas a cabo do réu.

³⁸⁰ RAPISARSADA, Cristina - *Profili della tutela civile inibitoria*. Milão: Wolters Kluwer Cedam, 1987. P. 120. Isso vale também na contraposição com a ação de simples apreciação positiva, em que o autor obtém uma certeza quanto a titularidade de uma vantagem jurídica mas não uma obrigação para o réu cessar com a atuação que levou a necessidade de emanação da apreciação.

Em suma a ação inibitória é uma ação de relevância *ex ante*, ou preventiva de uma ingerência ilícita³⁸¹. Lida com o perigo de ingerência, enquanto perigo de ilicitude, ao contrário do que acontece por exemplo com providências cautelares que podia ser confundidas.

A providência cautelar lida com o perigo de ingerência, desde que seja um perigo de dano. No mérito da ação inibitória, deve partir-se dos factos passados para se produzir um juízo de prognose de ilicitude, o que equivale a dizer, com um juízo de verosimilhança da ocorrência futura de um facto ilícito.

Deste modo se compreende que no âmbito do direito do consumo se considere a sua aplicação, uma vez que irá assim aplicar-se de modo a obrigar o destinatário a pôr fim à ilicitude que esteja a cometer.

Constata-se que a ação inibitória acaba por possibilitar uma tutela específica³⁸², uma vez que se destina a assegurar não um bem sucedâneo, para um direito ou interesse violado, mas sim o gozo do próprio direito ou interesse que esteja aqui a ser protegido.³⁸³

As ações inibitórias visam também impor a omissão de um comportamento ao demandado. O pedido ocorre com base num fundamento legal ou negocial, e é justificado muitas vezes pela necessidade de fazer cessar a violação em causa, ou prevenir uma violação potencial de um direito ou interesse.

³⁸¹ Em termos próximos, RAPISARSADA, Cristina - *Profili della tutela civile inibitoria*. Milão: Wolters Kluwer Cedam, 1987. Pp. 121 ss. Diversamente, HELLWIG, Konrad - *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Bd. 1. Leipzig, 1903. (reimp. Aalen, Scientia, 1980). Trad. inglês Nabu Press: Londres, 2010. Coleção Contemporary Issues In The Middle East. P. 220. Opõe a prestação positiva das primeiras e a prestação negativa das segundas. Nada impede que se requeira a condenação em eliminação dos efeitos de um ilícito passado cumulado com o pedido de abstenção, mas será, porventura, uma acumulação aparente já que a condenação do réu em restituir uma coisa esbulhada, por exemplo, repõe o estado inicial e obstaculiza a continuação da ilicitude.

³⁸² SOUSA, Miguel Teixeira – Op. Cit. P. 150.

³⁸³ Reforça-se, seguindo o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa, que a ação inibitória pode ter duas finalidades: a repressiva que visa fazer cessar a violação de um interesse difuso, e procura que exista uma abstenção da continuação dessa mesma violação; por outro lado, existe a que tem uma finalidade preventiva, em que se procura prevenir a violação de um interesse difuso, e portanto uma abstenção dessa violação.

Tem-se no entanto que realçar que na área dos interesses difusos, muito dificilmente se concebe que o direito à omissão de qualquer conduta que os esteja a desrespeitar, só se constitua com o perigo ou ameaça da sua violação.

O perigo ou ameaça, muito pelo contrário é antes um factor para aferir o interesse processual das partes na ação inibitória, justificando o recurso à via judicial.

Respeitar os interesses difusos é muito mais do que não os violar, importa a sua afirmação, e a sua valorização. Além disso a mera redução dos interesses difusos a uma imposição de deveres seria deveras redutor, e estaria a amputá-los verdadeiramente de algumas das suas funções essenciais.

Uma palavra ainda para o facto de na decorrência de uma ação inibitória poder ser exigido o pagamento de uma indemnização, como forma de punir o prevaricador e impedir que alguém tire vantagens da situação.

Já no decorrer da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, pelo n.º 2 do art. 10º, ficou estabelecida a possibilidade da ação inibitória ser acompanhada de uma sanção pecuniária compulsória³⁸⁴, sem prejuízo do recurso a ser também paga uma indemnização, quando a esta haja lugar.

Numa previsão de punir o infrator, a sanção pecuniária compulsória a acompanhar a sentença, acaba por ser uma forma de tentar de todo afastar os prevaricadores quer do cometimento de nova situação, quer mais concretamente de os punir sempre que não cumprirem com as indicações a cumprir, ou por cada uma das infrações cometidas.

³⁸⁴ Esta decorre como previsto pelo art. 829º - A do Código Civil.

14.4. O interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais

Na discussão de saber a quem cabe este interesse legítimo, precisamos de atender desde logo à gênese de todo este regime das ações inibitórias, como até agora temos vindo a frisar.

O art. 16º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março, abre a possibilidade de oposição a estas práticas através do mecanismo da ação inibitória, a todos que tenham um interesse legítimo em tal.

Refere-se “qualquer pessoa”, incluindo os concorrentes, num mote de ideia que leva a inserir aqui muito mais do que a mera defesa dos consumidores, nas relações feridas com esta invalidade.

Com referência direta à lei de defesa do consumidor, este artigo prevê a hipótese de através deste recurso se prevenir, corrigir ou fazer cessar o recurso a estas práticas proibidas.

Mas a equação da inclusão de “qualquer pessoa” pode na mesma colocar-se. Considera o legislador que as associações de consumidores podem aqui propor um processo deste género, em prol e defesa de um interesse coletivo? Qual a aplicação prática desta abrangência?

As respostas a estas questões surgem na apreciação do regime, versus a intenção legislativa em apreço.

A ação popular pode ser proposta por todos os cidadãos, nos termos do art. 52, n.º 3 CRP. No entanto a exigência do interesse em demandar impõe que a legitimidade popular, não seja rigorosamente entregue a todos, mas apenas aos titulares do interesse difuso ofendido.

Não é qualquer defensor dos interesses difusos que possui a legitimidade, mas sim aquele que demonstra uma relação pessoal ou estatutária com o interesse difuso.

A exigência assim considerada traduz-se numa limitação subjetiva da legitimidade popular para a proteção destes interesses difusos. A garantia de um autor popular ao defender o interesse difuso, é estar também a proteger um interesse próprio, na certeza de que se esforçará por representar os demais titulares desse interesse supra individual.

Por isso se reforça a indicação que esse interesse não pode pertencer a qualquer um, mas apenas àquele que, precisamente por ser o titular de um interesse difuso, acaba por ter interesse em defendê-lo em tribunal.

No caso da ação inibitória prevista no art. 16º do Decreto-Lei n.º 57/2008, temos a indicação direta de que, qualquer pessoa pode opor-se a práticas comerciais desleais.

Mas o legislador faz aqui uma referência especial em relação à legitimidade esperada, reforçando que mesmo os concorrentes que tenham interesse legítimo também se podem opor às referidas práticas.

A questão da legitimidade coloca-se não só quanto às pessoas singulares, mas em relação às ações populares, também quanto a pessoas coletivas.

Existindo aqui um interesse tutelado, mesmo que não exista uma menção direta de defesa dos interesses violados nos estatutos das associações ou fundações, estas não devem dispensar a possibilidade de demandar, em prol da defesa destes mesmos interesses.

Recorde-se que a ação popular não se coloca apenas para proteger os interesses dos associados ou membros da coletividade, mas o próprio interesse difuso.

Quanto à ação inibitória estamos perante a mesma discussão, se as associações de consumidores poderão ou não intervir, na legitimidade e defesa de proteger os

interesses dos consumidores quanto a interesses difusos, ainda que em *strito sensu*.

Deve considerar-se uma abertura deste procedimento não só às pessoas singulares (consumidores ou outras que tenham um interesse legítimo a proteger), mas ainda às associações e fundações que têm no seu fundamento a defesa dos consumidores, e dos seus interesses difusos.

É todavia essencial que a pessoa coletiva demandante venha a prosseguir finalidades estatutárias, que sejam compatíveis com a defesa do interesse difuso, sendo o critério estatutário que ainda assim permite aferir do interesse efetivo em demandar.

O seu interesse na demanda numa ação popular dependerá assim de estarem a ser lesados, ou em risco de tal, interesses que estejam previstos no seu objeto.

Podemos pois aferir que a legitimidade popular dos entes coletivos, determina-se em função dos seus fins estatutários, sendo que acaba por não respeitar nem à proteção dos interesses do ente coletivo, nem à defesa dos interesses dos seus associados, mas tem tão só um carácter representativo dos titulares do interesse difuso, não sendo exclusivo de uma só associação.

Deste modo podemos considerar que em caso de dano quanto à utilização de práticas comerciais desleais, ou na sua prevenção ou cessação, o legislador acaba por atribuir a entes coletivos também a legitimidade de intervenção, desde que estes tenham estatutariamente plasmado o interesse na demanda e defesa do interesse difuso subjacente aos lesados com estas práticas.

Mas a discussão sobre se todo o regime de proibição aqui em estudo se aplicaria diretamente e unicamente a relações de consumo, ou na proteção dos consumidores, também pode voltar aqui a ser discutido.

Já tínhamos frisado que quer a Diretiva 2005/29/CE, quer o Decreto-Lei n.º 57/2008, na nossa opinião, não podem ter apenas uma aplicação unificada, trazendo para o ordenamento jurídico europeu e nacional, uma série de regras e de menções, que mesmo que se dirijam a consumidores, têm também de ter em conta os interesses dos concorrentes.

Reportamo-nos não só a interesses diretos que estes têm na relação comercial, como agentes, mas infalivelmente, na atenção que os concorrentes prestam ao mercado onde se inserem, e às necessidades do mesmo.

Nada obsta agora que os próprios concorrentes entre si, e atentos ao que é realizado, e às práticas que são levadas a cabo, possam opor-se à realização de práticas desleais ao nível do comércio.

A tutela do seu interesse concorrencial, não deixou de ser salvaguardada pelo legislador, ao mencioná-los claramente no art. 16º, que temos vindo a referir.

O interesse legítimo que detém, toca sem dúvida à respetiva transparência e clareza de todo o mercado, o que foi desde sempre sublinhado pela União Europeia, como sendo o objetivo primordial deste regime.

E colmatando esse fim, a possibilidade de serem partes legítimas, para inibirem o resultado penoso que pode advir da prática por um concorrente, permite antever uma decisão do legislador, em que não só estão em causa os interesses dos consumidores, mas uma proteção mais abrangente.

Assim a possibilidade de procurar prevenir, corrigir ou fazer cessar estas práticas – como decorre diretamente da lei – cabe a todos aqueles que têm um interesse difuso a proteger, interesse este que tem de ser protegido, muito acima da ideia de uma mera relação de consumo.

Por isso louvamos a opção do legislador de inserir aqui determinadamente os concorrentes, frisando o seu papel, como alguém que tenha um legítimo interesse

em que no mercado, este tipo de ações não sejam cometidas. Para desde logo poder fazer a diferença e apregoar que seja essa diferença.

A preocupação de que o ordenamento seja expurgado dessas atuações danosas leva a que se reconheça que, não são apenas os consumidores visados os prejudicados com tal.

Importa compreender que uma atuação que estivesse proibida pode levar a que no mercado os consumidores excluam a possibilidade de contratar com outras empresas do mesmo género, por considerarem que podem ser alvo do mesmo tipo de prática. E instalar-se assim uma desconfiança em determinado setor económico.

Atendendo a que os concorrentes são também penalizados com estas ações, tomando conhecimento de uma determinada prática desleal, podem desde ser logo ser estes a avançar contra a sua propagação, ou mesmo prevenindo a sua realização, em prol de um bom nome, e de um bom entendimento da atuação no mercado.

§ 0 CAPITULO FINAL

Apreciação geral e conclusões

1.

O presente estudo procurou determinar, no âmbito da defesa generalista dos consumidores, qual a aplicação da proibição das práticas comerciais desleais. O objetivo consistiu em destrinçar desde logo, do ponto de vista da defesa legal dos seus direitos, se estes se podem reduzir ou não à proteção dos interesses económicos.

Conclui-se que a aplicação de uma proibição quanto a determinadas práticas vai muito além de uma proteção económica, não se bastando também no mero direito à informação. Logo, o regime jurídico de exceção aqui presente levou-nos a concluir pela existência de um sistema que abrangia muito mais do que as meras relações de consumo.

2.

Visa-se, com a mencionada proibição, a proteção e a defesa de um mercado mais transparente e claro, pois ao criar um regime excecional, este tem de atender a todas as partes com interesse legítimo. De resto, tal resulta diretamente dos objetivos preconizados com a publicação da Diretiva 2005/29/CE, de 26 de março.

O estudo desta Diretiva remeteu-nos para vários conceitos atinentes ao regime nela contido, tendo sido uma das primeiras preocupações do legislador comunitário criar mecanismos de proteção uniformes, ao preconizar a harmonização máxima, como lema para a aplicação do presente regime de proibição das práticas comerciais desleais.

Assim, procurando atender aos inúmeros conflitos em relação à deslealdade de práticas comerciais nas relações de consumo, defendeu-se a criação de um regime que viesse preconizar a proibição de tal. Não poderia tardar a decisão de criar um instrumento Europeu que impulsionasse um mercado mais livre e transparente entre as partes, em especial nas vendas que ocorrem cada vez mais fora dos parâmetros tradicionais do mercado.

3.

Não se procurou a criação de um princípio de direito económico que pudesse ser o pilar de todo o sistema, já a base da lealdade das práticas comerciais ultrapassa em muito a indicação de um único princípio.

O funcionamento dos mercados foi sem dúvida o pano de fundo para a proteção dos consumidores, mas não foi a única escolhida na nossa investigação.

Produto dessa escolha foi também o termos aflorado a deslealdade das práticas na ótica dos vários agentes económicos envolvidos.

Concluindo que os mesmos, indiretamente, são aqui visados com este regime, e que sob os mesmos recaem também direitos e possibilidades de reação em relação aos seus concorrentes.

4.

A nossa resposta à questão se seria admissível que a U.E. ingerisse na organização e delimitação das várias práticas comerciais existentes passou por perceber a forma de organização do direito económico europeu, recuando aos primórdios da defesa do consumidor. Conclui-se que inicialmente a defesa do consumidor deriva de uma preocupação do legislador, quanto a uma parte considerada economicamente mais

vulnerável, uniforme em todos os Estados-membros da U.E., ainda que com diferentes repercussões em cada um.

Considerando que as realidades culturais, sociais e económicas são por si só divergentes nos 27 Estados, conclui-se ainda assim existirem vários benefícios jurídico-económicos na regulamentação europeia das práticas comerciais desleais, em prol dos interesses dos consumidores - apesar de não poder dizer-se ser possível atender a todas as questões que variadamente surgem em cada país, impunha-se alguma generalização neste tratamento jurídico.

5.

Para a padronização de um regime seria necessário que se estivesse a partir de premissas iguais, e de formas de resolução idênticas nos vários ordenamentos, mas isso não ocorre entre os 27 Estados-membros. De todo o modo, concluímos que existem vários benefícios jurídico-económicos na regulamentação desta proibição de práticas comerciais desleais, nomeadamente no que se reporta à proteção dos consumidores face aos agentes económicos europeus. Também existe um benefício económico na prevenção de conflitos, ao pretender o legislador evitar que propostas de todo prejudiciais às relações de consumo possam sequer ser efetivamente realizadas.

6.

Na análise histórica do tratamento que foi dado às práticas comerciais, em termos internos, verificámos que no âmbito da defesa específica do consumidor, ainda nada existe de tão concreto. No ordenamento jurídico português a figura do consumidor não é uma figura cuja noção seja pacífica, e considerámos que a raiz da etimologia em causa poderia ser mais ousada, frisando logo aqui uma diferença entre o que é preconizado noutros Estados-membros.

Tornando-se o direito do consumidor um direito mais autónomo, uma das suas características passa por ser um direito que está atento particularmente às relações de consumo, mas que tem de ser muito mais abrangente. Importa que, neste sentido, o legislador tenha em atenção não só as necessidades dos consumidores, mas que procure alargar o leque de situações passíveis de configurar uma relação de consumo, com vista a uma maior e melhor proteção de todas as partes envolvidas.

Será o caso de se dever passar a considerar como “consumidor” também a parte que, sendo pessoa coletiva, em determinada relação atue na aquisição de bens ou serviços, fora do seu âmbito profissional.

A formulação da existência de um “consumidor médio” em termos europeus - que é subjacente à Diretiva 2005/29/CE - acaba por criar um padrão tendente a dirimir os conflitos existentes neste campo.

7.

Outra diferença que em termos europeus pode ser avaliada no estudo destas matérias, e a que aludimos, passa pela emanação de todos os princípios gerais de defesa dos consumidores.

Aqui, tendo por referência a carta europeia de defesa dos consumidores e a lei portuguesa de defesa do consumidor, surgem mais uma vez formulações diferentes de aplicação dos direitos dos consumidores em cada Estado-membro: alguns seguem leis isoladas, outros aludem a esta defesa em códigos específicos de defesa do consumidor.

Em Portugal, mantendo-se o interesse no tratamento específico das matérias alusivas aos consumidores, verificamos que as mesmas são versadas em legislação avulsa.

8.

Pela transposição da Diretiva 2005/29/CE conclui-se ainda o regime jurídico das práticas comerciais delimita o campo de atuação dos agentes económicos.

Ultrapassando as vendas fora dos estabelecimentos comerciais, não se vislumbrou nenhum conflito legislativo na manutenção dos dois regimes em vigor, dado que cada um dos diplomas (Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que transpõe a Diretiva 2005/29/CE, e o Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de maio) tem um objetivo de atuação distinto.

9.

A delimitação das práticas comerciais desleais recorreu a uma harmonização máxima do regime, através de uma cláusula geral na Diretiva.

Este sistema, defendido e preconizado a nível europeu, pretendeu assim conclui-se criar uma maior harmonia na aplicação do regime nos Estados-membros.

Os conceitos sobre os quais a Diretiva assentou o regime de proibição da deslealdade das práticas comerciais levam a que se conclua por uma ideia de aplicação uniforme da mesma. Este recurso quis assim evitar transposições diferentes, exigindo que cada Estado adotasse as medidas preconizadas, sem as poder alterar.

10.

A preconização de uma solução legal, que permita fazer jus a todos os conflitos que legislativamente se manifestam no tratamento do comportamento económico do consumidor, conclui-se ser um objetivo primordial da U.E., quando se está perante a área da defesa dos consumidores, e dos concorrentes entre si, através deste regime.

11.

A decisão de recorrer a conceitos enunciadores de todo o regime, permite distinguir e delimitar as práticas que podem ser tidas em conta para aquele instrumento legislativo.

Destacando-se a relevância que foi dada ao conceito de comportamento económico dos consumidores, e à diligência profissional dos agentes.

Em torno destes dois conceitos se irão apurar as práticas comerciais que podem ser consideradas desleais, e em especial as práticas enganosas e as agressivas. Há que atender a uma nomenclatura generalista para a determinação da deslealdade: o desvirtuar do comportamento económico do consumidor, quando este é levado a alterar a sua decisão, a sua forma de comportar.

Concluimos ser este um dos pontos principais a ter em conta.

12.

Na especialidade dos casos de deslealdade configuram-se as situações em que ocorrem práticas que ponham em causa os consumidores particularmente vulneráveis. Ou seja, que se dirigem a todos aqueles que, por várias situações, são incapazes de aferir da deslealdade da prática.

E aqui particularmente atenta a lei em duas noções concretas: as ações ou omissões enganosas, e as práticas comerciais agressivas. O legislador elenca desta feita uma série de práticas que podem ser desta forma catalogadas, ainda que não possam prever-se todas as situações em que este tipo de práticas pode ocorrer.

Estando em qualquer dos casos perante consumidores considerados vulneráveis de forma particular, urgia um cuidado no tratamento e delimitação da sua consideração.

Concluimos que da forma como estes consumidores foram enunciados na Diretiva, o legislador veio a protegê-los, mesmo sem recurso a uma defesa de forma particular, mas ponderando a aplicação ao grupo médio de consumidores particularmente vulneráveis.

A dita indicação “média” tornou-se um ponto essencial de determinação, para o apuramento da deslealdade, como meio para a aferir. Sendo necessário criar um ponto de partida de análise, esta decisão do legislador permite na realização da justiça ter-se um ponto de evidência, que permita a real aferição.

13.

A harmonização destas matérias revela-se assim ser compatível com o raciocínio lógico de se criar uma solução que permita a verdadeira aproximação dos Estados-membros. A solução de defesa da existência de um modelo de consumidor médio, ou de um grupo médio, era necessária para manter a possibilidade de aplicação prática do regime.

Sublinhamos a presente conclusão, ao considerar não só a enunciação aos “consumidores médios”, como ainda partindo do pressuposto de realização de elementos legais que passam a ser tidos como desleais nas várias práticas. A Diretiva

refere-se em relação às omissões enganosas, por exemplo à falta de menções essenciais no contrato, que serão suficientes para a consideração desleal de uma prática.

E partir da elaboração de uma listagem de práticas que podem ser consideradas desleais, concluímos que não pode ser entendido de forma taxativa, pois muitas outras situações podem ocorrer que não as previstas.

14.

Na comparação das soluções já existentes no nosso ordenamento, em contraposição à transposição que foi efetuada, procurámos também estudar alguns princípios gerais de direito civil.

Ao questionar se tal proibição não poderia vir a traduzir numa limitação de direitos já previstos no nosso ordenamento, concluímos que não existe qualquer limitação com a emanção de um regime proibitivo de práticas desleais.

Não pode ser considerado que a proteção atinente a este regime seja de todo excessiva para os agentes económicos, porque os mesmos são sempre tidos em conta nos vários focos resultantes da lei, inclusive aquando da realização do regime sancionatório da disciplina.

Também os interesses de todas as partes legítimas que atuam nestas relações não foram esquecidos pelo legislador, mantendo-se a autonomia privada das partes.

15.

Concluimos neste ponto que as normas imperativas, ou consideradas como tal, limitam a faculdade de contratar, para proteção de todas as partes que estão envolvidas, neste regime legal de proibição das práticas comerciais desleais. As normas decorrentes da lei de defesa do consumidor servem para justificar a imperatividade do regime, ao fixar que a delimitação dos interesses económicos, em relação a práticas comerciais, tem de ser mantida, impedindo-se que voluntariamente os consumidores afastem esta proibição.

16.

Outro aspeto tido em conta neste estudo foi o atinente à concorrência em Portugal, e quanto a este tornou-se imperativa a distinção entre o regime jurídico das práticas comerciais desleais, e o instituto da concorrência desleal.

A concorrência no nosso ordenamento jurídico sofreu recentes alterações, as quais visaram tornar o seu regime de aplicação mais eficaz e célere, distanciando-se do regime das práticas comerciais desleais.

O instituto da concorrência desleal, decorrente do disposto no Código da Propriedade Industrial, visa a criação de instrumentos de defesa das partes envolvidas, distintos das práticas comerciais desleais. Dirige-se este conceito à proteção de profissionais, e não diretamente à defesa dos consumidores.

17.

Conclui-se que a proibição das práticas comerciais desleais, está intimamente ligada com atividade concorrencial em termos profissionais, e mesmo tratando-se de uma

matéria diversa, não pode deixar de ter uma ligação na sua aplicação e na proteção dos concorrentes do regime envolvido.

A legitimidade para atuar inibitoriamente coloca-se pelo legislador como mais uma prova de que a transparência e clareza do mercado, depende também da ligação que os agentes económicos tiverem com o mesmo regime, em defesa de todos os envolvidos.

18.

Ainda no estudo da Diretiva 2005/29/CE, e da sua transposição para o nosso ordenamento jurídico, coube estudar-se o regime de imposto, pretendendo o legislador europeu dar uma maior amplitude a cada Estado no seu poder decisório.

Não foi assim criado um único mecanismo, que uniformemente resolva a fiscalização e sanção do regime de proibição das práticas comerciais desleais. O âmbito do apuramento e controlo da realização destas práticas que estão proibidas remete-nos de novo ao mote que esteve subjacente a todo o trabalho investigativo: a adequada circulação dos bens e serviços entre os vários Estados-membros.

Os constrangimentos do mercado para a introdução das várias empresas, nomeadamente atendendo às diferenças legislativas dos vários ordenamentos, tinham de ser colmatados, e restringidos ao mínimo possível, inclusive pelas formas de fiscalização.

Existiam vários obstáculos, como pudemos referenciar, que economicamente impediam que os cidadãos nos vários Estados-membros realizassem negócios devidamente esclarecidos e cientes de todos os direitos que enquanto consumidores detinham. Também os agentes económicos se queixavam da incerteza dos termos de contratação a que tinham de atender em cada Estado-membro, levando tal ao descrédito perante o

público consumidor. O método escolhido para a aplicação prática do regime fiscalizador e sancionatório foi o melhor, do ponto de vista do todo europeu.

19.

A Diretiva revolucionou toda a forma de tratar as práticas comerciais desleais, já que até então nada existia contendo uma proibição tão completa. Dando-se liberdade para que cada um dos Estados-membros criasse o seu regime sancionatório, a decisão do legislador comunitário apenas trouxe a lume a enunciação de pontos mais relevantes, sobre os quais se deixava antever a obrigação dos Estados cumprirem essas exigências.

Demonstrou-se pois a necessidade de serem salvaguardados determinados elementos, desde logo a obrigação de nomeação da(s) autoridade(s) administrativa(s) que devem tratar da fiscalização nesta matéria.

Conclui-se que houve uma preocupação do legislador de que os vários Estados tivessem soluções extrajudiciais, e judiciais, semelhantes, ainda que os ordenamentos sejam por si só tão diferentes.

Foram criados pontos comuns a todos os sistemas de fiscalização, destacando-se a necessidade de tomar medidas para que algumas práticas proibidas possam mesmo ser impedidas de ocorrer, dando-se especial atenção às situações de intenção de realização de uma determinada prática desleal.

20.

Uma nota ainda quanto ao regime sancionatório escolhido, permitindo-nos concluir que se impuseram, para além de medidas cautelares de proteção, a aplicação de

contraordenações, e de sanções acessórias, mediante a gravidade e a culpa dos agentes envolvidos.

Ainda assim consideramos que os valores das coimas que foram estipulados são relativamente baixos, mesmo tratando-se de pessoas coletivas, pois não ultrapassam os €44 891,81.

Além disso, foram ponderadas sanções de perda e interdição da atividade, ou mesmo encerramento do estabelecimento, mas nunca com aplicação definitiva, tendo um máximo de duração de dois anos a partir da decisão condenatória final.

21.

Em Portugal, através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, foram também elencados outros meios de reação em consequência do uso de práticas comerciais desleais.

Surgiu um regime de invalidade dos contratos, tendo em conta a possibilidade de ser pedida a anulabilidade, pelo consumidor, nos termos gerais do Código Civil.

Neste campo, concluímos que os mecanismos de reação aquando da invalidade, dão todo o poder de decisão, quanto à manutenção do contrato, ao consumidor, que poderá optar por, em vez da anulação do contrato, resolver mantê-lo, mas com a modificação de acordo com juízos de equidade. Ou poderá solicitar a redução do seu conteúdo, expurgando o contrato das cláusulas que contiverem uma prática desleal.

22.

Dos meios de reação preconizados, surge ainda a possibilidade, e concluímos que muito bem, do consumidor poder ser indenizado por todos os danos sofridos.

Apurada que seja a responsabilidade civil do infrator, e seguindo os termos gerais do Código Civil, o nosso legislador prevê uma solução que visa proteger o interesse público dos consumidores.

E ao mesmo tempo não deixa de ser uma sanção para quem viola a proibição em apreço, somando-se à aplicação de eventual contraordenação, o pagamento de uma indemnização que abarque todos os prejuízos decorrentes desta atuação.

23.

Um último meio de reação agora defendido passa pelo direito de ação, aqui em relevância.

Concluimos que a legitimidade, para se opor às práticas comerciais desleais, pertence a todos aqueles que tenham um interesse legítimo em tal.

Incluindo aqui não só os consumidores visados, mas atendendo aos interesses difusos em apreço, as associações de consumidores, e mesmo os demais concorrentes.

Mais uma vez se denota uma preocupação do legislador em criar um ponto de defesa destes, indiretamente, permitindo-lhes que também intervenham, com vista a fazer a devida prevenção, correção ou cessação de práticas que tenham sido proibidas pelo presente regime.

24.

Por fim, concluímos que os temas atinentes à Diretiva ainda não chegaram devidamente aos tribunais, quer ao Tribunal de Justiça, quer aos tribunais portugueses. Existem poucos acórdãos, que permitem concluir que, no recurso à via jurisprudencial, têm apenas chegado situações passivas de queixa por faltas gravosas de alguns Estados no cumprimento das normas da Diretiva.

Tratam-se pois de situações pontuais em que grandes empresas foram alvo de queixas, por se considerar o total desrespeito de normas ali plasmadas.

Em termos nacionais, não chegou ainda às instâncias superiores nenhum caso para ser decidido, que coloque aos juízes da Relação ou do Supremo Tribunal, a aplicação deste regime proibitivo.

Apenas existem decisões emitidas por Julgados de Paz, que vêm demonstrar que a proibição de práticas comerciais desleais ainda não motiva o recurso à via judicial, pelas partes que têm um interesse legítimo nestes processos.

Atendendo ao diminuto valor económico da maioria das causas, e aos custos do recurso à via judicial, continua a ser desmotivador o recurso a esta via.

25.

Por fim, concluímos pela necessidade de revisão pontual do presente regime legal, nomeadamente para se colmarem algumas falhas enunciadas, o que poderia melhorar a sua aplicação prática.

Neste contexto, destacamos a necessidade de eliminar as “listas negras” com práticas comerciais que são consideradas desleais, ponderada a determinação de um regime mais uniforme.

A atualização dos conceitos subjacentes ao regime, nomeadamente o alargamento da noção de consumidor poderá permitir elencar e dirimir mais conflitos.

O aumento do valor das contraordenações a pagar pelos prevaricadores, e a ponderação da invalidade dos contratos não depender do pedido do consumidor são outros aspetos de relevo, a ponderar.

Por fim, tornar o papel dos concorrentes ainda mais direto, em todo o processo de proibição, obrigando a uma maior intervenção de todos os interessados.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Bibliografia

ÁGUILLA-REAL, Jesús Alfaro

- Competencia desleal por infracción de normas. *Revista Derecho Mercosur*. Vicente: La Ley SAE e I. N.º 202, Out.-Dez., 1991. ISSN 0329-1685. Pp. 667 – 730.

ALARCÃO, Rui

- Sobre a invalidade do negócio jurídico. Estudos em homenagem ao professor doutor J.J. Teixeira Ribeiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1983. Vol. III. Pp. 624 e ss.

ALIX, Jean

- La protection du consommateur en matière de contrats à distance. *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. N.º 2. 1993. Pp. 95 ss. ISSN 0775-3209.

ALMEIDA, António

- Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual. *Revista de Ciência e Cultura*. Lisboa: Universidade Lusíada. N.º 2, 1998. Pp. 283 – 311.

ALMEIDA, Carlos Ferreira

- *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-4025-483.

- *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 1220-9798.

- Negócio jurídico do consumo (caracterização, fundamentação e regime jurídico). *Boletim Ministério Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentos Direito Comparado da Procuradoria da República. N.º 347. 1985. p. 11-38.

ALPA, Guido

– *Il diritto dei consumatori*. Bari: Laterza, 1999. 4ª ed. ISBN 978-884-2066-767.

_ Autonomie prive et «garanties» commerciales dans les ventes aux consommateurs. *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. 2001. p. 195 ss. ISSN 0775-3209.

_ I contratti dei consumatori e la discipline generale dei contratti e del rapporto obbligatorio. *Rivista di diritto civile*. Pavoda: CEDAM-Casa Editrice Dote Antonio Milani. N. 6. 2006. ISSN 0035-6093.

ALPERIN, Howard J.; CHASE, Roland F.

– *Consumer Law: sales practices and credit regulation*. Westlaw: Thomson West, 1986. ISBN 978-031-4232-038..

ANASTÁCIO, Gonçalo

– Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal. *Revista de Concorrência e Regulação*. Instituto de Direito

Económico Financeiro e Fiscal. Coimbra: Almedina, Ano II. N. 5. Jan. - Mar. 2011. p. 43-55.

ANDERSEN, Mads Bryde

– Electronic commerce: a challenge to private law. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato straniero*. Roma. N.º 32. 1998. Pp. 57.

ANDRADE, José Carlos Vieira de

– Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra : Centro de Direito do Consumo. N.º 5. 2003. p. 139-161. ISBN 978-5164-603-755.

ANDRADE, Manuel de

– *Teoria Geral da Relação Jurídica. Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Almedina: Coimbra, 2003. Vol. II. Pp.335 e 336.

ARIBONI, Pietro

– Concorrência desleal. *Revista da Associação Brasileira Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Industrial. 1996. p. 125-130.

ASCENSÃO, José de Oliveira

- Concorrência desleal: as grandes opções. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. Vol. I. Pp. 127 e ss.

– *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1621-8.

_ O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?
Concorrência Desleal. Coimbra: Almedina, 1997. p. 7 – 40.

_ Direito civil e direito do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*.
Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. p. 29-50. ISBN 978-
8164-603-756.

_ *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2005. 13ª ed.

AUBY, Jean Marie; DUCOS-ADER, Robert

– *Droit de l’information*. Paris: Dalloz, 1976. ISBN 972-32-0824-5.

BARBIEIRI, Diovana

– A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na
ordem jurídica portuguesa: pode/deve pensar-se em eficácia horizontal directa?
Estudos de Direito do Consumidor. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º
8. 2006-2007. ISBN 978-816-4603-756. p. 291-346.

BAUDRILLARD, Jean – *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2011. ISBN
978-972-44-1521-5.

BERNARDEAU, Ludovic

– La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l’arrêt de la
C.J.C.E. du 22 Novembre 2001. Ideal service aff. Jointes C-541/99 et C-542/99).
Revue Européenne de Droit de la Consommation. Louvain-la-Neuve: Centre de
Droit de la Consommation de l’Université Catholique de Louvain, 2001. Pp. 341
ss.

BIGOTTE CHORÃO, Mário

– *Introdução ao Direito. O conceito de Direito*. Coimbra: Almedina, 1989. Vol. I.
Pp. 95-96.

BORN, Georgina; PROSSER, Tony

- Culture and Consumerism: citizenship, public service broadcasting and the BBC's Fair Trading Obligations. *The Modern Law Review*. Oxford: London School of Economics. September 2001. Vol.64. N.º 5. ISSN 0026 – 7961. p. 657 – 687.

BOURGOIGNIE, Thierry

- *Droit et politique communautaire de la consommation. Une évaluation des acquis*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris : Dalloz, 2004. p. 95-129.
- _ La protection des consommateurs économiquement faibles ou le consommateur oublié. *Droit des Pauvres. Pauvre Droit ?* Louvain-la-Neuve: Cabay, 1984.

CALAIS-AULOY, Jean

- *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2010. 8^a ed. ISBN 978-2-247-09045-7.
- L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz Revues. N. º1. 1998,p. 115- 130.

CALAMANDREI, Giuliano

- Le nozione di consumatore. *Nuova Rassegna*. Firenze: Noccoli Editore, 2004. N.º 9-10. ISSN 1825-2710.

CAMPOS, João Mota

- *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 1990. Vol. II. 3^a ed.

CANNARSA, Michel

- La réforme des pratiques commerciales déloyales: le droit commun à rencontre du droit de la consommation. *La semaine juridique*. Paris : Doctrine. Ano 82. N.º 36. Set.2008. p. 17 – 21. ISSN 0242 – 5777.

CANOTILHO, J. J. Gomes

– *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 2ª ed. ISBN 978-972-32-1593-9.

CANOTILHO, J. J. Gomes ; MOREIRA, Vital

– *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra : Coimbra Editora, 2010. 8ª ed. ISBN 972-32-1356-7.

CARDOSO, Elionora

– *Os serviços públicos essenciais : a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1847-3.

_ O direito à qualidade dos bens e serviços e à efetiva reparação dos danos : uma utopia ? *JusJornal*. Lisboa : Wolters Kluwer, 2011. N.º 1153.

_ O direito à informação : um pilar na defesa dos consumidores ? *JusJornal*. Coimbra : Coimbra Editora. N.º 1146. 04 Jan. 2011.

_ *Lei de defesa do consumidor comentada e anotada*. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2049-0.

CARVALHO, Jorge Morais

– *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-4048-277.

_ Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. *Revista de Direito das Sociedades*. Lisboa: Instituto Direito das Sociedades, 2011. Ano III. N.º 1. P.187 – 219.

CASALTA NABAIS, José

_ O estatuto constitucional dos consumidores. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Vol. I. ISBN 978-0000-017-796.

C.E.S.E. – Conselho Económico Social Europeu

_ *Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Directiva relativa às práticas comerciais desleais)*. Bruxelas: COM (2003) 356 final - 2003/0134 (COD), 29 Janeiro 2004. P. 3.

_ *Que informação para os consumidores?* Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2010. N.º 960.C 1. 14 Jul.

_ *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às vendas e às garantias dos bens de consumo*. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1997. N.º 66. C 1. 03 Mar.

CHILLON, Sandie

_ Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam : un droit émancipé ? *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain. N.º 4. 1998. Pp. 259 ss. ISSN 0775-3209.

COELHO, F. Pereira

– *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. P. 274.

COLLINS, Hugh

– The unfair commercial practices directive. *European Review of Contract Law*. London : De Gruyter. 2005, N.º 4. Diciembre. P. 417 – 441.

COMISSÃO EUROPEIA

– *Communication from the Commission to the European parliament concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending Regulation*. Bruxelles: COM (2004) 753 final. p. 3

_ *Livro verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia*. Bruxelas COM (2001). 02.10.2001. p. 531 final.

CORDEIRO, António Menezes

– *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2007. Vol. I, Parte geral. Tomo I.

_ *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008. P. 13.

– *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 972-40-1011-2.

_ *Da natureza civil do Direito do Consumo*. *O Direito*. Coimbra: Almedina, 2004. Ano 136º. IV. Pp. 605-640.

CORREIA, Miguel Pupo

– *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação? Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro Direito Consumo. N.º 4. 2002. p. 165-180. ISBN 978-972-9846-335.

CORREIA, Sérvulo

- Efectividade e limitações do sistema português da aplicação impositiva do direito da concorrência através dos meios processuais e civis. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. II.

COSTA, Mário Júlio Almeida

- *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. 12ª ed.
- _Intervenções fulcrais da boa-fé nos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2. 2000. P. 357-368. ISBN 978-972-9846-311.

CRISTAS, Assunção

- Concorrência desleal e proteção consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE. *Homenagem da FDL ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147 – 162.

DAM, Cees Van

- *Unfair commercial practices. An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005.

DAUSSES, Manfred A.

- Consumer information in the case law of the european court of justice: a German view. *British food journal*. Bingley: Emerald Group. N.º 100. p. 244-253. ISSN 0007-070X.

DIAS, Augusto Silva

– A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e a sua repercussão na teoria do bem jurídico e das causas de justificação. Jornadas de homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995. Pp. 181 ss.

DUARTE, Paulo

- O conceito jurídico de consumidor segundo o art. ° 2 n.º 1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 75. 1999. p. 649 – 703. ISSN 0303-9773.

FERNANDÉZ NOVOA, Carlos

– La directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales. *Revista Autocontrol*. Madrid : Asociación de Autocontrol de la Publicidad, 2006. N.º 108. maio. p. 16-22.

FLUME, Werner

- *Das Rechtsgeschaeft*. Springer Verlag: Berlim, 1965 (trad. espanhola) - El Negocio Jurídico. Trad. González-Calle. Fundación Cultural deI Notariado: Madrid, 1998. ISBN 978-8492-189-021.

FONTAINE, Marcel

- *La protection du consommateur et l'harmonization du droit européen des contrats*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris : Dalloz, 2004.

FRANCO, António Sousa

– A revisão da constituição económica. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 42. Set.-Dez. 1982. p. 629-630.

FREITAS, Lebre

– Os meios processuais à disposição dos pleiteantes em sede de condições gerais dos contratos. *Revista Portuguesa Direito Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa Direito Consumo. N.º 2, Abril 1995

GANNAGE, Léna

- *La règle de conflit face à l'harmonization du droit de la consommation*. Liber Amicorum Jean Calais Auloy. Paris : Dalloz, 2004.

GARCIA PÉREZ, Rafael

– Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: EINSA Multimédia N.º 242. maio 2006. ISSN 1575 – 2054. p. 60 – 73.

GILLES LIPOVETSKY

- *A Felicidade Paradoxal-Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*. Lisboa: Edições 70, 2010.

GOMEZ POMAR, Fernando

– The unfair comercial practices directive : a law and economics prespective. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: InDret. N.º 330. Jan. 2006. ISSN 1698-739X.

GONÇALVES, Luís Mouto

– *Manual de direito industrial: patentes, desenhos e modelos, marcas, concorrência desleal*. Coimbra : Almedina, 2008. 2ª ed. ISBN 978-972-40-3628.

GONZALEZ VAQUÉ, Luís

- La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales : entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores. *Derecho de los negocios*. Madrid : La Ley (Grupo Wolters Kluwer Espanha). N.º 181. 2005. ISSN 1130-5711.

– La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid : Centro de estudios constitucionales. N. 17. 2004. p. 57-73.

- Las nociones de consumidor médio y miembro médio de un grupo particular de consumidores en el reglamento n. 1924/2006. *Gaceta Jurídica de la Union Europea y de la Competencia*. Madrid : EINSA – Ediciones Informatizadas SA. N.º 247. 2007. ISSN 1575-2054.

GOYENS, Monique

- *La mise en oeuvre de la clause minimale prévue dans le droit communautaire en faveur des consommateurs*. Centre de Droit de le Consommation. Hardcover : Université Catholique de Louvain, julho 1994.

HABERMAS, Jürgen

– *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Trad. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Vol. II. Flávio Beno Siebeneichler. UGF Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. ISBN 97-282-0095-7. P. 247.

HELLWIG, Konrad

- *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Bd. 1. Leipzig, 1903. (reimp. Aalen, Scientia, 1980). Trad. inglês Nabu Press: Londres, 2010. Coleção Contemporary Issues In The Middle East. ISBN 978-114-3447-525. P. 220.

HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo

– Análisis y desarrollo de la ley de transposicion de la diretiva mediante la Lei 29/2009 de 30 de Diciembre que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. *Revista Portuguesa Direito do Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito Consumo. N.º 62, junho 2010. ISSN 0873 – 9773.

HIPPEL, Eike Von

– Verbraucherschutz – Tradução portuguesa: A defesa do consumidor. *Boletim Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação de Direito Comparado da Procuradoria Geral da República, 1978. N.º 273. p. 5 - 37.

HONDIUS, Ewoud

– The reception of the directive on unfair terms in consumer contracts by member states. *European Reviste Private Law*. London: Wolters Kluwer, 1995. Pp. 241 ss

HOWELLS, Geraint

- The future for the proposed consumer rights directive. Les consommateurs et le droit international prive. *Revue Européenne de droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve : Centre de Droit de la Consommation de L'Université Catholique de Louvain. abril 2009. ISSN 0775 – 3209. p. 805 – 812.

HOWELS, Geraint; MICKLITZ, Hans-W.; WILHELMSSON, Thomas

- *European Fair Trading Law: the unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006.

HOWELLS, Geraint; WILHELMSSON, Thomas

- EC Consumer Law: has it come of age? *European Law review*. London: Sweet & Maxwell, 2003. Vol. 28. ISBN 0 421 86580 6.

INCARDONA, Rosella

- La direttiva n.º 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni. *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006. Anno XLV – n. 2 – Abr. – Jul. ISSN 0391-6111. Pp. 361 – 383.

JAYME, Erik

- Les contrats conclus par les consommateurs et la loi applicable aux obligations contractuelles. *Droit international et droit communautaire: actes du colloque Paris 5 et 6 Avril 1990*. Paris: Fondation Calouste Gulbenkian. Centre Cultural Portugais, 1991. Pp. 77 ss.

JÚDICE, José Miguel

- Uma reflexão sobre o direito do consumo. *Estudos de direito do consumidor*. Centro direito consumo. Coimbra: Almedina, 2002. N.º 4.

JUSTO, Santos A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 6ª ed. Pp.69 – 73.

LAFFINEUR, Jacques

- L'évolution du droit communautaire relative aux contrats de consommation. *Revue Européenne de droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve : Centre de Droit de la Consommation de L'Université Catholique de Louvain. Abr. 1999. P. 401.

LAURENTINO, Sandrina

- Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2. 2000. Pp. 415 ss.

LEITÃO, Adelaide Menezes

- Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais? *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, 2012. Vol.II. P. 275.
- _ Direito administrativo do consumo. *Tratado de direito administrativo especial*. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. VI. ISBN 978-972-4047-775.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota - A causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. Pp. 369 – 385.
- _ O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática. *Estudos de Direito Consumo*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2002. N.º 1. p. 11-30. ISBN 972-40-1681-1.
- _ As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2011. Ano 71. Abr.-Jun. p. 423-445. ISSN 0870-8118.

LIMA, Pires; VARELA, Antunes

– *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. 4ª ed. Vol. I.

LIZ, Jorge Pegado

- *Introdução ao direito e à política de consumo*. Lisboa: Editorial Notícias, 1999. ISBN 978 972 4610 009.

_ A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE. *Revista Portuguesa de Direito Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa Direito Consumo, 1995. N. 44. p. 70.

_ L’Action populaire au Portugal. *Revue Européenne de Droit de la consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de droit de la consommation de l’université catholique de Louvain, 1998. N.º 3. Pp. 211-219.

LÔBO, Paulo Luiz Netto

– A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 3. 2001.

MARQUES, Cláudia Lima

– *Contratos no código de defesa do consumidor*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 6ª ed.

MARTINEZ, Pedro Romano

– *Direito das Obrigações: Parte especial: contratos*. Coimbra: Almedina, 2001. 2ª ed.

MARTINS, Ana M. Guerra – O direito comunitário do consumo. *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro direito consumo, 2003. N.º 5. p. 63 – 91.

MASSAGUER FUENTES, José

– *El nuevo derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

MONCADA, Luís Cabral de

– *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 6ª ed. ISBN 978-972-32-1471-0.

MONTEIRO, António Pinto

- *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011. 2ª reimpressão.

– La transposición de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal. *European Review of Private Law*. London: Wolters Kluwer Law International, 1997. Vol. 5. p. 197 ss.

_ Do direito do consumo ao Código do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999. N.º 1. p. 201-214.

_ A Contratação em Massa e a Protecção do Consumidor numa Economia Globalizada. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 139.º, n.º 3961, 2010, p. 221-235

– Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Vol. III, 2006. p. 37-55

MOREIRA, Vital

- Regulação económica e serviços de interesse geral. *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Vol. I.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda (Col)

- *Autoridades reguladoras independentes (ARI): projecto de lei-quadro*. Coimbra: Ministério da reforma do estado e da administração pública, 2002.

NETTO LOBO, Paulo Luiz

- A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001. N.º 3.p. 23 ss.

NEVES, Castanheira

- *Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições*. Edição policopiada: Coimbra, 1971-1972. Pp. 230 – 233.

OLIVEIRA, Elsa Dias

- Práticas Comerciais Proibidas. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. p. 147 – 173. ISBN 978-8164-603-756.

OLIVEIRA, Fernando Batista de

- Do conceito de consumidor: Algumas questões e perspectivas de solução. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007. N.º 8. p. 467 – 551. ISBN 978-8164-603-756.

PAÚL, Jorge Patrício

- Os pressupostos da concorrência desleal. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 978-972-4009-940.

PICOD, Fabrice

– Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection du consommateur. *Actes et débats de colloque : Vers un code européen de la consommation*. Bruxelles : Bruylant, 1998.

PINTO, Carlos A. Mota

- *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 3ª ed. P. 628.

PINTO, Paulo Mota

– Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância – Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2003. N° 5. Pp. 183-206. ISBN 978-5164-603-755.

PRATA, Ana

– *Dicionário jurídico*. Coimbra: Almedina, 2012. Pp. 856; 862, 863; 872, 873; 876.

QUADROS, Fausto

– *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.

RAMOS, António Gama

– Contratos de venda a domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 4. 2002. Pp. 243 – 272.

RAPISARSADA, Cristina

- *Profili della tutela civile inibitoria*. Milão: Wolters Kluwer Cedam, 1987.

RIBEIRO, Joaquim Sousa

– *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 972-40-1176-3.

RODRIGUES, José Narciso Cunha

– As novas fronteiras dos problemas do consumo. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro direito consumo, 1999. N.º 1. p. 45-67.

RODRIGUES, Luís Silveira

– Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia. *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro Direito Consumo, 2003. N.º 5. p. 311 – 319.

ROQUE, Ana

– *Noções essenciais de direito empresarial*. Quórum: Lisboa, 2007. 2ª ed. Pp.109 – 114. ISBN 978-972-99434-1-6.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão

– *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 2011. 6ª ed.

SANTOS LÓPEZ, Óscar

- La diretiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo. N.º 47. Set. 2006. p. 15 e ss.

SEGURA RODA, Isabel

- La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales. *Revista de derecho alimentario*. Madrid: Food Law Consultants SPRL, 2006.N.º 14. p. 15 – 21.

SERRA, Vaz

- Culpa do devedor ou do agente. *Boletim Ministério Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentos Direito Comparado da Procuradoria da República, 1957. P. 6

SILVA, João Calvão da

- _ *Venda de bens de consumo. Comentário Decreto-Lei 67/2003, de 8 de Abril. Directiva n.º 1999/44/CE*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _ *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. Pp. 28-30.
- _ *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*. Coimbra: Almedina, 2001.
- _ *Venda de bens de consumo. Comentário Decreto-lei 67/2003 de 8 de abril. Diretiva n.º 1999/44/CE*. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira

- *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: LEX, 2003

STUYCK, Jules

- European consumer law after the treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market? *Common Market Law Review*. Netherlands: Wolters Kluwer Law International. N.º 37. 2000. ISSN 0165-0750. p. 367.

TELLES, Inocêncio Galvão

- *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Almedina, 1965. 3ª ed.

TENREIRO, Mário

- Un code de la consommation au un code autour du consommateur? Quelques réflexions sur la codification et la notion de consommateur. *Law and diffuse interests in the European legal order liber amicorum Norbert Reich*. Baden: Nomos, 1997. Pp.339 - 375. ISBN 978-3789-049-347.

THERETO, H.; MICKLITZ, Hans.; REICH, Norbert; WEATHERILL, Stephen.

- EU Treaty Revision and Consumer Protection. *Journal of Consumer Policy*. Heidelberg: Springer Vol. 27. N.º 4. 2004. p. 367-399.

ULMER, E.

- *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*. Munich: C.H. Beck Verlag, 1965.

VARELA, João Antunes

- *Das obrigações em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Vol. I. 10ª ed.

VITORINO, António

- *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8500-78-5.

WILHELMSSON, Thomas

- Consumer Law and the environment : from consumer to citizen. *Estudos de Direito do Consumo*. Coimbra : Centro Direito Consumo. N.º 1. 1999. p. 353 – 383. ISBN 978-5164-603-755.

Fontes:

DECRETO n.º 22/75 – Convenção de Paris para a proteção de propriedade industrial de 20 de março de 1883 revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. D.R. I Série A. N.º 18 (1975-01-22), p. 80(1)-80(23).

DECRETO-LEI n.º 57/2008 – Regime aplicável às práticas comerciais desleais. D.R. I Série A. N.º 60. (2008-03-26), p. 1747-1754.

DECRETO-LEI n.º 82/2008 – Procede à alteração do Decreto-lei n.º 143/2001 relativo à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância. D.R. I Série A. N.º 97. (2008-05-20), p. 2871 – 2879.

DECRETO-LEI n.º 84/2008 – Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. D.R. I Série A. N.º 98. (2008-05-21), p. 2888 – 2894.

DIRETIVA DO CONSELHO, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, (84/450/CEE).

DIRETIVA DO CONSELHO, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, (85/577/CEE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, (97/7/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, (98/27/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, (1999/44/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, (2002/65/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, (2004/48/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU, de 11 de maio de 2005, relativa à proibição das práticas comerciais desleais, (2005/29/CE).

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 22 de novembro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, (2011/83/EU).

LEI n.º 83/95 – Estabelece o direito de participação e de ação popular. D. R. I Série A. N.º 201. (1995-08-31), p. 5464-5467.

LEI n.º 24/96 – Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. D.R. I Série A. N.º 176. (1996-07-31), p. 2184-2189.

LEI n.º 19/2012 - Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro. D.R. I Série A. N.º 89. (2012-05-08). p.2404 – 2427.

REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 27 de outubro de 2006, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, (CE n.º 2006/2004).

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA CONSULTIVA DO CONSELHO DA EUROPA, de 17 de maio de 1973, relativa à carta de proteção do consumidor (N.º 543/1973).