

IIJ

Colóquio organizado pelo Grupo de Investigação “Contrato e desenvolvimento social”, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 3 de Junho de 2017.

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

EDIÇÃO

Centro de Direito do Consumo

e

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

CONCEPÇÃO GRÁFICA

João Rijo Madeira

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

APOIO

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia

© DEZEMBRO 2017

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

É permitida a distribuição ou reprodução, total ou parcial, do presente trabalho, desde que a título gratuito e citada a fonte, sendo proibida a sua comercialização.

ACTAS

COLÓQUIO

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

2017

03_06_2017

Sala 9 | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Colóquio “Práticas Comerciais Desleais”

14h30 Sessão de Abertura

Professor Doutor António Pinto Monteiro

Instituto Jurídico | Coordenador do Grupo de Investigação
“Contrato e desenvolvimento social”

Primeiro Painel

Moderador: **Professor Doutor António Pinto Monteiro**

Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española

Maria Ángeles Egusquiza Universidad Pública de Navarra

Publicidade comparativa na internet

Alexandre Dias Pereira FDUC

16h Intervalo

Segundo Painel

Moderador: **Professor Doutor Pedro Maia**

Presidente do Centro de Direito do Consumo

Vendas com prejuízo

Carolina Cunha FDUC

Vícios da vontade e práticas comerciais desleais

Mafalda Miranda Barbosa FDUC

Práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações

Sandra Passinhas FDUC

17h30 Entrega de certificados

aos alunos do XVI Curso de Pós-Graduação

organização:



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

apoio:



Entrada Livre

APRESENTAÇÃO

Tivemos o privilégio de presidir à Sessão de Abertura do Colóquio sobre “práticas comerciais desleais”, enquanto Coordenador do Grupo de Investigação “Contrato e desenvolvimento social”, que teve lugar na Sala 9 da FDUC e foi uma realização conjunta (mais uma!) do Instituto Jurídico da FDUC com o CDC – Centro de Direito do Consumo da mesma Faculdade. São as conferências proferidas nesse Colóquio que o presente volume dos nossos “Estudos” acolhem, as quais presenciei “in loco” e logo aí se revelaram de excelente qualidade.

Ao elenco de jovens e prestigiados Professores da nossa Casa — todos com o grau de doutor em direito —, juntou-se a reputadíssima Doutora Maria Ángeles Egusquiza, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Pública de Navarra (Pamplona), que nos honrou com a sua vinda a Coimbra. E assim uma vez mais os nossos “Estudos de Direito do Consumidor” servem de veículo para fazerem chegar a quem se interessa por este tema — tão difícil, tão importante e actual — um conjunto de reflexões de elevado nível técnico e científico.

Uma palavra final, de agradecimento, à FCT, pelo apoio a esta publicação, bem como ao Conselho de Redacção desta Revista, pela dedicação com que tem encarado a sua publicação. E tal como sucedeu em 2016, também este é já o 2º volume dos “Estudos” publicados em 2017.

O Director dos Estudos de Direito do Consumidor

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES E INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO: ALGUNAS CUESTIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

*Maria Ángeles Egusquiza**

1. Introducción.

En el mundo comercial en el que la adquisición de bienes y servicios está a un tecla del ordenador, salvo que se caiga la red o haya un ataque de virus informático, y los estudios de la neurociencia sobre los comportamientos del consumidor, encargados a prestigiosos centros de investigación como el MIT, se tienen en cuenta a la hora de elaborar las estrategias de marketing y de venta de bienes y servicios, la problemática que se va a bordar hoy en el Coloquio y a la que el Derecho pretende dar respuesta, es común no sólo a nuestros países hermanos, Portugal y España, sino también a nuestro entorno europeo y el llamado primer mundo, que es el que se puede permitir la posibilidad de consumir.

A fin de centrar la problemática que les voy a plantear, como ejemplo de una de las tantas situaciones en las que el consumidor puede encontrarse comprometido en sus decisiones de adquisición de productos y servicios, inducido por una de las definidas legalmente como “prácticas comerciales desleales” en España, les plantearé el supuesto de hecho resuelto por la

* Catedrática de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, Universidad Pública de Navarra.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20^a), sentencia núm. 43/2011, de 25 enero (AC 2011\314).

Los hechos fueron resumidamente los siguientes. La señora Felicidad recibió el 15 de diciembre de 2006 una llamada telefónica comunicándole que le habían regalado dos relojes. Al cabo de una hora, se presentó en su puerta una persona para concretar la cuestión de los citados regalos. Se trataba de una vendedora que, sin darle opción a doña Felicidad a negarle la entrada, se introdujo en su domicilio y, aunque doña Felicidad le manifestaba que no quería adquirir ningún producto, esa insistencia de la vendedora le hizo sentirse tan mal y angustiada que terminó firmando un contrato con Ediciones Labrado por el que compra una enciclopedia, pero también otros productos que se decían eran regalos –un centro de planchado, una secadora plegable, un juego de cuchillos, etc.-. En el contrato se fija como cantidad a abonar la suma de 2.882,5 euros, en 35 cuotas mensuales, a razón de 82,35 euros cada una de ellas. También quedaba reflejado en el final del anverso del contrato, en tres apartados, que la compradora declaraba su “conformidad con la mercancía, con el pedido y forma de pago y con las condiciones del contrato firmados por la compradora”.

Días después recibió diferentes llamadas telefónicas y comunicaciones en las que se le reclama el pago de las cantidades que había asumido en virtud de dicho contrato. Doña Felicidad realizó diferentes gestiones encaminadas a intentar dar por finalizarlo su relación contractual y devolver lo adquirido, sin que tuviera ningún éxito.

La actuación reseñada hace pensar en lo que viene a suponer una práctica comercial agresiva vedada, en los artículos 8 y 9, por la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Hay aquí una indebida presión de compra o práctica molesta que encajaría con las conductas recogidas en la lista negra del Anexo II de la Directiva, en las que se citan como tales la realización de visitas a domicilio, la realización de proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono.



La deslealtad de estas prácticas molestas procede, como se ha señalado por la doctrina¹, por la invasión inaceptable que se produce en la esfera privada del consumidor y la indebida conversión de esa esfera privada en el escenario de la lucha concurrencial. Son requisitos para que se repunte desleal esas prácticas agresivas, de un lado, la utilización de un acoso, coacción o influencia indebida y, de otro, la incidencia relevante que presenta en la libertad de elección o conducta de los consumidores. Dentro de este marco se sitúan los obsequios publicitarios que ponen al consumidor en el compromiso de contratar la prestación objeto de la promoción y el resto de primas que se le anudan.

Cabe advertir que el reproche de la deslealtad no queda supeditado a que esa invasión de la esfera privada pueda efectivamente condicionar el comportamiento económico de quienes lo sufren. Además, como veremos, existe una suerte de desconexión entre el ámbito de la calificación jurídica que para el mercado merece este tipo de práctica desleal, cuya incidencia se reduce al ámbito de la competencia, de la que pudiera derivarse para la esfera jurídico-contractual privada del consumidor-comprador.

De esta forma se puede comprender, por lo que a nosotros nos interesa, el inicial pronunciamiento que obtuvo doña Felicia sometida a este tipo de práctica desleal de cariz agresivo ante su lógica pretensión de desvincularse de la relación contractual². Instada por su parte la nulidad del contrato, dadas las

¹ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, 2006, pp. 131 y ss.

² Cf. RALUCA STROIE, I., “La práctica comercial consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a incurrir en un gasto para recibirlo es una práctica desleal de todos modos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 4, 2012, pp. 221 y ss., en la que se analiza el contenido de la STJUE (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, asunto C-428/11, cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a la interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, atinente a la práctica agresiva de comercialización por la que se crea la falsa impresión de que el consumidor ha ganado un premio, cuando a través de ello se persigue que se realice algún pago o gasto. El Alto Tribunal señalará, entre otras cosas, que corresponde a los tribunales nacionales apreciar la información facilitada a los consumidores a la luz de los considerandos 18 y 19 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, así como del artículo 5, apartado 2, letra b), de ésta, es decir, teniendo en cuenta la claridad de tal información y si es comprensible o no para el público al que se dirige la práctica realizada. Además, para calificar la práctica como agresiva se ha de tener en cuenta también que la propia perspectiva de recoger el premio influye en el consumidor y le puede

circunstancias concurrentes en la contratación, el juzgador de primera instancia desestimó la pretensión; y, aunque la instancia sucesiva se le dio la razón, no puede decirse que fuera relevante para ello que la actuación de la empresa se correspondiera con las calificadas normativamente como prácticas comerciales desleales agresivas.

Para comprender la relevancia que la tipificación y calificación de una práctica desleal, como la reseñada, tiene en el ámbito jurídico privado de la contratación de consumo en España, debemos partir de la dimensión normativa que presenta esta cuestión³.

2. Marco Normativo De Las Prácticas Comerciales Desleales.

2.1. *Directiva 2005/29: Tutela Desplegada Respecto Del Consumidor.*

Como punto de partida conviene repasar brevemente cuál es la tutela específica que dentro del marco comunitario se ofrece al consumidor respecto a las prácticas comerciales desleales y su efectiva funcionalidad para con su situación como parte de un contrato de consumo.

La referencia normativa básica viene dada por la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales

llevar a tomar una decisión que de otro modo no hubiera adoptado, como puede ser elegir el método más rápido para conocer el premio propuesto, aunque este método sea el que acarree el gasto más elevado.

³ En la jurisprudencia se advierte la existencia de una variada y rica casuística en la que el consumidor termina vinculado contractualmente como consecuencia de prácticas comerciales desleales -caso, por ejemplo, de la contratación de servicios de idiomas con financiación de entidad ajena al proveedor (STS de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 145)), o de productos de aprovechamiento por turno vacacional en los que se aplican técnicas de venta agresiva y sin ofrecer la información adecuada sobre el producto contratado o los derechos de desistimiento (SAP de Vizcaya de 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 617), SAP de Tarragona de 27 de abril de 2000 (AC 2000, 2199), SAP de Barcelona de 2 de julio de 2008 (AC 2009, 815), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2017 (JUR 2017, 233483), STS 20 de noviembre de 2017 (JUR 2017\295046)), o servicios de intermediación que se presentan como seguros y el importe a abonar como una franquicia cuando en realidad se paga el importe íntegro del servicio odontológico prestado (STS de 25 de abril de 2006 (RJ 2006\2201)).



de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. El objetivo declarado de la misma, según señala su considerando 7°, es el de abordar la “prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos”. De manera específica acota que va a disciplinar la armonización legislativa para proteger directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (considerando 8°). Aunque la clave de todo ello es que a través de esta normativa se va a “protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva”, reconociéndose que la protección se despliega para prácticas comerciales desleales que sean sustanciales, aunque su incidencia resulte insignificante para el consumidor.

Ello ha planteado algunas reflexiones sobre las relaciones que median entre la protección del consumidor y el régimen de la competencia desleal.

En esa línea, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico portugués, Assunção Cristas⁴ ha puesto de relieve que: “A distinção entre os dois institutos – concorrência desleal e proibição de práticas desleais nas relações com os consumidores – não é todavia tão nítida como a tradição legal e doutrinária portuguesa pode fazer crer. Por um lado, a clientela, que alguns colocam no centro do regime da concorrência desleal, não se separa claramente do conjunto dos consumidores, embora a clientela seja encarada como um bem afecto aos comerciantes e os consumidores sejam erigidos em titulares de direitos. Por outro lado, parece actualmente claro que ambos os institutos, tal como a protecção dos consumidores em geral, se dirigem

⁴“Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 90 Anos, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 144 y ss.

à concretização de políticas de defesa do mercado. A assunção desta perspectiva pelo legislador comunitário deverá ter, seguramente, implicações sérias ao nível do direito português, sob pena de uma lamentável desarmonia sistémica”.

Cabe recordar el sentido que la doctrina mercantilista española ha venido dando a la protección del consumidor en su interacción con la competencia desleal⁵. Es afirmación común que, desde la perspectiva de la economía del mercado, el consumidor desempeña el papel de árbitro, siendo él quien con su elección da el éxito a los competidores al adquirir los productos o servicios de los agentes que operan en aquel. La tradicional situación de inferioridad e indefensión que experimentan los consumidores limitan o restringen ese papel que han de desempeñar dentro del sistema competitivo. Por lo que su protección resulta necesaria en orden a ejercer aquella función que le es encomendada.

De forma complementaria también se advierte que el funcionamiento correcto de la competencia en el mercado protege al consumidor, razón por la cual el Derecho “antitrust” y la regulación contra la competencia desleal, como mecanismos legales básicos para el funcionamiento del sistema competitivo del mercado, sirven igualmente a los intereses de los consumidores. Esta visión del fenómeno ha llevado a se considere que la tradicional disciplina de la competencia desleal cumple un cometido que excede a la protección de los intereses de los empresarios competidores y se extiende a los consumidores. La tutela se proyecta sancionando actos de competencia desleal que perjudican específicamente al consumidor –caso, por ejemplo, de la publicidad engañosa-, así como corrigiendo de manera general las distorsiones del mercado o facultando el funcionamiento adecuado del sistema competitivo.

La Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales acoge precisamente esa línea de actuación, con abandono de la concepción originaria de la competencia desleal, centrada en la protección de los empresarios competidores. Establece una regulación que protege solamente a los consumidores.

⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Nociones introductorias”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Aranzadi Thomson- Reuters, 2011, p. 43.

Queda fuera del objetivo de la Directiva 2005/29 la regulación de las prácticas desleales cuando se plantean entre competidores, empresarios o publicidad comparativa. Esta limitación subjetiva, considerada por Massaguer⁶ como un fruto de los condicionantes constitucionales a los que está sujeta la acción legislativa de las instituciones comunitarias, el funcionamiento del mercado interior y el respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se ha criticado duramente desde la perspectiva mercantilista.

La protección que dispensa la Directiva 2005/29 al consumidor contratante queda dentro del primer nivel de protección del mercado, ligado a la competencia leal entre las empresas y la publicidad lícita, lo cual centra el juego de la protección en el mercado y no en el interés concreto del consumidor⁷.

Como expresamente se reconoce en el artículo 1 de la Directiva 2005/29, la norma comunitaria “tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”.

De una manera clara se advierte en el artículo 3 de la Directiva 2005/29⁸ que la tutela, respecto a las prácticas comerciales desleales, se despliega en las relaciones con los consumidores antes, durante y después de la transacción comercial que se hubiera realizado. Sin embargo, la calificación de una práctica como desleal no tiene por sí incidencia ni efectos jurídicos en la esfera contractual del sujeto particular que ha contratado como consecuencia de ello. Por lo que, desde la perspectiva del Derecho civil, nos encontramos con dos nodos distintos en los que

⁶ Ob. cit., p. 43

⁷ GARCÍA ABURUZA, M. P., “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2009 (BIB 2009\886).

⁸ Artículo 3. Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos.

el tratamiento jurídico de las prácticas comerciales desleales no se interconecta de forma inmediata con el problema del consumidor que ha sucumbido a ellas contratando.

2.2. Transposición Normativa En España De La Directiva 2005/29.

La dimensión de lo reseñado resulta especialmente patente y queda evidenciada a través de la vía por la que se optó en España para transponer esta Directiva que, como se verá, ha dificultado la posibilidad de tender puentes más efectivos entre el aspecto general de la calificación de una práctica comercial como desleal y la solución particular del problema de la eficacia vinculante del contrato que se anuda a ella, y que es la que le interesa especialmente al consumidor.

El encargo de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 29/2005 fue ejecutado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. A través de esta Ley 29/2009, se modificaron cuatro leyes importantes del sistema jurídico español: la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD); el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP); y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LCM). La reforma fue criticada por la doctrina, tachándola de confusa.

Teniendo en cuenta que la Directiva 29/2005 ha apostado por la tipificación de las prácticas comerciales desleales desde la perspectiva de la tutela de la protección al consumidor, podría pensarse que esta tipificación se incorporaría al TRLGDCU, incluyéndose dentro del libro primero, de las disposiciones generales, título I, ámbito de aplicación y derecho de los consumidores y usuarios, capítulo V, dedicado a la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios. De hecho, se recoge en esa sede, en el artículo 19, la regulación del “principio general y prácticas comerciales”.



Sin embargo, la tipificación del grueso de qué prácticas han de ser consideradas como desleales por ser engañosas o agresivas respecto a los consumidores, hay que buscarla en la LCD a la que se remite expresamente el artículo 19.2 del TRLGDCU⁹, aun cuando en el articulado se acogen dos supuestos de aquellas: la postergación de las normas comunitarias sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales en las materias que se refieren en el artículo 19.4 del TRLGDCU¹⁰, y el incumplimiento del deber de la información necesaria que ha de proporcionarse con la oferta comercial de bienes y servicios detallada en el artículo 20.2 del TRLGDCU¹¹.

⁹ 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. A estos efectos, se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.

No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59.

¹⁰ Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

El incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en relación con las prácticas engañosas reguladas en los artículos 20 a 27 de dicha ley.

¹¹ 1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

Hay que advertir que, en la LCD, el legislador se ha encargado de blindar el elenco de supuestos calificables como conductas, comportamientos o actuaciones desleales, entendiendo que, junto con los supuestos reseñados, sólo pueden considerarse como prácticas comerciales desleales las que se tipifican en los artículos 4, 5, 7, 8 y 19 a 31 de esta Ley (art. 19 LCD)¹².

A esta situación normativa no es ajeno el hecho de que, en España, las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias plenas para el desarrollo normativo en la materia de defensa de los consumidores y usuarios, materia que resulta compartida con el Estado, como en su momento declarara el Tribunal Constitucional, STC 15/1989, de 26 de enero de 1989, en atención a que “esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar... y la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia «exclusiva» sobre la misma (art. 149.3 C.E.), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias”, así como a “la regla constitucional en virtud de la cual la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se concreta por el juego combinado de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y, residualmente, por las Leyes Orgánicas a

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiendo por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

¹² 1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.

2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores.



que se refiere el art. 150.2 de la C.E.”¹³.

Las posibles disputas que pudieran derivarse de la atribución competencial legislativa en materia de defensa del consumidor, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no se plantea cuando la regulación tiene carácter mercantil. La competencia exclusiva del Estado para legislar sobre este ámbito normativo, recogido en el artículo 149.1.6 de la CE, además de resultar incuestionado respecto al reparto de competencias en materia legislativa, permite salvaguardar la unidad normativa en un ámbito en el que la unidad de mercado se encuentra implicada, evitando la tentación de que las Comunidades Autónomas, a través de sus legislaciones propias, pudieran ampliar o modificar los perfiles de la tipificación que se ofrece de las prácticas comerciales desleales. De esta forma el legislador estatal no sólo ha asumido materialmente la competencia sustantiva sobre este tema, sino que también se ha arrogado el cometido de definir, con carácter exclusivo y excluyente, aquellas conductas que constituyen infracciones administrativas en esta materia.

Ello ya nos avanza la idea del alcance que tiene esta normativa para la defensa de los intereses concretos y particulares del consumidor. De hecho, hay autores que señalan que la regulación que ofrece en este punto los números 2 a 5 del artículo 19 de la LGDCU carece de sustantividad¹⁴.

Hay que tener presente que la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales, constituye una directiva de máximos que persigue una armonización plena, por lo que no cabe mayor nivel de protección que la que postula la propia norma¹⁵.

¹³ El problema que podía plantear en este ámbito las competencias de las CCAA en esta materia o comercio interior se había puesto ya de relieve, antes de la transposición de la Directiva. En este sentido, MASSAGUER, J, MARCOS, F. y SUÑOL, A. «La transposición al Derecho Español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales». *Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, (BIB 2006, 1942), p.11; GARCÍA ABURUZA, M. P., Ob. cit., p. 4.

¹⁴ En tal sentido GARCÍA CANTERO, G., “Artículo 19”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Cámara Lapuente, S., Colex, 2011, p. 277.

¹⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Prácticas desleales y comunicaciones comerciales”, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, BIB 2015\7, pp. 1 y ss.; MARTÍ MOYA, V., “Consecuencias del Principio de Armonización Plena de la directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente Jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, 2012, pp. 1 y ss.

En este sentido cabe recordar el pronunciamiento de la STJUE de 14 de enero de 2010, asunto CC304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV y Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, en el que se enjuiciaba la consideración normativa de las campañas promocionales en las que se supe- ditaba la participación gratuita del consumidor en una lotería a la adquisición o contratación de una determinada cantidad de bienes o servicios. En ella se advierte que éstas “se inscri- ben claramente en el marco de la estrategia comercial de un operador y tienen por objeto directo la promoción y el incre- mento de las ventas de éste. De ello se deduce que constituyen claramente prácticas comerciales en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29 y que, en consecuencia, están incluidas en el ámbito de aplicación de ésta (véase, por analogía, en relación con las ofertas conjuntas, la sentencia *VTB-VAB y Galatea*, antes citada, apartado 50)”. Igualmente indica que “no puede poner en entredicho esta conclusión el argumento, esgrimido por los Gobiernos checo y austriaco, según el cual las disposiciones de la UWG controvertidas en el litigio principal, contrariamente a las de la Directiva 2005/29, no tienen como objetivo principal la protección de los consumidores, sino la de los competidores frente a prácticas comerciales desleales lleva- das a cabo por determinados operadores, de modo que estas disposiciones no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva”; afirmando que “la Directiva 2005/29 se caracte- riza por un ámbito de aplicación material especialmente amplio que se extiende a cualquier práctica comercial que presente un vínculo directo con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores. Por tanto, sólo se excluyen de su ámbito de aplicación, como se desprende del sexto conside- rando de esta Directiva, las normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben «sólo» los inte- reses económicos de los competidores o que se refieran a una transacción entre profesionales”. Finalmente recuerda que “la Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización completa a escala comunitaria de las reglas relativas a las prácticas comer- ciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consu- midores. Por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los



Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores (sentencia VTB-VAB y Galatea, antes citada, apartado 52)”.

El Tribunal Constitucional español ha venido ratificando este mismo criterio. Así, en la STC 106/2009, de 4 de mayo de 2009, relativa a la limitación temporal de descuentos promocionales establecida en la Ley de Comercio de Cantabria dirá que: “En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13 CE”.

En consecuencia, dado que la Directiva 2005/29/CE, es una directiva de máximos, nos vamos a encontrar que, de un lado, los estados miembros de la Unión Europea no pueden superar ni desarrollar más el régimen de la Directiva. Y, de otro, que no cabrá tipificar otras prácticas comerciales desleales distintas de las que establece la propia Directiva, ni otras conductas prohibidas en las relaciones con consumidores que merezcan la calificación de prácticas comerciales desleales (considerandos 9, 14, 15, art. 1.5).

3. Régimen De Las Prácticas Comerciales Desleales En España.

La intelección de la forma en la que se ha transpuesto en España esta materia se encuentra directamente implicada con el hecho del carácter de la Directiva y mandato que de la misma dimana, habiéndose destacado el carácter discutible y disfuncional por el que optó el legislador español para transponer esta norma comunitaria.

El grueso de la Directiva 2005/29, según se ha avanzado y se plasma el art. 19 del TRLGDCU, se ha incorporado a la LCD. Para saber qué pueda entenderse dentro del ordenamiento jurídico español como prácticas comerciales desleales engañosas y agresivas respecto al consumidor hay que acudir a

esta norma; lo cual tiene la virtualidad de evitar que las Comunidades Autónomas pueden incidir y ampliar este marco normativo, ligando esta materia a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), pero también de predeterminar su naturaleza en su proyección en la contratación de consumo.

Por su parte, el art. 20.1 del TRLGDCU acoge las previsiones del artículo 7.4¹⁶ de la Directiva sobre “omisiones engañosas (...) en los casos en que haya una invitación a comprar”, y los arts. 20.2 y 19.4 del TRLGDCU la implementación dispuesta en el artículo 7.5 de la Directiva respecto a la estimación como sustanciales de “los requisitos establecidos por el Derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva”. Esta fragmentación se estima justificada en las dificultades de encaje que presenta este singular tipo de prácticas comerciales dentro de la normativa de la LCD¹⁷.

La pregunta de qué prácticas comerciales pueden considerarse como desleales en España se responde atendiendo a la definición previa de qué es lo que se puede considerar como práctica comercial de los empresarios con los consumidores y usuarios en el ámbito de la protección a éstos, que conforme al art. 19.2 del TRLGDCU serán “todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad

¹⁶ En los casos en que haya una invitación a comprar se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no se desprende ya claramente del contexto:

- a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;
- b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;
- c) el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales;
- d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional;
- e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho.

¹⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 20”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Cámara Lapuente, S., Colex, 2011, pp. 278 y ss.



y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”. Resulta interesante destacar que no se consideran “prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se registrarán conforme a lo previsto en el artículo 59”, siguiendo la previsión contenida en el art. 3.2 de la Directiva 2005/29.

La calificación del carácter desleal de esas prácticas se realizará según lo señalado en la LCD, a la que se remite el art. 19.2 del TRLGDCU.

El sometimiento a esa normativa presenta tres excepciones: a) la regulación específica dictada por razones ajenas a la protección de los legítimos intereses de los consumidores -relativas a la salud y seguridad de los consumidores, incluidas las de seguridad de bienes o servicios-; b) las reglas concretas que regulan las prácticas comerciales en leyes que sean transposición directa de Directivas comunitarias específicas dictadas en materia de protección de consumidores; y c) las disposiciones más protectoras que puedan dictarse en materia de servicios financieros o bienes inmuebles.

Desde la perspectiva de la LCD tienen la consideración de “desleal”, con carácter general -art. 4 “cláusula general”-, el “comportamiento del empresario que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe... que distorsione o pueda distorsionar de manera *significativa* el comportamiento económico del *consumidor medio*”. Ello ha de plasmarse en una decisión del consumidor para que actúe o se abstenga de: a) la selección de una oferta u oferente; b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) la conservación del bien o servicio; y e) el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

La valoración de que estas conductas que se articulan por los empresarios a través de actuaciones específicas, comercialización, publicidad, u otras, tiene en cuenta la capacidad del

consumidor medio general o del colectivo especialmente vulnerable (art. 4.2 y 3 LDC)¹⁸; y han de motivar que finalmente contraten en las condiciones que quiere el empresario, y lograr el resultado perseguido que es la contratación o comercialización del bien o servicio.

Se acoge aquí las previsiones del art. 5 de la Directiva, plasmando normativamente en la “cláusula general” del sistema¹⁹, incorporándose al régimen ya previsto en materia de defensa de la competencia. Este constituye el primer nivel de tutela en cuanto señala los perfiles de cuándo una práctica comercial puede ser considerada como desleal, lo que permite que se adapte a la cambiante realidad del mercado. Constituye una norma de cierre del sistema que asegura que pueda ser de aplicación el régimen previsto para las prácticas comerciales que no han recibido un desarrollo normativo ni en la Directiva ni en los textos normativos²⁰.

En cuanto a la tipificación específica de las prácticas comerciales desleales, que el art. 19 de la LCD limita a las que se recogen en la propia norma y las tipificadas en los arts. 19 y 20 TRLGDCU, cabe distinguir entre las prácticas comerciales engañosas y agresivas.

Dentro del primer núcleo se encuentran aquellas que tienen como eje central el engaño al consumidor. Así, junto a la

¹⁸ Art. 4. 2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

¹⁹ PATIÑO ALVES, B, y DÍEZ BAJO, A., “Artículo 4”, *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Dir. Lema de Devesa, C., Bosch, 2012, pp. 78 y ss., crítica la transposición realizada en este punto por el legislador español, y señala que el desdoblamiento en dos cláusulas, la general aplicable a todo el comportamiento empresarial o profesional y la aplicable a las prácticas comerciales en las que el afectado es el consumidor, a su modo de ver, es contraria a la propia idea de cláusula general, pues como tal no precisaría concretar, como se ha hecho, los colectivos destinatarios de la misma, aunque se entienda desde la perspectiva de intentar ser fiel al texto de la Directiva.

²⁰ PATIÑO ALVES, B, y DÍEZ BAJO, A., Ob. cit., pp. 61 y ss.



descripción general de actos de engaño que se recoge en el art. 5 de la LCD, que ha de versar sobre la existencia o la naturaleza del bien o servicio, sus características principales, la asistencia postventa o posibilidades de reclamación, la relación contractual, los derechos legales o convencionales del consumidor, o los riesgos, se contemplan las omisiones que también inducen a engaño, relativas a la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento (art. 6 LCD).

También se perfilan supuestos específicos que logran la contratación o comercialización mediante prácticas que crean confusión para los consumidores -por ejemplo, asociando marcas o nombres- (art. 20 LCD); o con engaño sobre la fiabilidad del empresario, mintiendo sobre la adhesión real a códigos de conducta o utilizando signos distintivos de calidad no obtenidos (art. 21 LCD); o que emplean prácticas señuelo y promocionales engañosas -por ejemplo, venta en liquidación o premios automáticos que no se conceden- (art. 22 LCD); o mienten sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (art. 23 LCD); o son ventas piramidales (art. 24 LCD); o inducen a la confusión de bienes o servicios comercializados por otros empresarios (art. 25 LCD); o bien se efectúan a través de otras actuaciones comerciales encubiertas (art. 26 LCD).

Dentro de este tipo se identifica, igualmente, como práctica comercial desleal, la falta de la información negocial necesaria para contratar y el conocimiento de cuáles sean los términos de la relación, que se especifican en los arts. 19.4 y 20 del TRLGDCU. Así, en el artículo 20.2 del TRLGDCU se considera que el incumplimiento del deber de informar de manera adecuada sobre “las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación” tendrá la considerado de práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la LCD; tal información versará, al menos, sobre: a) nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable; b) las características esenciales del bien o servicio; c) el precio final completo, la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar

el precio (...); d) los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones; y e) en su caso, la existencia del derecho de desistimiento.

La determinación en esta sede del TRLGDCU de esta “práctica comercial desleal” se ha advertido que puede suscitar problemas de coordinación normativa con la LCD. De un lado, plantea si el texto de la norma faculta para que quepa exigir más requisitos que los que se prevén en las letras a-e del art. 20.1 del TRLGDCU, dado que la exigencia aquí contenida se introduce con un “al menos”, lo cual sería contradictorio con las previsiones contenidas en el art. 7.4 de la Directiva 2005/29. De otro, genera la duda sobre si la falta de información sobre alguno de los elementos reseñados en el art. 20 del TRLGDCU puede ser considerada suficiente para calificar una “práctica comercial” como “desleal”, o bien para ello han de cumplirse acumulativamente los requisitos que se exigen en el art. 7 de la LCD para la “omisión engañosa” y toda práctica comercial desleal conforme al art. 4 de la LCD. Este tema también se ha suscitado respecto de la intelección del art. 7.4 de la Directiva 2005/29, en cuanto a si debían acumularse los requisitos generales de la omisión engañosa que se recogen en el artículo 7.1 de la Directiva 2005/29²¹, sobre el que la doctrina ha venido discutiendo, habiéndose señalado por el TJCE, sentencia 2016\468, Caso Retten i Glostrup (Tribunal de Glostrup, Dinamarca) contra Canal Digital Danmark A/S, que el art. 7.4 de la Directiva contiene una enumeración exhaustiva de la información sustancial²².

El otro núcleo tipificado de prácticas comerciales desleales son las prácticas comerciales agresivas, definidas en el art.

²¹ STJCE 2016\468, Caso Retten i Glostrup (Tribunal de Glostrup, Dinamarca) contra Canal Digital Danmark A/S, Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones sexta y séptima que el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29 ha de interpretarse en el sentido de que contiene una enumeración exhaustiva de la información sustancial que debe figurar en una invitación a comprar. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el comerciante de que se trate ha cumplido con su deber de información teniendo en cuenta la naturaleza y las características del producto, pero también el medio de comunicación utilizado para la invitación a comprar y la información complementaria que, en su caso, haya facilitado ese comerciante. El hecho de que un comerciante facilite, en una invitación a comprar, la totalidad de la información enumerada en el artículo 7, apartado 4, de esta Directiva no excluye que esa invitación a comprar pueda calificarse de práctica comercial engañosa con arreglo al artículo 6, apartado 1, o al artículo 7, apartado 2, de la Directiva.

²² Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., Ob. cit., pp. 280 a 283.



8 de la LCD con carácter general, en el que se califica como tales a todo comportamiento que sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, que afectan o pueden afectar al comportamiento económico de aquel. Particularmente se concretan como tales, las prácticas agresivas por coacción, que inducen a creer que no se puede abandonar el establecimiento hasta que se contrate (art. 28 LCE); las agresivas por acoso, por acudir al domicilio reiteradamente o enviar propuestas no deseadas de contratación de forma continua (art. 29 LCE); las que exhortan a los niños a adquirir bienes o servicios (art. 30 LCD); u otras actuaciones de esa índole –por ejemplo, la exigencias de documentación complementaria para determinar el siniestro en los seguros, o el pago de bienes que no han sido solicitados- (art. 31 de la LCD).

Desde la perspectiva del mercado, la protección que se ofrece al consumidor frente al padecimiento de alguna de las prácticas comerciales desleales señaladas se concreta en otorgarle legitimación, conforme al art. 33.1 de la LCD, para que pueda ejercitar las acciones de defensa de la competencia que reseña el art. 32.1 a 5 de la LCD: acción declarativa de deslealtad, acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, acción de remoción de los efectos, acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, o acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si medio dolo o culpa del agente.

Ello es consecuente con el papel que se reconoce al consumidor como árbitro del mercado, aunque la efectividad que se pretende resulta toda una incógnita; aunque la legitimación para el ejercicio de aquellas acciones resulte necesaria, dada la pluralidad de intereses a los que atiende la materia de la competencia.

La principal preocupación del consumidor, en los casos en los que sufre este tipo de prácticas comerciales desleales, es la reversión de los efectos adversos sufridos, y no el restablecimiento de la leal competencia del mercado. El dato de los recursos con los que puede contar un consumidor o usuario medio para hacer

uso de dicha legitimación²³ es un elemento significativo que no se puede olvidar. De ahí que el papel que está llamado a desempeñar la persona física consumidor en el marco de la competencia desleal, materialmente, haya sido asumido por las asociaciones de consumidores y usuarios, a las que también se les legitima para el ejercicio de aquellas acciones en el art. 33.3 LCD a fin de restablecer la competencia dentro del mercado²⁴.

4. Incidencia De La Calificación De Práctica Comercial Como Desleal En La Esfera Jurídico Privada Del Consumidor.

La pregunta del efecto que conlleva la valoración de una práctica comercial como desleal en virtud de la tipificación de la LCD -caso, por ejemplo, de venta agresiva o piramidal-, tiene como primera respuesta para la protección al consumidor en el TRLGDCU la penalización y disuasión de ese tipo de conductas mediante la intervención del Estado a través del régimen sancionador.

Al empresario que haya incurrido en dichas prácticas, le será de aplicación lo dispuesto en el art. 47.3 del TRLGDCU que prevé que “las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como... prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”.

La calificación de una práctica comercial como desleal no tiene, sin embargo, una efectividad inmediata en la órbita particular de la relación contractual que es fruto de la misma, salvo

²³ En este sentido CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 33”, *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, dir. Lema de Devesa, C., Bosch, 2012, p. 524, ha señalado que “parece claro que después de la reforma hay que postular una noción amplia de “participación en el mercado” en la que tendría cabida toda aquella persona (física o jurídica, pública o privada) que esté en condiciones (de manera real o potencial) de poner a disposición (o adquirir) bienes y servicios de cualquier clase. Mercado no es más que el espacio, real o virtual, donde concurren toda clase de sujetos a intercambiar, como oferentes o como receptores, bienes y servicios de todo género. Desde los consumidores y usuarios, hasta los empresarios y profesionales. Y no parece que sea inherente a tal exigencia el ánimo de lucro la realización de actividades propiamente empresariales... Distinto es que ciertos actos de competencia desleal o prácticas comerciales desleales, por su propia naturaleza, estén fuera del alcance de personas cuyos fines resulten extraños al tipo. Pero negarles, en abstracto, legitimación activa parece desmesurado”.

²⁴ Cf. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., Ob. cit., pp. 528 y ss.



cuando se trate de la carente oferta de la información referida en el artículo 20 del TRLGDCU²⁵. La razón de ello radica en que el artículo 19.2 del TRLGDCU establece que “no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59”. Disponiendo este artículo 59 del TRLGDCU que “son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”, y que éstos “se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos”.

En consecuencia, los contratos derivados de las prácticas comerciales desleales no quedan afectos por la valoración como “engañosas o agresivas” de esas actuaciones previas y, para estimar la influencia que éstas han tenido en la prestación del consentimiento y formación del contrato, hay que acudir al régimen general contractual.

El sistema desconecta, a pesar de que se indique que se quiere proteger al consumidor, la calificación de las prácticas comerciales desleales engañosas y agresivas (arts. 4, 5, 7, 8, 19 a 31 LCD) de las consecuencias que cabría deducir de esos actos de engaño y agresión en la formación del consentimiento contractual, a pesar de que aquellos sean la causa eficiente de la contratación. En la relación contractual individual, el hecho de constatar que concurrió una práctica comercial desleal engañosa o agresiva, de las tipificadas en la LCD, no anuda normativamente un especial valor ni como presunción, automática e inmediata, de que el consentimiento se prestó viciado, ni como elemento probatorio que acredite que el consentimiento se prestó bajo la influencia del engaño, violencia o intimidación.

Camardi²⁶ pone de manifiesto la razón de esta desconexión que viene evidenciada por el hecho de que la referencia

²⁵ En tal sentido CAMARA LAPUENTE, S., Ob. cit., p. 282, quien señala que la inclusión en el art. 20 del TRLGDCU del contenido del art. 7.4 de la Directiva 2005/29 permite pensar que, en tales casos, además de las sanciones derivadas de la competencia desleal, procede aplicar las sanciones civiles que afecten a la eficacia del contrato inter-partes.

²⁶ “Prácticas comerciales desleales e invalidez de los contratos. La transposición en Italia de la Directiva 2005/29/CE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2010, BIB 2010\576.

de las prácticas comerciales desleales tienen como eje central al consumidor medio: “la del consumidor medio es entonces, por resumir, la metáfora o el medium argumentativo a través del cual el legislador introduce una nueva regla de competencia entre las empresas, incentivando aquellos comportamientos retenidos virtuosos, e individuando el nivel bajo el cual la competencia no es consentida por retenerse ineficaz en cuanto distorsiona las decisiones finales de los consumidores; y por encima de la cual en cambio es libremente consentida en cuanto eficaz, es decir simplemente tal que induce al consumidor a asumir decisiones con pleno conocimiento”. Se trata de tutelar al consumidor en aras de proteger al mercado, pero no de satisfacer las exigencias del derecho contractual que pudiera comportar.

Ello conduce a que el problema que se deriva, en el marco de la relación privada contractual, se deba resolver a través de las reglas generales de la formación de la voluntad; caso de lo que ha ocurrido en España con las llamadas preferentes, en las que han mediado prácticas desleales engañosas por ocultación de información relevante al contratante sobre el producto o servicio a contratar (Cf. STS de 24 de octubre de 2016)²⁷.

²⁷ “5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las participaciones preferentes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

6. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 5158), con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).



Los mecanismos, en consecuencia, a los que puede recurrir el consumidor o usuario para desvincularse del contrato concluido como consecuencia de prácticas comerciales tipificadas como desleales en LCD son los remedios generales del Código civil, y no hay un camino o atajo especial.

Por lo que se refiere a las prácticas derivadas del engaño, las vías de impugnación contractual son el dolo y el error. El consumidor o usuario tendrá que probar que prestó su consentimiento a la celebración del contrato por un dolo causal, fruto de las maquinaciones insidiosas e intención o propósito de engañar de la otra parte, debiendo acreditar además que el dolo fue grave y la causa de la celebración del contrato (arts. 1269 y 1270 del CC). La concurrencia del “dolo incidental”, provocado por la otra parte, no es suficiente en tales casos, dando lugar en su caso a la indemnización (art. 1270 in fine del CC). También se puede llegar al efecto deseado de “anulación del contrato”, si se prueba que el consentimiento se prestó por un “error” excusable que ha recaído sobre la base negocial, y no sobre circunstancias accesorias, cuando ese vicio afecte a la formación de la voluntad negocial (art. 1266 del CC).

En cuanto a las prácticas comerciales desleales consideradas como agresivas, la vía para resolver la cuestión devendrá de la prueba de la existencia de vicios del consentimiento relativos a la “violencia o intimidación”, con la exigencia probatoria relativa a que esa violencia fue irresistible, dadas las circunstancias de cada caso, o que la intimidación suponía sufrir un mal inminente y grave en la personas y bienes (art. 1267 y 1268 del CC). Precisamente, estos restrictivos perfiles de la violencia o intimidación son los que, en algunos casos, pueden llevar a que la desconexión normativa de las prácticas comerciales desleales agresivas con la relación contractual, en la que terminan, no genere una estimación positiva de esa compulsión invalidante del consentimiento contractual, como puede parecer lógico. De ahí la apertura de los ordenamientos jurídicos modernizados hacia soluciones que palien esta cuestión (caso, por ejemplo, de la definición de violencia añadida en la última reforma del art. 1143

del Código civil francés²⁸; o la “undue influence” que acoge, en sede de consentimiento entre las partes, el §1576 del Código civil del Estado de California²⁹).

Buen ejemplo de todo lo expuesto es el caso con el que se iniciaba el análisis de esta materia y la solución dada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), sentencia núm. 43/2011, de 25 enero (AC 2011\314). En ella se dirá que: “No ha quedado acreditado el empleo de fuerza física o violenta en el otorgamiento del contrato (...) pero las partes al suscribir el contrato se encontraban en una posición psicológica e intelectual tan desigual que impedía a la demandante otorgar el consentimiento de una manera verdaderamente libre y voluntaria... el procedimiento de venta empleado por la demandada, iniciado de manera unilateral por ella, sin autorización alguna ni conocimiento de la demandante, supone una introducción en el ámbito privado de comunicación excesivo y agobiante para una persona de las características físicas, psicológicas y culturalesque lógicamente alteran su estado de ánimo y provocan un estado de indecisión tal, que permite a la parte más fuerte y organizada, en este caso la demandada, conducir su voluntad en la forma y manera que sólo a ella interesa y beneficia comercialmente, en claro perjuicio de la contraria al obligarle a soportar un considerable gasto (cerca de tres mil euros) por la adquisición de unos productos respecto de los cuales ni mostró inicialmente interés alguno, ni objetivamente cabe suponer lo tuvieron...”

Como reflexión final cabe señalar que las reglas generales sobre los vicios de la voluntad contractual son el baluarte en el que se apoya la defensa de los intereses justos de los consumidores en los contratos derivados de prácticas comerciales desleales, lo que interpela la efectividad y la utilidad de una normativa

²⁸ Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif (Ordonnance n° 2016-131 de 10 de febrero).

²⁹ Undue influence consists:

1. In the use, by one in whom a confidence is reposed by another, or who holds a real or apparent authority over him, of such confidence or authority for the purpose of obtaining an unfair advantage over him;
2. In taking an unfair advantage of another’s weakness of mind; or,
3. In taking a grossly oppressive and unfair advantage of another’s necessities or distress.



especial, cada vez más profusa, que se dice nacida para amparar y tutelar esos derechos e intereses de los consumidores.

PUBLICIDADE COMPARATIVA, EM ESPECIAL NA INTERNET

*Alexandre L. Dias Pereira**

Sumário: Introdução. 1. Da concorrência desleal à licitude da publicidade comparativa no direito comparado. 2. A publicidade comparativa no direito comunitário: da proposta de 1991 à diretiva de 2006. 3. A publicidade comparativa no direito português: 3.1. Evolução legislativa; 3.2 Noção de publicidade comparativa. 3.3. O teste da publicidade enganosa. 3.4. A publicidade comparativa como possível engano por confusão, em especial como possível ação enganosa em qualquer circunstância. 3.5. A omissão como possível ação enganosa. 3.6. Outras condições de licitude da publicidade comparativa. 4. Conclusão

Introdução

A internet é um poderoso meio de comunicação. Possibilita a disponibilização de informação 24 horas por dia, 7 dias por semana, 52 semanas por ano. Em termos de transparência, tanto os consumidores como as empresas podem, em pouco tempo, obter informação muito completa sobre bens, produtos ou serviços, disponíveis no mercado, e existem inclusivamente sítios com motores de pesquisa dedicados a comparar produtos e serviços

*Doutor em Direito e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

(por ex., o <kuantokusta.pt>). As comparações incidem não apenas sobre bens semelhantes de diferentes marcas, mas também sobre bens idênticos da mesma marca, variando o preço de venda, a localização do vendedor ou outras condições.

É lícita a publicidade comparativa na internet? Em que condições? Qual é o papel do regime jurídico das práticas comerciais desleais neste domínio? Na União Europeia, o direito da publicidade, enquanto ramo do direito do consumidor, tem sido objeto de harmonização significativa, em termos tais que tendencialmente a resposta do direito português será semelhante à dos outros Estados-Membros. Justifica-se, por isso, um breve estudo do direito comparado e da União Europeia.¹

1. Da concorrência desleal à licitude da publicidade comparativa no direito comparado

A questão da publicidade comparativa na internet foi tratada pela jurisprudência germânica há cerca de 20 anos. O Tribunal Regional de Wiesbaden (*Landgericht*), no acórdão de 17 de setembro de 1997 (LG Wiesbaden)², decidiu que a publicidade comparativa na Internet não era, em si mesma, proibida. A Ré, uma companhia de seguros de saúde, tinha introduzido uma funcionalidade no seu sítio da Internet, permitindo que os seus utilizadores comparassem os seus preços com os de outras companhias de seguros de saúde. Se o utilizador inserisse os seus dados pessoais e outras informações, o prémio da empresa seria mostrado no ecrã, o mesmo sucedendo com o das outras seguradoras. No caso concreto, os prémios da Ré e das outras companhias de seguros escolhidas foram apresentados simultaneamente. Em causa discutiu-se se a Ré podia cotizar os prémios de outras seguradoras do ramo saúde, solicitando aos seus potenciais clientes que comparassem os preços. O Tribunal baseou a sua decisão no facto de este tipo de publicidade comparativa na Internet ser diferente de

¹ Sobre a publicidade na Internet vide e.g. Adelaide Menezes Leitão, «Publicidade na Internet», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. 5, Coimbra Editora, 2004, pp. 285-309.

² LG Wiesbaden, Urteil v. 17. September 1997, 12 O 58 / 97. Vide T. Niehl, «Admissibility of Comparative Advertising on the Internet», IRIS 1999-3:3/3, <<http://merlin.obs.coe.int/iris/1999/3/article3.en.html>>



outros tipos de publicidade por não ser diretamente “imposta” ao público. Pelo contrário, exigia a intervenção ativa do potencial cliente que teria que solicitar, ele mesmo, a informação. Além disso, o Tribunal realçou que o legislador pretendia introduzir concorrência no mercado dos seguros de saúde e baixar os preços praticados. A fim de promover essa concorrência, o legislador dera aos consumidores o direito de cancelar qualquer acordo dentro de um determinado prazo se a sua companhia de seguros aumentasse os seus prémios dentro desse prazo. Neste contexto, a publicidade comparativa promoveria a transparência do mercado e protegeria os interesses dos consumidores.

Este acórdão do Tribunal de Wiesbaden está em linha com a jurisprudência germânica neste domínio. No direito alemão a disciplina da publicidade encontra-se na lei contra a concorrência desleal (UWG - *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Com base na interpretação do §1 UWG efetuada pelo BGH no acórdão de 14 de julho de 1961 (*Betonzusatzmittel*)³, a jurisprudência julgou não contrária à cláusula geral dos bons costumes (*guten Sitten*) a comparação publicitária de preços e de produtos de concorrentes reconhecíveis, bem como o confronto direto de produtos concorrentes quando e na medida em que fosse pedido espontaneamente pelo cliente. Existindo razões sérias para realizar a comparação, nomeadamente o interesse dos consumidores no esclarecimento da oferta (*Aufklarungsinteresse*), e sendo esta limitada ao necessário, a publicidade comparativa (*vergleichende Werbung*) seria lícita, para além dos grupos de casos já antes admitidos de “comparação-defesa” (*Abwehrvergleich*), “comparação-de-sistemas” (*Systemvergleich*) e “comparação-progressos” (*Fortschrittvergleich*). Já quanto à utilização de testes comparativos (*Testwerbung*), a publicidade só seria admitida se o único produto reconhecível fosse o publicitado, sendo o anunciante objetivamente responsável pela informação contida nesses testes. Por outro lado, constituiria concorrência desleal a “comparação-informação” com identificação expressa do concorrente diretamente comparado através do seu sinal distintivo, desde logo pela pretensão legítima dos concorrentes em não ser instrumento da publicidade de outros. Em suma, o chamado interesse de informação do consumidor (*Informationsinteressen der Verbraucher*) não justificaria a

³ <https://www.jurion.de/urteile/bgh/1961-07-14/i-zr-40_60/>

licitude da comparação direta ou nominativa, exceto se o confronto fosse solicitado pelo próprio cliente.⁴

De igual modo, no direito italiano o artigo 15.º do Código da Atividade Publicitária (CAP) dispunha textualmente que “la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell’attività e del prodotto pubblicizzato”. Para a jurisprudência, este preceito proibia a comparação direta através do “confronto nominativo”⁵; ao mesmo tempo que permitia a comparação indireta nos limites do estritamente necessário para informar os consumidores sobre as vantagens reais do produto publicitado relativamente ao produto concorrente comparado, e desde que este não fosse “ridicularizado”, sob pena de tal constituir *denigrazione* e concorrência desleal proibidas pelo artigo 14 do CAP e pelo artigo 2598, n.º 2, do *codice civile*, respetivamente.⁶

⁴ G. Cuonzo / K.-J. Schaltenberg, «Disciplina Concorrenziale e Autodisciplina della Pubblicità in Germania Occidentale», *Rivista di Diritto Industriale* 36 (1987), Parte I, pp. 39 ss; Gerhard Schricker, «Die Wettbewerbsliche Verteilung der vergleichenden Werbung in Deutschlands», in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano, 1977, pp. 1037 ss; K. Sedelmeyer, *Vergleichende Werbung auch in Deutschland?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahr. 24, Heft 10 (1991), pp. 370 ss. Para desenvolvimentos sobre a utilização de «Warentests» na publicidade, R. Karpf, *Werbung mit Testergebnissen*, München/Florenz, 1983; R. Sack, *Werbung mit vergleichenden Warentests*, in *RiW: Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung* (hrsg. v. Joachim Amann, Roland Jaspers), Stuttgart, 1982, Rdnr. 800-841. Timothy Krüger, *Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. A publicidade comparativa está regulada na seção 6 da UWG, revista em 2016 <<https://dejure.org/gesetze/UWG/6.html>>

⁵ Sendo que a comparação direta ou nominativa era antes expressamente proibida por força do artigo 21 do C.L.P. – vide M. Fusi, *Il Nuovo Codice di Lealtà Pubblicitaria nella Giurisprudenza del Giurì*, Milano, 1971, pp. 83-84.

⁶ Para permitir a comparação direta foi proposta uma norma com a seguinte redação: “la pubblicità che raffronti aspetti di beni o di servizi oggettivamente verificabili e rilevanti ai fini della scelta dei consumatori, è ammessa purché non sia ingannevole e sleale”. Era uma norma “di autorizzazione della pubblicità comparativa *tout court* e quindi necessariamente anche di quella che viene realizzata mediante un confronto nominativo fra prodotti e/o servizi concorrenti.” – G. Florida, «Legge e Autodisciplina Pubblicitaria in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE», *Rivista di Diritto Industriale* 36 (1987), Parte I, p. 135. Na sequência, seria adotado o artigo 15 do Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale <<http://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/il-codice/>>. Entretanto a publicidade passou a ser regulada pelo *Codice del consumo* de 2005 e também pelo Decreto Legislativo de 2 agosto de 2007, n. 145, que transpõe o artigo 14 da Diretiva 2005/29/CE (*Gazzetta Ufficiale* n. 207 del 6-9-2007)



No direito francês é apontada a decisão de 22 de julho de 1986⁷ da *Cour de cassation* como o ponto de superação do entendimento tradicional de que a publicidade comparativa constituiria concorrência desleal, nos termos do artigo 1382 do *code civil*, para além de poder ser uma utilização de marca não autorizada e punida pelo artigo 424º do *code pénal*. Nos termos da decisão, «n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence».⁸ Antes era considerada ilícita a comparação publicitária de concorrentes reconhecíveis (quando não autorizada por estes), ou que constituísse um *dénigrement collectif*. Apenas a “comparação-de-sistemas”, “a comparação-de-progressos”, a “comparação-defesa”, as documentações informativas internas das empresas (não levadas ao conhecimento de terceiros), as meras referências à semelhança de preços e à desconformidade com os regulamentos do material utilizado por concorrentes, eram tidas como não constitutivas de concorrência desleal.⁹

O recurso tradicional ao conceito de *usages professionnels* para proibir a publicidade comparativa, enquanto concorrência desleal, era já então criticado. A referência aos usos profissionais seria uma referência a abusos, na medida em que certas práticas comerciais seriam cultivadas em detrimento dos consumidores e da coletividade¹⁰, sendo necessário alargar o âmbito de proteção da concorrência desleal para acolher os interesses de outros sujeitos, nomeadamente os consumidores. O legislador francês aprofundou a via aberta pela jurisprudência e aprovou a lei n.º 92-60 de 18 janeiro de 1992, destinada a reforçar a proteção dos consumidores. Foi considerada uma lei “revolucionária”¹¹ ao permitir a comparação de bens com identificação expressa

⁷ Para uma apreciação crítica desta “brecha” jurisprudencial *vide* G. Cas, *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, Jurisp., p. 436.

⁸ *Lamy droit économique: «Publicités»*, 1991, n.º 3425, p. 786.

⁹ Cfr. P. Greffe, F. Greffe, *La publicité et la loi*, 7ª ed., 1990, pp. 212 ss; V. Chantérac, R. Fabre, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, 1986, p. 128 ss; J.-J. Biolay, *Promotion des ventes et droit de la publicité*, Paris, 1991, pp. 137 ss; R. Fourés, *Le droit et la publicité*, 1ª ed., pp. 36 ss.

¹⁰ G. Schricker, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la C.E.E.*, 1970, p. 170, *apud* A. Pirovano, «Publicité comparative et protection des consommateurs», *Recueil Dalloz Sirey* 1974, Chr., XLIX, pp. 279 ss.

¹¹ Cf. *La semaine juridique*, n. 5, 1992, III, 65332, p. 100 ss.

do sinal distintivo do bem comparado.¹² O *Conseil constitutionnel* validou esta lei face ao direito constitucional de propriedade em matéria de marcas.¹³ A informação do consumidor e a promoção da concorrência justificariam, em princípio, a licitude da utilização da marca de terceiros no âmbito de publicidade comparativa. Atualmente, a disciplina da publicidade comparativa encontra-se nos artigos L121-8 a 121-13 do *Code de la Consommation*, alterados pela *Ordonnance* n° 2016-301 de 14 de março de 2016.¹⁴

2. A publicidade comparativa no direito comunitário: da proposta de 1991 à diretiva de 2006

Embora tivesse sido considerada *revolucionária*, a lei francesa espelhava, em larga medida, uma proposta de diretiva, apresentada pela Comissão em 28 de maio de 1991, sobre publicidade comparativa, destinada a modificar a Diretiva 84/450/CEE¹⁵ sobre a publicidade enganosa, a qual ressaltava

¹² Em suma, foi expressamente autorizada a publicidade comparativa de bens ou serviços que identifique expressamente o comparado através da citação do seu sinal distintivo, devendo, todavia, ser leal, verídica e não enganosa. A comparação não deveria depreciar nem parasitar a concorrência (“aucune comparaison ne peut avoir pour *objet principal* de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque” nem “présenter des produits ou des services comme l’imitation ou la réplique de produits ou des services revêtus d’une marque préalablement déposée”) e teria que limitar-se a uma comparação objetiva (parecendo ser expressamente proibida a utilização de testemunhos - “la publicité comparative ne peut pas s’appuyer sur des *opinions ou des appréciations individuelles ou collectives*”) sobre características essenciais, relevantes, afins e verificáveis de bens ou serviços da mesma natureza e disponíveis sobre o mercado. Recaindo sobre preços, a comparação deveria respeitar a produtos idênticos vendidos nas mesmas condições e indicar o período durante o qual são mantidos os preços pelo anunciante. Recaindo sobre produtos que gozem de uma denominação de origem controlada, só seria permitida relativamente a produtos com a mesma denominação. Além disso, a publicidade comparativa seria sempre interdita em embalagens, faturas, bilhetes de transporte, meios de pagamento ou bilhetes de acesso a espetáculos ou a locais abertos ao público. Esta lei estabeleceu ainda que o ónus da prova da verdade das suas afirmações cabe ao anunciante, o qual tem o dever de comunicar sempre o anúncio aos “concorrentes-alvo”, antes da difusão da publicidade. Para mais desenvolvimentos sobre esta lei, Yolande Serandour, « L’avènement de la publicité comparative en France (Article 10 de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs) », *La Semaine Juridique*, n. 27, 1992, I, 3596, pp. 295 ss.

¹³ Decisão n° 91-303 DC, 15-1-92 (« dans ces conditions, que le fait pour le législateur d’autoriser la citation de la marque d’autrui dans le cadre de la publicité comparative ne porte pas au droit de propriété une atteinte qui serait contraire à la Constitution ») - cf. *La Semaine Juridique*, cit., pp. 102-103.

¹⁴ <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>

¹⁵ Ver M. Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou proteção (de alguns) dos concorrentes?*, Coimbra, 1994 (Separata do Boletim de Ciências Económicas — Vol. XXXVII).



a possível harmonização futura da publicidade comparativa, no sentido de promover o direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor.¹⁶

A proposta apresentada em 1991 visava a harmonização completa do regime da publicidade comparativa, autorizando-a nas mesmas condições e a um nível elevado de proteção dos consumidores em todos os Estados-membros (art. 7.º, n.º 2, e *considerando* 14).¹⁷ Considerava-se que para se fazer uma publicidade comparativa efetiva poderia ser indispensável identificar os produtos ou serviços de concorrentes fazendo referência aos seus sinais distintivos. Sendo feita dentro das condições aí estabelecidas e, em especial, não tendo por finalidade (principal) tirar partido da notoriedade de outra marca, a publicidade comparativa não violaria o direito exclusivo - já então protegido também pelo direito comunitário - ¹⁸ pois não visaria equiparar-se à outra marca, mas antes distanciar-se desta, destacando objetivamente as diferenças.¹⁹

A diretiva sobre publicidade comparativa só seria adotada em 1997²⁰ através da Diretiva 97/55/CE, que harmonizou, por completo²¹, o regime da publicidade comparativa, inserindo um

¹⁶ Resolução do Conselho, de 14 de abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação do consumidor, alínea d) do ponto 3 do anexo d; Resolução do Conselho, de 19 de maio de 1981, relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação do consumidor, anexo, ponto 40.

¹⁷ Esta proposta era já confortada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial o acórdão de 7 de março de 1990 (proc. n.º 362/88, GB-INNO-BM v. CCL) no qual se pronunciou pela não conformidade com a liberdade de circulação de mercadorias de um Regulamento do Grão-Ducado do Luxemburgo sobre concorrência desleal que negava aos consumidores o acesso à informação sobre os preços praticados antes e depois da redução pelo oferente, destacando assim a importância da publicidade comparativa enquanto relevante ferramenta de informação dos consumidores.

¹⁸ Ver Primeira Diretiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1988 (art. 5.º).

¹⁹ *Considerandos* 11 e 12 da referida proposta.

²⁰ Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

²¹ Todavia, esta harmonização completa era falaciosa, já que a licitude das comparações publicitárias dependia da natureza não enganosa da publicidade, o que cada Estado-Membro poderia definir em termos mais rigorosos do que os mínimos comunitários. Não obstante, no acórdão do Tribunal de 8 de abril de 2003, no processo C-44/01 (*Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Coletânea da Jurisprudência 2003, I-03095, ECLI:EU:C:2003:205), em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou que “o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de

novo preceito, o art. 3.º-A, na agora denominada Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa. Para o efeito, a publicidade comparativa é definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente, considerando-se que a publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objetivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, e que, para assegurar o seu efeito útil, seria indispensável poder identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências aos seus sinais distintivos, cujos direitos exclusivos não seriam violados por estar em causa unicamente acentuar objetivamente as respetivas diferenças (considerandos 14 e 15).

Posteriormente, a Diretiva 2005/29/CE sobre práticas comerciais desleais²² alterou novamente a Diretiva 84/450/CEE²³ nomeadamente quanto ao regime da publicidade comparativa introduzido pela Diretiva 97/55/CE²⁴, dando nova redação ao art. 3.º-A da diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa (art. 14/3).²⁵

setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na redação dada pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, opõe-se à aplicação à publicidade comparativa de disposições nacionais mais rigorosas em matéria de proteção contra a publicidade enganosa no que diz respeito à forma e ao conteúdo da comparação, não cabendo distinguir os diferentes elementos da comparação, ou seja, as indicações relativas à oferta do anunciante, as indicações relativas à oferta do concorrente e a relação entre essas ofertas.”

²² Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), Jornal Oficial n.º L 149 de 11/06/2005, 22-39. Sobre esta diretiva vide José de Oliveira Ascensão, «Problemas atuais da concorrência desleal», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, 2007; Luís Menezes Leitão, «As práticas comerciais desleais nas relações de consumo», *Revista da Ordem dos Advogados* ANO 71 (2011), n.º 2, pp. 423-445.

²³ Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa.

²⁴ Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

²⁵ De acordo com o novo regime, a utilização de comparações passa a ser autorizada quando a publicidade comparativa: (1) não seja enganosa na aceção do artigo 3/2 e do artigo 7/1 da diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa ou dos artigos 6.º e 7.º da diretiva sobre práticas comerciais desleais; (2) compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objetivos; (3) compare objetivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; (4) não desacredite ou denigre marcas,



O regime da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, é baseado na proibição da publicidade enganosa. Porém, o artigo 7/1 da diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa ressalva que os Estados-Membros podem, em princípio, manter ou adotar medidas mais rigorosas de proteção dos profissionais e dos concorrentes, mas já não de proteção dos consumidores.²⁶ Assim, cada Estado-membro pode regular a publicidade comparativa em termos mais restritivos no quadro, por exemplo, da concorrência desleal, mas já não no seio do direito do consumidor.

Mais recentemente, a Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa, aprovada em 1984 e alterada em 1997 e em 2005, foi substituída pela Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa, que no essencial apenas renumera os artigos da anterior.

designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; (5) em caso de produtos com denominação de origem, refira-se, em cada caso, a produtos com a mesma denominação; (6) não retire partido indevido da notoriedade de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; (7) não apresente um bem ou serviço como uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida; (8) não crie confusão entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente, ou entre uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente.

²⁶ A transposição da diretiva sobre práticas comerciais era prevista pelo Anteprojeto do Código do Consumidor, que integrava o direito publicitário, estabelecendo o regime da publicidade comparativa no art. 101.º, que se preenche por remissão para a norma relativa às ações enganosas que inclui a publicidade enganosa (art. 132.º). Nas palavras do Presidente da Comissão do Código do Consumidor na *Apresentação* do Anteprojeto: “Aproveita-se a oportunidade para transpor a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização a distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores, assim como a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores no mercado interno. Tarefa que não foi fácil, particularmente neste segundo caso, perante uma diretiva de harmonização plena que condiciona fortemente o trabalho de transposição e que pode deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter.” - António Pinto Monteiro, *Código do Consumidor – Anteprojeto*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2006, pp. 7-8. O regime das práticas comerciais desleais da diretiva 2005/29/CE está previsto especificamente na subsecção II do capítulo IV do título II. A propósito deste Anteprojeto, apenas uma palavra para saudar a sua elaboração. Trata-se, na generalidade, de um marco da ciência jurídica portuguesa que permitirá, desde logo, suprir insuficiências da atual legislação do direito do consumidor resultantes nomeadamente da sua dispersão.

3. A publicidade comparativa no direito português

3.1. *Evolução legislativa*

Em Portugal, a publicidade comparativa foi objeto de disciplina legal específica há menos de 40 anos com o Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro. Na doutrina já então se discutia se a publicidade comparativa seria um ato de concorrência desleal proibido pelo artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial de 1940 então em vigor. Uns respondiam afirmativamente²⁷, enquanto outros admitiam a sua licitude se fosse objetiva e dirigida a uma finalidade de esclarecimento²⁸, ou na medida em que não contivesse falsas afirmações.²⁹

No sentido de “colmatar uma grave lacuna do nosso ordenamento jurídico”, o referido DL 421/80 autorizou expressamente a publicidade comparativa no artigo 18.º, na medida em que cumprisse dois requisitos positivos e quatro negativos.³⁰ Este regime foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho³¹, e já depois de Portugal entrar na então CEE, o Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de outubro, aprovou o Código da Publicidade, transpondo a Diretiva n.º 84/450/CEE de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa. Segundo o preâmbulo desta Diretiva, a harmonização do regime da “publicidade desleal bem como,

²⁷ J. Cruz, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed., 1985, p. 381.

²⁸ Moitinho de Almeida, *Publicidade Enganosa*, 1974, p. 69, *apud* Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, p. 81.

²⁹ J. Calvão da Silva, «La publicité et le consommateur», *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 1981, p. 205 e nota 28.

³⁰ A comparação publicitária deveria ser rigorosamente objetiva e ter por escopo principal o esclarecimento ou defesa do consumidor, por um lado, e não poderia (a) induzir em engano quanto ao valor do produto, mediante através de comparações exageradas ou irrealistas com outros produtos ou serviços, (b) estabelecer confusão entre produtos e marcas concorrentes, (c) dar lugar a concorrência desleal ou depreciação do produto comparado, e (d) utilizar produtos com níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

³¹ Estabeleceu que “a publicidade que se socorra de comparações, explícitas ou implícitas, deverá abster-se de: a) induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do bem publicitado; b) utilizar expressões ou imagens denegridoras dos produtos comparados; c) fazer uso de mensagens cujo uso, não sendo suscetível de comprovação a todo o momento perante as instâncias competentes, possa influenciar, pelo seu tom hiperbólico ou superlativo, a escolha do público; d) estabelecer confusão entre marcas, produtos, serviços ou entidades concorrentes; e) incorrer, de um modo geral, em práticas de concorrência desleal.



em caso de necessidade, da publicidade comparativa” foi deixada para uma segunda fase (considerando 6), sem prejuízo de os Estados-Membros regularem essa matéria nomeadamente para “assegurar uma proteção mais ampla dos consumidores”³².

O Código da Publicidade continuou a permitir a publicidade comparativa³³, embora tenha suprimido a referência à concorrência desleal. Isso significaria, a nosso ver, que cumpridas as condições do Código, a publicidade comparativa não seria concorrência desleal, por não contrariar normas e usos honestos de qualquer atividade económica.³⁴ De resto, como escreveu Nogueira Serens, a proteção-informação dos consumidores exigiria, *inter alia*, “a afirmação da lealdade, é dizer, da licitude, sem restrições de qualquer espécie, do reclame comparativo, baseado em factos verdadeiros — *maxime*, o que utilizasse os dados de experimentações e controlos dos produtos (os chamados “*Warentests*”) — , que, sem dúvida, contribuiria para uma maior transparência e, nessa medida, possibilitaria aos consumidores escolhas mais racionais”³⁵.

Posteriormente, a transposição da Diretiva sobre publicidade comparativa de 1997 foi feita através do Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que deu nova redação ao artigo 16.º do Código da Publicidade³⁶, reproduzindo, praticamente *ipsis verbis*, a letra da diretiva.

³² Cf. A. Frignani, «Riflessioni in ordine ai progetti di legge sulla disciplina della pubblicità», *Rivista di Diritto Industriale*, 36 (1987), Parte I, pp. 103 ss.

³³ Estabeleceu que as comparações deveriam apoiar-se em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos bens ou serviços, não permitindo que estes sejam contrapostos com outros não similares ou desconhecidos (artigo 16.º).

³⁴ Alexandre Dias Pereira, «Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais», *Estudos de Direito do Consumidor* n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 341-378. Sobre o tema ver também Adelaide Menezes Leitão, «Publicidade comparativa e concorrência desleal», *Direito Industrial*, vol. 4, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 237-265.

³⁵ M. Nogueira Serens, *Publicidade e Concorrência*, Coimbra 1991, p. 58.

³⁶ A publicidade comparativa é aí definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente, sendo permitida, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, no que respeita à comparação, na medida em que respeite um conjunto de condições de aplicação cumulativa: a) não ser enganosa, nos termos do artigo 11.º; b) comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; c) comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente; e) não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; f) referir-se, em todos os casos

Finalmente, o artigo 16 do Código da Publicidade foi novamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabeleceu o regime jurídico das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, transpondo a Diretiva 2005/29/CE, e alterando também o artigo 11.º do Código da Publicidade sobre publicidade enganosa.³⁷

Apresentada a evolução legislativa, vejamos então se e em que termos é permitida a publicidade comparativa na internet dirigida aos consumidores, nos termos do Código da Publicidade e de outros diplomas aplicáveis, nomeadamente a lei do comércio eletrónico³⁸.

3.2. Noção de publicidade comparativa

Para começar, é necessário distinguir a publicidade da mera informação e verificar se, e em que termos, a publicidade comparativa é permitida por lei.

de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; h) não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida; i) conter, de forma clara e inequívoca, a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços, sempre que a comparação faça referência a uma oferta específica, devendo também indicar a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica quando tal oferta ainda não se tenha iniciado. O ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa caberia ao anunciante (n.º 5).

Satisfazendo as referidas condições, a publicidade comparativa não constituirá concorrência desleal nos termos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março), que prevê como exemplos de atos de concorrência desleal, *inter alia*, os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), as falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes (b), e as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (c).

³⁷ Sobre a transposição da diretiva das práticas comerciais desleais pelos diferentes Estados-Membros *vide* European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), *State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation*, IP/A/IMCO/ST/2010-04, July 2010.

³⁸ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno), com alterações posteriores.



A publicidade é regulada, sobretudo, pelo Código da Publicidade³⁹, o qual não exclui a internet do seu âmbito de aplicação, seja enquanto páginas web, *banners*, *pop-ups* ou mensagens de correio eletrónico ou afins. Com efeito, o Código “aplica-se a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º), i.e., do “veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária” (artigo 5/1-c).

Por seu turno, a noção de publicidade abrange “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.” (artigo 3/1). São ainda abrangidas na noção legal de publicidade “qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços” (artigo 3/2).

Assim, no essencial, a publicidade é, normativamente, comunicação promocional, tanto de produtos ou serviços, como de ideias ou instituições (públicas ou privadas). De fora fica apenas a propaganda política (artigo 3/3), não obstante a sua natureza de comunicação promocional.

Comparando a noção de publicidade do código com a noção de comunicação publicitária em rede da lei do comércio eletrónico⁴⁰, resulta que esta é menos ampla do que a primeira,

³⁹ Aprovado pelo DL 330/90, com alterações posteriores, sendo a última operada pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril.

⁴⁰ O artigo 20/1 do DL 7/2004 (diploma do comércio eletrónico) exclui da noção de comunicação publicitária em rede: “a) Mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação; b) Mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.”

Esta norma transpõe o artigo 2/f da diretiva 2001/31 nos termos da qual a comunicação comercial abrange “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato.” A Diretiva 2000/31 exclui expressamente a) as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico; e b) as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (artigo 2/f, 2ª parte).

uma vez que esta, ao contrário daquela, inclui as mensagens promocionais igualmente de ideias, princípios, iniciativas ou instituições. A comunicação publicitária pode ter apenas por fim a promoção da imagem de um operador comercial, industrial,

A Diretiva 2000/31 estabelece alguns preceitos sobre a publicidade na internet. Considera-se que a “comunicação comercial (incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais) é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos”; todavia, no interesse dos consumidores e da lealdade das transações, a comunicação comercial deve respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência, sem prejuízo dos requisitos estabelecidos em outros instrumentos de direito comunitário (considerando 29). Destaca-se a importância a proibição da publicidade oculta ou subliminar e o princípio da identificabilidade da comunicação comercial, já previsto no código da publicidade. Assim, as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação, e os respetivos anunciantes, devem ser claramente identificáveis enquanto tais, o mesmo valendo para os concursos e os jogos promocionais bem como as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, incluindo as condições a preencher para neles participar, que devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca, quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido (artigo 26). Em transposição destes preceitos da diretiva, o DL 7/2004 estabelece que nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum, a) a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva, b) o anunciante, e c) as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionaisismos a que ficam submetidos (artigo 21).

Uma outra matéria prevista inicialmente na Diretiva 2000/31 e no diploma interno dizia respeito às comunicações comerciais não solicitadas, matéria que foi depois regulada pela diretiva da privacidade nas comunicações eletrónicas e no respetivo diploma de transposição - Lei 46/2012 de 29 de agosto que transpõe a Diretiva 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, procedendo à primeira alteração à Lei 41/2004, de 18 de agosto, e à segunda alteração ao DL 7/2004. Já a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, por exemplo através da utilização de marcas como metadados processáveis por motores de pesquisa para fins publicitários, não foi regulada pela Diretiva 2001/29, mas apenas no DL 7/2004 (artigo 17).

Por outro lado, para efeitos de determinação do foro competente, o Tribunal de Justiça, nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*, de 7 de dezembro de 2010 (procs. C-144/09 e C-585/08, Colet., p. I2527), clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da Internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao EM do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse EM. O Tribunal de Justiça apresenta, para o efeito, uma lista não exaustiva de tópicos, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros EM para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu EM de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros EM, etc. Para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do profissional no EM de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão.



artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada (artigo 20/2 do DL 7/2004).

Se a publicidade consiste fundamentalmente em comunicação promocional, a publicidade comparativa é definida no Código como “a que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente” (artigo 16/1). Assim, na publicidade comparativa é essencial que o concorrente ou os seus bens ou serviços, sejam explícita ou implicitamente identificados.

A publicidade comparativa não é proibida só por si. Todavia, a licitude da comparação publicitária depende da verificação de várias condições.⁴¹ Essas condições não incidem sobre o suporte utilizado para a sua difusão, que é irrelevante, mas antes sobre o conteúdo da comparação, a saber, desde logo, a publicidade comparativa não pode ser enganosa, nos termos do artigo 11º do código (artigo 16/2-a).

3.3. O teste da publicidade enganosa

O artigo 11º do Código da Publicidade proíbe a publicidade enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Este diploma regula a publicidade enganosa enquanto prática comercial desleal em especial (artigo 6/b e c). É considerada enganosa “a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos [como por ex. o preço⁴²] e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível

⁴¹ É inequívoco o teor restritivo do artigo 16/2: “A publicidade comparativa [...] só é consentida, no que respeita à comparação, [...]”.

⁴² São os seguintes os elementos enumerados para o efeito: “a) A existência ou a natureza do bem ou serviço; b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço; c) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda,

de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo” (artigo 7/1).

Tratando-se de publicidade dirigida a empresas, considera-se enganosa “a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação [apenas] aos elementos identificados” em algumas das alíneas artigo 7/1, nomeadamente a) a existência ou a natureza do bem ou serviço, e b) o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço.

3.4. A publicidade comparativa como possível engano por confusão, em especial como possível ação enganosa em qualquer circunstância

Ademais, enquanto atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, a publicidade comparativa será também considerada enganosa, “[a]tendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto”, se, nomeadamente, criar “confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (artigo 7/2-a).

De notar que a publicidade comparativa será considerada uma ação enganosa em qualquer circunstância se consistir em alguma das práticas comerciais previstas no artigo 8 do DL 57/2008.⁴³ Por exemplo: “p) Promover um bem ou serviço aná-

bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio; d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; e) A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem; f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido; 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.”

⁴³ A *lista negra* de cláusulas comerciais enganosas inclui, por exemplo: “a) Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja; (...) f) Propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente apresentar aos consumidores o bem ou o serviço



logo 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”.

3.5. A omissão como possível ação enganosa

A omissão é igualmente relevante para aferir a natureza enganosa da mensagem publicitária, por conduzir ou ser suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de contratar que não teria tomado de outro modo (artigo 9/1). Será esse o caso, por exemplo, se a publicidade omitir uma informação com requisitos substanciais para uma decisão comercial esclarecida do consumidor (al. a). São elencadas diversas informações tais como as características principais do preço ou serviço, e o seu preço e custos suplementares, incluindo impostos e taxas, quando não se puderem depreender do contexto nem ser razoavelmente calculados de forma antecipada (artigo 10°).

A este propósito o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a omissão dessa marca pode ser uma prática enganosa para efeitos do artigo 3°-A/1-a da Diretiva 84/450 sobre publicidade enganosa e comparativa. No acórdão *Pippig Augenoptik*⁴⁴, o TJUE decidiu, *inter alia*, que “embora o anunciante, em princípio, seja livre de indicar ou não numa publicidade comparativa a marca dos produtos concorrentes, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se, em circunstâncias determinadas, caracterizadas pela importância da marca na escolha do comprador e pela diferença importante, em termos de renome, entre as marcas dos produtos comparados, a omissão da marca mais conhecida é suscetível de se revelar enganosa.”

publicitado; (...) 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; (...) u) Alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações; (...) ab) Alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”.

⁴⁴ Acórdão de 8 de abril de 2003, proc. n.º C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Coletânea da Jurisprudência 2003, I-3095. ECLI:EU:C:2003:205.

3.6. Outras condições de licitude da publicidade comparativa

Para além de não ser enganosa, a publicidade comparativa deverá ainda, nos termos do artigo 16/2 do Código da Publicidade, satisfazer as seguintes condições, recaindo sobre o anunciante, em qualquer caso, o ónus da prova da sua veracidade (artigo 16/5):

1) *Equivalência dos bens ou serviços*, i.e., comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos;

2) *Objetividade e essencialidade da comparação*, i.e., comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço. Para o efeito, o facto de os produtos comparados serem comprados através de canais de distribuição diferentes não impede a publicidade comparativa, como julgou o TJUE no acórdão *Pippig Augenoptik*⁴⁵. Além disso, a respeito da comparabilidade, o TJUE precisou, no acórdão *Lidl*, relativo a um anúncio que compara preços de duas gamas de bens, que esse requisito “exige que os bens em causa possam ser identificados com precisão com base nas informações constantes desse anúncio”.⁴⁶

3) *Distinção dos bens e sujeitos comparados*, i.e., não gerar confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;

4) *Preservação da reputação dos concorrentes*, i.e., não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente. A este propósito, o Tribunal de Justiça esclareceu, no acórdão *Pippig Augenoptik*, que só por si “uma comparação de preços não desacredita um concorrente [...], nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser

⁴⁵ Acórdão de 8 de abril de 2003, proc. n.º C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Coletânea da Jurisprudência 2003, I-3095. ECLI:EU:C:2003:205.

⁴⁶ Acórdão de 18 de novembro de 2010, proc. C-159/09, *Lidl SNC c. Vierzon Distribution SA*, ECLI:EU:C:2010:696.



superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efetuadas.”

Mais recentemente, no acórdão *Carrefour*, de 8 de fevereiro de 2017⁴⁷, o Tribunal de Justiça decidiu que uma publicidade

“que compara os preços de produtos vendidos em estabelecimentos de dimensões ou tipologia diferentes é suscetível de, no caso de esses estabelecimentos fazerem parte de cadeias que possuem respetivamente uma gama de estabelecimentos de dimensões ou tipologia diferentes e de o anunciante comparar os preços praticados em estabelecimentos de dimensões ou tipologia superiores da sua cadeia com os de estabelecimentos de dimensões ou tipologia inferiores das cadeias concorrentes, ser ilícita, salvo se os consumidores forem informados de que a comparação foi efetuada entre os preços praticados nos estabelecimentos de dimensões ou tipologia superiores da cadeia do anunciante e os praticados nos estabelecimentos de dimensões ou tipologia inferiores das cadeias concorrentes.”⁴⁸

5) *Denominação de origem idêntica dos produtos comparados*, i.e., deve referir-se em todos os casos de produtos com denominação de origem a produtos com a mesma denominação. No acórdão *Pippig Augenoptik*, o Tribunal de Justiça decidiu que o correspondente artigo da diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa, “não se opõe a que uma publicidade comparativa reproduza, para além do nome do concorrente, a sua sigla e uma imagem da fachada do seu estabelecimento, se essa publicidade respeitar as condições de licitude definidas pelo direito comunitário.”

6) *Não praticar parasitismo e respeitar os sinais distintivos dos concorrentes*, i.e., não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um

⁴⁷ Acórdão de 8 de fevereiro de 2017, proc. n.º C562/15, *Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU*, ECLI:EU:C:2017:95.

⁴⁸ Mais acrescentou que “Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, para apreciar a licitude dessa publicidade, verificar se, no processo principal, atendendo às circunstâncias do caso em apreço, a publicidade em causa cumpre a exigência de objetividade da comparação e/ou apresenta um caráter enganoso, por um lado, tendo em consideração a perceção do consumidor médio dos produtos em causa, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, e, por outro, tendo em conta as indicações que figuram na referida publicidade, em especial as que se referem aos estabelecimentos da cadeia do anunciante e aos estabelecimentos das cadeias concorrentes cujos preços foram comparados, e, de forma mais geral, todos os seus elementos.” (*Carrefour*, para. 40)

concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes, nem apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço, cuja marca ou designação comercial seja protegida.

São ainda previstos requisitos específicos sobre as *ofertas especiais*, nomeadamente no que respeitam à disponibilidade dos bens anunciados e à duração da oferta (n.º 3 e 4), embora de alcance duvidoso face ao que já resulta do regime da publicidade enganosa. De resto, é duvidoso que as outras condições de licitude da publicidade comparativa acrescentem algo de significativo relativamente à proibição da publicidade enganosa enquanto prática comercial desleal. Todavia, a coincidência não é plena. Por exemplo, o preço pode não ser exigido pela condição de objetividade e essencialidade da comparação, mas já parece ser uma informação substancial cuja omissão poderá ser considerada enganosa nos termos do DL 57/2008.

4. Conclusão

A evolução da disciplina legal da publicidade comparativa revela uma preocupação crescente em acautelar a imagem e reputação dos concorrentes e dos seus sinais distintivos, em especial quando se trata de marcas notórias e especialmente de prestígio. Por isso a jurisprudência germânica, que referimos na abertura, acentua o requisito de a marca do concorrente aparecer na comparação a pedido do consumidor e não por apresentação do anunciante. Desse modo a comparação não seria parasita, nem depreciaria a notoriedade ou prestígio da marca, nem tiraria indevido partido desta.

Todavia, em comparação, a jurisprudência europeia mostrou-se mais favorável à publicidade comparativa, já que o TJEU se pronunciou pela sua licitude, salvo quando seja suscetível de gerar confusão com marcas registadas ou de prejudicar ou tirar partido indevido da reputação de uma marca de prestígio.

Com efeito, no acórdão *Toshiba*⁴⁹, sobre a utilização de números de artigos (números OEM) de um fabricante de aparelhos, que constituem sinais distintivos, nos catálogos de um

⁴⁹ Acórdão de 25 de outubro de 2001, proc. C-112/99, *Toshiba Europe GmbH c. Katun Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2001:566.



fornecedor concorrente, o TJUE decidiu que essa prática apenas “lhe permite beneficiar indevidamente da notoriedade de que gozam quando tal menção tiver por efeito criar no espírito do público visado pela publicidade uma associação entre o fabricante cujos produtos são identificados e o fornecedor concorrente, por o público transferir a reputação dos produtos do fabricante para os do fornecedor concorrente. Para verificar se esta condição está preenchida, cabe atender à apresentação global da publicidade impugnada bem como à natureza do público a que essa publicidade se destina”. O efeito de transferência imagem, típico do patrocínio publicitário, não resulta só por si da mera utilização dos referidos números, antes depende da apresentação global da publicidade em causa e do seu público-alvo.

A licitude da comparação direta ou nominativa é sublinhada no acórdão *O2*⁵⁰, mais tendo o TJUE decidido que o titular de uma marca registada não pode “proibir o uso por um terceiro, numa publicidade comparativa, de um sinal semelhante a essa marca para produtos ou serviços idênticos ou semelhantes àqueles para os quais a referida marca foi registada, quando esse uso não cria no espírito do público um risco de confusão, e isto independentemente do facto de a referida publicidade comparativa preencher ou não todas as condições de licitude previstas no artigo 3.ºA da Diretiva 84/450, conforme alterada pela Diretiva 97/55”.

O TJUE precisou o conceito de tirar partido indevidamente da reputação da marca comparada no acórdão *L’Oreal*⁵¹, a propósito da referência, expressa ou implícita, feita por um anunciante numa publicidade comparativa, de que o seu produto é uma imitação ou reprodução de um produto que ostenta uma marca muito conhecida. No entender do TJUE, “o partido que o anunciante obtém com essa publicidade comparativa ilícita é «indevidamente tirado» do renome dessa marca”.

⁵⁰ Acórdão de 12 de junho de 2008, proc. C-533/06, *O2 Holdings Limited e O2 (UK) Limited c. Hutchison 3G UK Limited*, ECLI:EU:C:2008:339 (“o titular de uma marca registada não está habilitado a proibir o uso, por um terceiro, numa publicidade comparativa que preencha todas as condições de licitude previstas no referido artigo 3.ºA, n.º1, de um sinal idêntico ou semelhante à sua marca”).

⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2009, proc. C-487/07, *L’Oréal S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie contra Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd*, ECLI:EU:C:2009:378).

O regime das práticas comerciais desleais poderá ter um efeito restritivo em matéria de utilização de comparações na publicidade e nesse sentido aponta o acórdão *Carrefour* em sede de comparação de preços⁵². Todavia não afastará o princípio da licitude deste importante instrumento de concorrência e de informação do consumidor quando observados os requisitos aí previstos e transpostos para a lei interna, sendo a internet um canal de informação e comunicação privilegiado para as comparações publicitárias.

⁵² Acórdão de 8 de fevereiro de 2017, proc. n.º C562/15, *Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU*, ECLI:EU:C:2017:95. V., para o direito espanhol, Erika Fernández-Gómez, «Publicidad comparativa: nuevos limites», *Marketing y Comunicación*, 23/3/2017 < <http://www.unir.net/marketing-comunicacion/revista/noticias/publicidad-comparativa-nuevos-limites/549201721514/>>



VENDAS COM PREJUÍZO: PORQUÊ PROIBIR?¹

Carolina Cunha*

1. A pergunta

No art. 5º, 1, do actual diploma regulador das práticas individuais restritivas do comércio (DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro) pode ler-se que: “É proibido oferecer para venda ou vender um bem a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efetivo [acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte]”.

Esta norma representa uma *evolução dentro da continuidade* iniciada em 1986, quando este ilícito de mera ordenação social fez a sua aparição no nosso ordenamento jurídico. Pelo que, ontem como hoje, e apesar de algumas modificações – podemos chamar-lhes aperfeiçoamentos – introduzidas, continua a suscitar as mesmas *perplexidades*.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

¹ O presente texto corresponde, com meras alterações de pormenor, à conferência que proferi no Colóquio “Práticas Comerciais Desleais”, o que explica o seu carácter sintético. Para maiores desenvolvimentos e referências bibliográficas, poderá consultar-se CAROLINA CUNHA, «Vendas com prejuízo», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 207-242, bem como *idem*, «O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, org. Diogo Leite de Campos, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2009.



Mas a existência deste ilícito, desde sempre conhecida e questionada por fornecedores e grande distribuição, apenas saltou verdadeiramente para a ribalta – ou seja, para a atenção do público em geral – há poucos anos, em 2012, com a célebre campanha de uma cadeia de hipermercados que oferecia 50% de desconto aos clientes que realizassem mais de 100 euros de compras num determinado dia.

Este caso, todavia, pode dizer-se *atípico* sob vários pontos de vista: não só não corresponde ao tipo de actuação comum dos agentes económicos que se vêem “enredados” pela referida norma, como gerou múltiplas ondas de choque que *nada têm que ver* com o regime da proibição em si (descatos entre clientes, caos dentro das lojas, congestionamentos de trânsito, críticas do ponto de vista cultural e ideológico por ocorrer no dia 1º de Maio, etc.). Por isso não deve ser tido em mente como “exemplo de nocividade social” da conduta. Foi, digamos, emblemático, sem nunca se ter revelado paradigmático.

Do ponto de vista jurídico convém, isso sim, partir de um postulado básico: a *liberdade de fixação de preços* reconhecida a cada empresa – quer enquanto regra básica de funcionamento dos mercados, quer enquanto projecção do princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica.

Postulado que torna, é bom de ver, mais urgente a pergunta: *porquê proibir a pura e aritmética fixação do preço abaixo de certo limiar?* Qual a justificação axiológico-normativa de tal proibição, a razão de ser que explica a sua consagração e manutenção no nosso ordenamento jurídico?

2. Possíveis justificações - e sua debilidade

Têm sido *várias* as justificações apontadas, mas *nenhuma* se apresenta como suficientemente convincente após um exame mais detalhado.

2.1 Protecção da estrutura concorrencial do mercado?

Visar-se-ia, afirma-se, reprimir as *manobras* de redução de preços dirigidas a *forçar o abandono do mercado* pelas restantes empresas. Mas para essa finalidade já a Lei de Defesa da



Concorrência consagra (no seu art. 11º) o regime do *abuso de posição dominante*, que sanciona a prática de preços predatórios.

Regime que, em termos aritméticos, é até mais exigente, porque no apuramento do carácter predatório de um preço tem em conta os custos de produção (fixos e variáveis) – algo que a norma que proíbe a venda com prejuízo ignora... Mas o regime jusconcorrencial não se basta com a pura aritmética: requer que se demonstre o poder de mercado da empresa, o carácter abusivo do seu comportamento e o efeito nocivo sobre a concorrência, de modo a verdadeiramente detectar as situações carecidas de repressão.

2.2 *Protecção da lealdade da concorrência?*

A protecção da lealdade da concorrência é assegurada, no nosso ordenamento jurídico e em termos bastante amplos, *pelo art. 317º do Código da Propriedade Industrial*, que proíbe todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos. Já no regime das vendas com prejuízo nenhuma exigência se faz quanto à (des)lealdade da prática.

2.3 *Protecção dos concorrentes mais fracos?*

A norma em análise também não exige qualquer demonstração do *grau de força do prevaricador*: um pequeno concorrente, sem poder de mercado significativo, também pode, episodicamente, praticar a venda com prejuízo de certos produtos para atrair mais clientela, incorrendo com isso na sanção determinada pelo regime que alegadamente pretenderia protegê-lo.

2.4 *Protecção dos Fornecedores?*

Argumenta-se também que a *reputação* dos fornecedores que comercializam artigos de marca poderia *sair diminuída* pela circunstância de o revendedor os oferecer, no mercado, a um preço muito baixo².

Mas, bem vistas as coisas, os fornecedores não só já têm ao seu dispor a norma da concorrência desleal (art. 317º do

² Isto apesar de a prática revelar que em virtualmente todos os casos concretamente sancionados o fornecedor *manifestou a sua concordância* face ao preço praticado pelo revendedor.

CPI), como podem recorrer ao esquema contratual da *distribuição selectiva*, caso queiram efectivamente assegurar que a venda se processa nas condições mais favoráveis à manutenção da imagem e reputação dos produtos.

E, sobretudo, caso aquela justificação fosse de acolher, por que motivo *não exige*, então, o legislador que a venda com prejuízo diga respeito a um produto de marca, e que essa marca possua uma reputação susceptível de ser afectada pela fixação de um preço diminuto?

Acrescenta-se, por vezes, a esta argumentação o risco de o distribuidor se *transformar num concorrente directo* do fornecedor, na medida em que os outros clientes poderiam passar a abastecer-se junto do prevaricador, de modo a beneficiar de um preço mais baixo do que o obtido na fonte. Mas também aqui se perfilam diversas várias maneiras adequadas de combater tais riscos, que não uma proibição geral e insensível aos contornos da situação que supostamente pretenderia combater.

2.5 Protecção dos consumidores?

Outra linha de explicação ou fundamentação do regime das vendas com prejuízo assenta na ideia de protecção do consumidor contra os *riscos* inerentes a um comportamento que surgiria (só) como aparentemente benéfico por resultar em preços mais baixos.

Identificam-se, desde logo, *riscos futuros*, vendo na descida dos preços uma estratégia de eliminação de concorrentes destinada a aumentar o poder de mercado da empresa, para num segundo momento proceder à elevação dos preços em detrimento do consumidor, que deixou de possuir alternativas para se abastecer. Todavia, como vimos, este risco é adequadamente combatido pelo direito de defesa da concorrência.

Apontam-se, depois, os chamados *riscos encobertos*, substanciados na divulgação (nomeadamente, publicitária) de preços que funcionam como *chamariz*, mas que se vêm a revelar diferentes dos efectivamente praticados – situação prevista e já suficientemente sancionada por diversos regimes de protecção do consumidor, sobretudo no plano da indicação de preços e das vendas com redução de preço (vulgo promoções, saldos e



liquidações), os quais fornecem tutela suficiente e adequada³ –, ou na circunstância de os preços-chamariz acabarem por ser ‘compensados’, no saldo global da oferta da empresa, pela cobrança de preços mais elevados em outros artigos que o consumidor tem tendência a adquirir na mesma ocasião.

Esta técnica, designada por *loss leader pricing*, é todavia livremente utilizada em vários outros sectores de actividade diferentes da venda a retalho, onde o legislador não a proíbe, e paradoxalmente acaba, no sector onde é proibida (na venda a retalho), por ser bem conhecida dos consumidores, que inclusivamente a utilizam em seu benefício, “aproveitando” criteriosamente as ofertas das diferentes insígnias de distribuição.

3. O modo como se proíbe

A norma também merece censura quanto ao modo como concretiza a proibição – recorde-se que há países onde semelhante proibição é bem mais lassa, enquanto a nossa é de “regra e esquadro”, e, como veremos, desadequada à realidade das relações comerciais.

Vejamos: vender com prejuízo significa vender (ou oferecer para venda) por um *preço inferior ao preço de compra efectivo*; este *preço de compra efectivo* obtém-se *partindo* do preço unitário constante da factura e *subtraindo-lhe* certos pagamentos ou descontos. E eis-nos chegados ao cerne da questão: quais os descontos susceptíveis de dedução?

4. O problema dos descontos

A lei esparralha os descontos elegíveis para dedução através de vários critérios: estarem *directa e exclusivamente relacionados* com a transacção singular; serem *anteriores* à factura e *determináveis* no momento da respetiva emissão; enquadrarem-se numa das *modalidades legalmente previstas* (descontos de quantidade, os descontos financeiros e os descontos promocionais) e obedecerem a determinados *requisitos específicos* (serem identificáveis

³ Cfr., respectivamente, o DL n.º 138/90, de 26 de Abril, alterado pelo DL n.º 162/99, de 13 de Maio; transpôs Directiva 98/6/CE do Parlamento e do Conselho; e o DL n.º 70/2007, de 26 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro no seguimento Lei n.º 29/2014, de 19 de Maio.

quanto ao produto, respetiva quantidade e período pelo qual vão vigorar).

5. O *actual* contrato de fornecimento

Este esquema rígido colide frontalmente com a riqueza da *praxis* que pretende regular. Na verdade, o contrato de fornecimento, tal como actualmente celebrado, inclui um conjunto de vínculos jurídicos conhecidos por “*cooperação comercial*”: já não se destina, apenas e tão só, a satisfazer as necessidades de abastecimento do distribuidor, antes é, em simultâneo, utilizado pelo fornecedor como expediente para fomentar, de modo activo, o escoamento dos seus produtos. Para o efeito, utiliza-se o mecanismo dos bónus ou descontos, que também são muitas vezes a contrapartida de utilidade específicas.

Ora, muitos desses *descontos* não estão ligados a uma concreta factura ou transacção, como a lei exige. São antes *contrapartida de utilidades económicas* que o distribuidor concede ao fornecedor. Só que, como o deve e haver das partes é lançado em conta-corrente (cfr. os arts. 344º e ss. do Código Comercial), essa contrapartida determina, por actuação do *mecanismo de compensação* típico da conta-corrente, um *abatimento* no preço de compra dos artigos fornecidos. Acresce que a lógica subjacente a tal mecanismo não é atomística, transacção a transacção (como pretende o legislador), e sim global e periódica, correspondente ao momento do apuramento do saldo da conta-corrente.

6. Os descontos *efectivamente* acordados

Passemos agora em revista os descontos mais frequentemente acordados, recorrendo, para o efeito, à sua designação comum nas relações comerciais.

Começando pelo *rappel*, este pode ser fixo – e será um desconto meramente financeiro – ou pode ser baseado num certo volume de aquisições periódico (em euros, quilos, litros, etc.) comportando, eventualmente, escalões – caso em que já configurará um desconto de quantidade, *i.e.*, estruturalmente ligado ao volume de mercadoria adquirida.



O *desconto de investimento mínimo* será concedido em virtude de se encontrar previamente *assegurada* a compra de um mínimo de produtos, em lugar de os fornecimentos se fazerem à medida das necessidades do distribuidor; ainda caberá, portanto, na categoria de desconto de quantidade.

Já o *desconto relacionado com o lançamento de novos produtos* – quando se pretende implantar um artigo novo, há naturalmente que estimular a sua aquisição pelo revendedor – corresponde a um claro desconto promocional, verificando-se umnexo automático entre a aquisição do produto e a concessão do desconto, bem como uma determinação *ab initio* do período de vigência.

O *bónus por garantia de tronco comum nacional* constitui uma contrapartida da obrigação de manter nas prateleiras de todos os pontos de venda pertencentes ao distribuidor os produtos constantes de uma lista-base.

O *bónus facing mínimo do linear* consiste numa contrapartida de se assegurar ao fornecedor, dentro dos pontos de venda do distribuidor, uma determinada área de exposição para os seus produtos.

O *bónus de não devolução* representa a contrapartida de o revendedor prescindir do direito de devolução de certos produtos (*v.g.*, os deteriorados).

E, finalmente, o *bónus de organização de operações comuns especiais* corresponde a um desconto relacionado com acções de promoção aos produtos do fornecedor levadas a cabo pelo distribuidor.

7. Apreciação crítica

Como é fácil de constatar, estes últimos descontos (os apelidados de “bónus”) não parecem enquadráveis dentro dos rígidos critérios legais, porque estruturalmente são *contrapartidas de utilidades prestadas pelo distribuidor*.

Recorde-se que a área de exposição dos produtos no comércio a retalho – o linear – é um bem escasso, sobretudo no que respeita à grande distribuição, e existe uma vigorosa competição entre os fornecedores pelo acesso às prateleiras; que cada vez é mais valorada a actuação directa sobre o consumidor, através de campanhas de promoção levadas a cabo no ponto de venda ou em folhetos promocionais; e que o afastamento do

risco correspondente às devoluções de produtos, feitas ao abrigo do regime geral dos contratos, contribui para a gestão eficaz do sistema de vendas dos fornecedores.

Mas, à semelhança de *todos os outros*, estes descontos *visam o mesmo objectivo da parte do fornecedor*: incentivar o escoamento dos produtos e incrementar o seu volume de vendas. Por que razão não podem ser tidos em conta?

É certo que houve alguma evolução legislativa, mas ainda se levantam muitas dúvidas e dificuldades⁴. E é sobretudo de saudar que a própria jurisprudência comece a revelar uma maior flexibilidade na interpretação do regime – de que é exemplo o AUJ 9/2014, onde o STJ admitiu a legalidade do *rappel* por escalões⁵.

8. O “loss leader pricing” e a argúcia do actual consumidor típico

Em suma, o que grande distribuição retalhista faz é, com base no sistema de desconto que descrevi, praticar a técnica do *loss leader pricing* no seu cabaz de produtos – pois é isso que está em causa, a *compra em cabaz*. Fá-lo regularmente, através de folhetos, divulgações *online* e no ponto de venda, etc .

O *loss leader pricing*, enquanto técnica de promoção de vendas, nada tem de ilícito ou de censurável (os casos mediáticos, que referi ao início, são uma nítida e pouco ortodoxa excepção): o termo pretende exprimir o facto de determinados produtos serem vendidos a um preço baixo, de forma a actuar como *traffic builders* (“construtores de tráfego”) ou *loss leaders*, isto é, geradores de *additional store traffic* (“acréscimo de tráfego de loja”).

Centra-se geralmente em produtos cuja procura é especialmente sensível ao preço, muitas vezes ostentando marcas populares, e que os consumidores tendem a utilizar para comparar os preços praticados pelos diversos pontos de venda. Seguidamente, esses preços baixos são alvo de divulgação publicitária, através de folhetos ou de anúncios nos meios de comunicação social.

⁴ Desenvolvidamente, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Lei das práticas restritivas do comércio: um comentário*, colab. J. LOBO MOUTINHO, Almedina, Coimbra, 2014; e aind, MIGUEL SOUSA FERRO, “As vendas com prejuízo morreram. Vivam as vendas com prejuízo?”, *Revista Julgar (online)*, Julho 2017, <http://julgar.pt/as-vendas-com-prejuizo-morreram-vivam-as-vendas-com-prejuizo/>.

⁵ Face a uma dúvida que se colocava e que, em minha opinião, seria talvez insubstituível: o *rappel* no primeiro escalão era fixo e, portanto, um mero desconto financeiro e não de quantidade.



A compressão da margem de lucro do revendedor nesses produtos é depois compensada, seja pelas margens obtidas em outros artigos do seu sortido, os quais se espera que o consumidor que se desloca ao ponto de venda também venha a adquirir, seja pelo próprio aumento do volume de negócios e de tráfego em loja.

Mas este fenómeno do *loss leader pricing* não é exclusivo do comércio a retalho generalista, embora, como sublinhámos, só aí seja proibido. Sirvam de exemplo os restaurantes, que podem comprimir a margem de lucro no preço das refeições – ou de algumas ementas básicas, que utilizam como *traffic builders* – para compensar no preço das bebidas, dos aperitivos, das sobremesas ou dos outros pratos; ou os fabricantes de material informático, que podem apresentar certos produtos de reposição dilatada (*n.g.*, impressoras) a um preço altamente competitivo, para depois recuperar a margem em artigos de reposição frequente (*n.g.*, tinteiros); ou, até, os antigos estúdios de fotografia, que ofereciam – a custo aparentemente zero para o cliente – os rolos fotográficos tradicionais, compensando tal “brinde” no custo da revelação.

O que é mais: o consumidor português actual tem uma clara noção do fenómeno no campo do comércio a retalho generalista: vários estudos mostram que não só não é fiel a uma única insígnia, como tem uma noção bastante razoável das comparações de preços, estando ciente de que o facto de certos produtos estarem ocasionalmente mais baratos numa cadeia de hipermercados não significa que todos os outros produtos também aí ostentem um preço mais favorável. Vai, por conseguinte e cada vez mais, aproveitando as “oportunidades” que encontra nas várias cadeias.

Em suma, como demonstram várias experiências estrangeiras e é advogado até por alguns documentos da Comissão Europeia⁶, o fenómeno em análise revela-se *globalmente benéfico* para o consumidor actual. E, como julgamos ter demonstrado,

⁶ A versão inicialmente apresentada pela Comissão Europeia da Proposta de Regulamento relativa às promoções de vendas no mercado interno – COM (2001) 546 – admitia abertamente esta técnica, advogando a supressão de todos os regimes de proibição de venda com prejuízo em vigor nos Estados-membros (ideia que acabou por ser abandonada, em virtude de fortes pressões políticas e sectoriais).

existem outros regimes no nosso ordenamento jurídico especialmente vocacionados para combater eventuais excessos ou abusos que marginal ou reflexamente decorram de tal prática.

Fica, portanto, definitivamente sem resposta a pergunta que começámos por formular: porquê proibir?



O REGIME DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS (NO CONTEXTO MAIS AMPLO DO ORDENAMENTO JURÍDICO): O DIÁLOGO COM OS REGIMES ESPECÍFICOS DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES E COM O REGIME DOS VÍCIOS DA VONTADE

*Mafalda Miranda Barbosa**

1. Introdução

As modernas relações de consumo determinam riscos acrescidos para os consumidores. Tais riscos denotam-se aos mais variados níveis e têm diferentes causas. Entre eles, conta-se sem dúvida o risco de o consumidor ser confrontado com um profissional que, dotado de uma estrutura mais ou menos complexa de atuação, lança mão de práticas que, pela sua natureza enganadora ou agressiva, acabam por determinar a celebração de negócios que, de outro modo, o sujeito não teria concluído.

Embora fruto do impulso comunitário¹, o legislador português não foi alheio a esta realidade e disciplinou, no DL n.º57/2008, de 26 de Março, as chamadas práticas comerciais

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

¹ Cf. a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno.

desleais, proibindo-as. A amplitude do regime legal – embora preferencialmente (mas não exclusivamente) confinado às relações de consumo – suscita reflexões interessantes, mormente no que toca à dogmática da formação do contrato². Por outro lado, convida o intérprete a um esforço de concretização de certos tipos de práticas comerciais desleais e de articulação entre o regime consagrado no citado diploma com outros regimes legais.

Volvida quase uma década desde a aprovação do regime legal – entre nós pioneiro, pese embora as previsões esparsas com que, anteriormente, éramos confrontados³ – é tempo de balanço.

Nas páginas que se seguem não pretendemos oferecer um estudo exaustivo sobre o tema, mas procuraremos refletir sobre o impacto que o diploma teve (e tem) no nosso sistema jurídico. O objetivo é permitir, por um lado, encetar um diálogo entre o regime das práticas comerciais desleais e o regime dos vícios da vontade e, por outro lado, perceber quais as relações que o DL n.º57/2008 mantém com outros regimes especiais consagrados no ordenamento.

Antes, porém, impõe-se uma breve viagem pela disciplina das práticas comerciais desleais.

2. Práticas comerciais desleais

O DL n.º57/2008 proíbe, no artigo 4.º, as práticas comerciais desleais. Estas vêm definidas, no artigo 5.º, como “qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço”⁴.

Por prática comercial entende-se, de acordo com o artigo

² As reflexões a que nos referimos não deixam de fazer sentido mesmo tendo em conta o disposto no artigo 2.º/2 DL n.º58/2007, nos termos do qual “sem prejuízo do disposto no artigo 14.º, o presente decreto-lei não afeta as disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos”. Na verdade, a reflexão que se anuncia não serve senão para questionar até que ponto este diploma introduz ou não uma alteração na forma como deve ser perspectivado o negócio jurídico e o seu processo formativo, ainda que as regras civilísticas se mantenham intocáveis.

³ Cf., por exemplo, os artigos 27.º a 29.º do antigo regime dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento.

⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito, cf. L. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *Liber amicorum Mário Frota – A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 423 s.



3º/d) DL nº57/2008, “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”. Trata-se, portanto e como ensina Menezes Leitão⁵, de uma definição muito abrangente, “que inclui toda e qualquer conduta do profissional, praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo”⁶. Ela será desleal quando se afaste da diligência profissional, entendida nos termos do artigo 3º/h) como “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 atividade profissional”⁷, e quando distorça ou seja

⁵ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

⁶ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

⁷ De acordo com o ensinamento de Menezes LEITÃO, as práticas admissíveis variam de profissão para profissão, de tal modo que uma prática pode ser admissível para uma profissão e não para outra. Daí o autor chamar a atenção para a importância dos códigos de conduta, definidos no artigo 3º/f) DL nº57/2008 - “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

No mesmo sentido, cf. Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais: uma visita guiada pelo regime português*, Universidade Nova de Lisboa, 2014, 40, considerando que “não é um padrão genérico de conduta, mas antes de competência especializada. Explicitando: o profissional que exerce determinada atividade adquire conhecimentos específicos nesse âmbito, logo, o padrão de conduta a observar terá que atender aos seus especiais conhecimentos na área. Naturalmente, a concretização desse *standard minimum* de honestidade passa por deslindar, casuisticamente, as regras de conduta exigíveis em cada setor de atividade”. Mais esclarece a autora que “não se trata de uma remissão para as regras normais ou habitualmente observadas no sector. Com efeito, não é a habitualidade da prática que a torna lícita. Seguindo essa interpretação, uma prática, mesmo inicialmente desleal, uma vez enraizada no mercado, converter-se-ia numa prática aceite, logo, leal (...). Exige-se que esta passe num crivo de lealdade, aferido de acordo com critérios marcadamente éticos - as práticas honestas de mercado e a boa-fé -, temperados com os usos sociais e regras do mercado e de cada atividade em concreto”.

No que respeita aos dois critérios objetivos fixados pela lei para aferir da diligência do profissional, Sara Garcia esclarece que “a honestidade corresponde a uma ideia de correção profissional, de honradez, de probidade. A sua tradução em regras de conduta assume contornos distintos consoante a atividade em causa. Nesse sentido, os códigos de conduta de cada setor poderão constituir uma ferramenta útil na difícil tarefa de concretização da honestidade da prática” - Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 43. Mas, “os códigos de conduta devem ser usados como meros indicadores, partindo do pressuposto que as regras aí contempladas correspondem a práticas honestas de mercado”. No que respeita à boa-fé, a autora sustenta que se deve, ao nível das relações de consumo (e, portanto, no âmbito das práticas comerciais desleais), “elevar a fasquia da boa-fé”, por referência às relações disciplinadas pelo direito civil. A asserção, contudo, não nos parece de aceitar. Na verdade, operando a boa-fé em concreto, ela atenderá às especificidades da relação à qual

suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor a que se dirige ou quando o afete relativamente a certo bem ou serviço. A distorção substancial do comportamento económico do consumidor existe, segundo o artigo 3º/e) DL nº57/2008, quando a realização de uma prática comercial prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Nas palavras de Sara Garcia, “a prática deve moldar a opção do consumidor, conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria. Em suma, se não tivesse ocorrido essa deturpação no processo formativo da vontade, o consumidor não teria aderido à proposta do profissional”⁸.

A par desta previsão geral, o DL nº57/2008 oferece-nos, no artigo 6º, previsões especiais de práticas comerciais desleais: a) práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em

dita as suas regras e ao particular desnível informacional e de forças entre os contraentes, seja um deles um consumidor ou não. No fundo, é a mesma boa-fé que atua num contexto e no outro. As soluções diversas a que possamos chegar não resultam de uma elevação da fasquia da boa-fé, mas da atuação do princípio na sua conformação concreta. Para mais desenvolvimentos acerca da boa-fé, enquanto princípio normativo, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2000.

⁸ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 50. A autora, na interpretação do pressuposto, vai mais longe e considera que “o requisito refere-se à distorção da conduta dos consumidores destinatários da prática. Cremos, no entanto, que esta disposição deve ser interpretada no sentido de abranger também as distorções das condutas de todos os consumidores, mesmo que não sejam os alvos da prática comercial”. Mais acrescenta que “as distorções são aqui vistas como interferências no processo de formação da decisão do consumidor, prejudicando sensivelmente a sua capacidade decisiva. Sucede que a formação da decisão é um processo interno: tudo ocorre na mente do consumidor, exteriorizando-se através da decisão de transação. O requisito da substancialidade obriga o intérprete a comparar a situação atual com a situação hipotética em que o consumidor estaria se não tivesse ocorrido distorção. Caberá questionar: na ausência da prática comercial, o consumidor teria tomado a mesma decisão” (pág. 51). Por isso, “aferrir a substancialidade da distorção passa por determinar o peso concreto da prática na formação da decisão de transação, numa situação em apreço. O impacto da prática na tomada de decisão do consumidor terá que ser avaliado do modo mais objetivo possível, tendo como referência o consumidor médio e atendendo às circunstâncias do caso concreto. O conceito refere-se à distorção ou suscetibilidade de distorção da conduta do consumidor, o que nos leva a questionar se é necessário que a distorção ocorra de facto ou se basta que seja potencial. Cremos que a interpretação mais consonante com a lógica do sistema é admitir que este requisito se encontra preenchido quando ocorre uma distorção efetiva e atual”.



razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção; b) práticas comerciais enganosas; c) práticas comerciais agressivas.

No que às práticas comerciais enganosas diz respeito, o DL n°57/2008 distingue entre as ações enganosas e as omissões enganosas. As primeiras estão previstas no artigo 7° e são consideradas aquelas que contenham informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos enumerados no n°1 do citado preceito e que, em ambos os casos, conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo. De acordo com o n°2 do artigo 7°, atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é ainda enganosa a prática comercial que envolva qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente; e o incumprimento pelo profissional de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código⁹.

O artigo 8° DL n°57/2008 consagra uma longa lista de ações enganosas, independentemente das circunstâncias (ações enganosas em qualquer circunstância), que resulta da transposição do anexo I da diretiva 2005/29/CE¹⁰: afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja; exhibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária; afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade; afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou

⁹ O n°3 do artigo 7° consagra a hipótese de uma ação enganosa entre empresas, mostrando que o diploma não se aplica exclusivamente às relações entre consumidores.

¹⁰ Para uma tentativa de sistematização delas, cf. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 432 s.

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; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não pode, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os bens ou serviços em questão ou equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades razoáveis, tendo em conta o bem ou serviço, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente apresentar aos consumidores o bem ou o serviço publicitado; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou fornecimento num prazo razoável; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, apresentar uma amostra defeituosa do produto; 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; 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; 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; apresentar, como característica distintiva da oferta do profissional, direitos do consumidor, previstos na lei; 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; 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; 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; 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 e não da venda ou do consumo de produtos; alegar que o profissional está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade; alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar; alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações; transmitir informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado; declarar que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável; 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; 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; alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente

como consumidor; 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.

No que às omissões enganosas diz respeito, o artigo 9º DL nº57/2008 estabelece que é enganosa, e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, a prática comercial que omita uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, inteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior; em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto. O nº4 do artigo 9º, remetendo para uma série de diplomas fundamentais, concretiza o que são requisitos substanciais para estes efeitos. Estando em causa uma proposta contratual ou um convite a contratar¹¹, o artigo 10º esclarece que são substanciais as informações relativas às características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço; ao endereço geográfico, à identidade do profissional e a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico, à identidade e à designação comercial do profissional por conta de quem atua; ao preço, incluindo impostos e taxas, ou quando, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, ao modo como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, a todos os custos suplementares de transporte, de expedição, de entrega e de serviços postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, à indicação de que esses custos suplementares ficam a cargo do consumidor; às modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e ao mecanismo de tratamento das reclamações, na medida em que se afastem das obrigações de diligência profissional; à existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato.

¹¹ Sobre o convite a contratar, cf. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 428, considerando que, nos termos do artigo 3º/i), a definição é controversa, por ser mais ampla do que aquela que é oferecida pela civilística, já que nela cabe também a proposta contratual.



A proibição de ações e omissões enganosas tem sido entendida pela doutrina no sentido da salvaguarda do direito à informação dos consumidores¹². Na verdade, tais condutas têm sido vistas como uma forma de “aproveitamento da desigualdade informacional com o intuito de moldar a decisão do consumidor, de acordo com os interesses empresariais”¹³, ou, de uma forma mais incisiva, tem-se considerado que, porque se omite uma informação substancial ou porque se transmite um dado falso ou enganador, a vontade negocial do consumidor não é formada de uma modo perfeitamente natural e são, já que não é exata a sua representação da realidade, ao ponto de se poder afirmar que, caso não tivesse existido a prática comercial desleal, ele teria decidido de outra forma¹⁴.

No tocante às práticas comerciais agressivas, já não é o engano que determina a transação, mas uma pressão que, sendo exercida no espírito do consumidor, acaba por ser fulcral para a formação da vontade dele¹⁵. Previstas no artigo 11º DL nº57/2008, são identificadas com as práticas comerciais que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limitem ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzem ou são suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Para concretização do critério, o nº2 do artigo 11º manda atender ao caso concreto e a todas as suas circunstâncias, nomeadamente, alguns aspetos como o momento, o local, a natureza e a persistência da prática comercial; o recurso a linguagem ou a comportamento ameaçadores ou injuriosos; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objetivo de influenciar a decisão deste em relação ao bem ou serviço; qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do

¹² Nesse sentido, cf. Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 66.

¹³ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 67.

¹⁴ C.E., a este propósito, Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 64.

¹⁵ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 65.

bem ou serviço ou a mudança de profissional; qualquer ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível.

À semelhança do que se estabelece em matéria de ações enganosas, o artigo 12º DL nº57/2008 consagra uma ampla lista de práticas consideradas agressivas em qualquer circunstância: criar a impressão de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato; contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual; fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual; obrigar o consumidor, que pretenda solicitar indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro, a apresentar documentos que, de acordo com os critérios de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais; incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados; exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou a guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalentes; informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o bem ou contratar a prestação do serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional; transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante a prática de um determinado ato, ganha um prémio ou outra vantagem quando não existe qualquer prémio ou vantagem ou quando a prática de atos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.



O DL nº57/2008 prevê, ainda, formas de reação contra as práticas comerciais desleais. Para além do regime contraordenacional previsto nos artigos 19º e seguintes e do possível recurso à ação inibitória, o artigo 15º remete para os termos gerais da responsabilidade civil e o artigo 14º estabelece que os negócios celebrados com base em práticas comerciais desleais são anuláveis, nos termos do artigo 287º CC. Nos termos do nº3 do artigo 14º, se a invalidade afetar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido. Consoante esclarece Menezes Leitão, esta solução contraria a que resulta do artigo 292º CC, já que a invalidade parcial afeta todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução¹⁶. Como alternativa, o consumidor pode requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade, numa solução veementemente criticada por Menezes Leitão, ao considerar que “as práticas comerciais desleais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em ações ou omissões enganosas ou agressivas”, pelo que “dificilmente a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores”¹⁷.

3. A abrangência do regime e a sua articulação com regimes específicos

Como se pode constatar a partir da breve análise que foi feita, no ponto expositivo precedente, da disciplina instituída pelo DL nº57/2008, o regime das práticas comerciais desleais caracteriza-se, entre outras notas, pela sua abrangência. Para além da previsão de práticas enganosas e agressivas em qualquer circunstância, o legislador oferece-nos cláusulas abertas que permitem, em cada caso concreto, e em função dos critérios definidores consagrados, determinar se estamos ou não diante de uma prática enganosa (ação ou omissão) ou agressiva. Estas são complementadas por uma previsão genérica, à qual se pode recorrer caso a conduta (suspeita) não possa ser assimilada pelo

¹⁶ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 444.

¹⁷ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 444.

âmbito de relevância de nenhuma das outras hipóteses.

Significa isto que a abrangência a que nos referimos acaba por ser apresentada em termos subsidiários. Sara Garcia fala a este propósito de uma pirâmide invertida¹⁸, para evidenciar que, diante de três níveis de proteção consagrados pelo diploma – cláusula geral; práticas enganosas e práticas agressivas; práticas enganosas e práticas agressivas em qualquer circunstância –, devemos começar por analisar o terceiro nível, passando posteriormente à análise do segundo nível até alcançar o primeiro. Ou seja, se se concluir justificadamente que a prática levada a cabo pelo profissional se integra num dos níveis mais específicos, não necessitamos de recorrer ao mais genérico.

Conclui-se, portanto, que a vocação da lei é a de garantir que, para além dos casos especificamente previstos pelo legislador, nenhuma conduta do profissional que coarta a liberdade decisória do consumidor, pela distorção no seu comportamento que provoca, deixa de ter consequências.

Percebe-se, então, que, se algum outro regime previr regras especiais no tocante a práticas específicas proibidas, ele deve prevalecer em relação ao regime geral das práticas comerciais desleais. Isso mesmo é disposto pela Diretiva 2005/29/CE, no artigo 3º/4, onde se estabelece que “em caso de conflito entre as disposições da presente diretiva e outras normas comunitárias que regulem aspetos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem, aplicando-se a esses aspetos específicos”. Por seu turno, o DL nº57/2008 prevê, no artigo 2º/1, que “o presente decreto-lei não prejudica a aplicação de disposições nacionais decorrentes de regras comunitárias que regulem aspetos específicos das práticas comerciais desleais, tais como requisitos de informação e regras relativas ao modo como as informações são apresentadas ao consumidor” e o artigo 2º/3 dispõe que “o regime do presente decreto-lei não prejudica a aplicação de regimes mais exigentes relativos à proteção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos serviços financeiros ou a bens imóveis”¹⁹.

¹⁸ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 31 s.

¹⁹ Sobre o ponto, cf. Teresa Moura dos SANTOS, “A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais”, *Revista eletrônica de direito*, nº1, 2016. A autora sustenta que o uso de cláusulas contratuais gerais abusivas, no sentido da diretiva



Várias conclusões são, a partir daqui, possíveis. Se um determinado regime especial proibir e sancionar uma conduta que possa ser considerada uma prática comercial desleal e o fizer em termos similares aos que são previstos no DL n.º57/2008, então será, em abstrato, aplicável o regime especial. Neste caso, perde utilidade o regime geral. Já não será assim para as hipóteses em que o DL n.º57/2008 previr um regime mais rigoroso. Mais problemática parece ser a situação inversa, em que o regime especial é mais exigente do que o regime geral. Na verdade, a Diretiva 2005/29/CE da qual resultou, por transposição, o DL n.º57/2008 é uma diretiva de harmonização máxima, o que significa que os Estados-membros não podem criar legislação mais exigente e mais protetora para os consumidores nesta matéria²⁰. Em causa o artigo 4.º Diretiva 2005/29/CE.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão n.º31/2009, de 23 de Abril de 2009, teve oportunidade de se pronunciar sobre uma questão como esta. Os casos que lhe foram colocados à consideração relatam-se de uma forma simples, consoante se pode ler no texto do aresto: “a Total Belgium, uma filial do grupo Total que, nomeadamente, distribui combustível em estações de serviço, oferece aos consumidores detentores de um cartão Total Club três semanas gratuitas de assistência na reparação de avarias, por cada enchimento de pelo menos 25 litros por automóvel ou de pelo menos 10 litros por ciclomotor. A VTB, sociedade que exerce atividade no domínio da reparação de avarias, requereu ao juiz nacional que ordenasse à

93/13/CE, implica os elementos constitutivos de uma prática comercial desleal (ação enganadora, uma vez que tal equivalerá ao fornecimento de informação falsa e é capaz de distorcer o comportamento económico do consumidor médio, já que está em causa o uso de cláusulas não vinculativas para o consumidor. O profissional não deve usar cláusulas proibidas fazendo crer que elas são vinculativas – cf. pág. 23. Por outro lado, considera que a falta de transparência, pela violação dos deveres de comunicação e de informação previstos nos artigos 5.º e 6.º DL n.º446/85, também configura uma prática comercial desleal.

Cf., ainda, o Acórdão Perenicová e Perenic, também citado pela autora. Repare-se, contudo, que os termos da equação posta em diálogo pelo TJUE são diversos: na verdade, o que aí se discute é se o facto de uma prática poder ser qualificada como desleal pode ou não ter impacto na qualificação de uma cláusula como abusiva.

Não nos parece, de facto, que tenha utilidade o recurso ao DL n.º57/2008, em face da disciplina consagrada no DL n.º446/85.

²⁰ Cf. Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 16, com uma importante referência ao Ac. TJUE de 23 de Abril de 2009 (processos apensos C-261/07 e C-299/07), que veio considerar que não era admissível a legislação belga que proibia ofertas conjuntas, por ser contrária à diretiva.

Total Belgium NV a cessação dessa prática comercial, na medida em que constituía, nomeadamente, uma oferta conjunta proibida pela legislação belga”. Numa outra situação, ocorreu um litígio entre “a Galatea, sociedade que explora uma loja de roupa interior em Schoten (Belgique), à Sanoma, uma filial do grupo finlandês Sanoma, editora de vários periódicos entre os quais o semanário Flair. O número do Flair de 13 de Março de 2007 era acompanhado de uma caderneta que conferia direito a um desconto sobre produtos vendidos em certas lojas de roupa interior. A Galatea propôs uma ação de cessação, alegando que a Sanoma tinha violado a legislação belga”²¹.

Em causa estava a conformidade da lei belga, que proíbe ofertas conjuntas, com a Diretiva comunitária. Considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia que “os Estados-Membros não podem adotar medidas mais restritivas que as definidas pela diretiva, mesmo para alcançarem um grau mais elevado de protecção dos consumidores. Ora, a este propósito, é forçoso reconhecer que, ao estabelecer uma presunção de ilegalidade das ofertas conjuntas, uma regulamentação nacional como a que está em causa não satisfaz as exigências impostas pela diretiva. Com efeito, a legislação belga estabelece o princípio da proibição de ofertas conjuntas mesmo quando tais práticas não sejam referidas no anexo I da diretiva. Ora, este anexo enumera de forma exaustiva as únicas práticas comerciais proibidas em quaisquer circunstâncias, as quais não devem, por isso, ser objeto de um exame caso a caso”.

A solução ditada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia deve ser entendido com cautelas. Na verdade, sabemos que a previsão de práticas comerciais enganosas e agressivas em qualquer circunstância não esgotam a tutela que, a este nível, é dispensada ao consumidor. No entanto, fora de tais hipóteses expressamente previstas pelo legislador comunitário e transpostas para o ordenamento jurídico português, há que, em concreto, determinar se a conduta do profissional, afastando-se da diligência que lhe era exigida, distorce de forma substancial o comportamento do consumidor, levando-o a aceitar uma transação que, de outro modo, não teria tomado; ou,

²¹ < <http://curia.europa.eu/pt/actu/communiqués/cp09/aff/cp090031pt.pdf> >



em alternativa, se induz o consumidor em erro ou limita a sua liberdade de escolha, levando-o a aceitar uma transação que, de outro modo, não teria tomado.

A Diretiva prevê, contudo, exceções à sua aplicabilidade. Nos termos do artigo 3º/9 Diretiva, “em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Diretiva 2002/65/CE, e bens imóveis, os Estados-Membros podem impor requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os previstos na presente diretiva no domínio que é objeto de aproximação por esta”. Em harmonia com isto, o DL nº57/2008 dispõe, no artigo 2º/3, que “o regime do presente decreto-lei não prejudica a aplicação de regimes mais exigentes relativos à proteção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos serviços financeiros ou a bens imóveis”.

É, portanto, conforme à Diretiva a disciplina instituída pelo DL nº51/2007, de 7 de Março, que prevê que, no caso dos contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria, dos contratos de crédito cuja garantia hipotecária incida, total ou parcialmente, sobre um imóvel que simultaneamente garanta um contrato de crédito celebrado com a mesma instituição para os fins indicados anteriormente, e dos contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre coisa imóvel ou por outro direito sobre coisa imóvel e que sejam celebrados com pessoas singulares que atuem com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional, não é possível fazer depender a concessão do crédito da aquisição de outros produtos financeiros, segundo o disposto no artigo 9º/1. Trata-se, nestes casos, de uma prática que distorce o comportamento económico do consumidor de forma substancial, podendo levá-lo a subscrever produtos financeiros – cujo grau de complexidade não é para si apropriado – fruto de uma influência indevida ou de uma forma de coação, entendida em termos não técnico-jurídicos. No fundo, a liberdade de escolha do consumidor ficaria coartada dada a necessidade de contrair o empréstimo para aquisição de habitação.

Contudo, a não aplicação do regime das práticas comerciais desleais a certos domínios deve ser entendida de forma adequada. Na verdade, se decreto-lei não prejudica a aplicação de regimes mais exigentes relativos à proteção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos serviços financeiros ou a bens imóveis, isso quer significar que, quanto a estes nichos de atividade, o legislador pode prever um regime mais gravoso. Mas não implica que não se possa recorrer ao regime do DL n.º 57/2008 em tudo aquilo que não se encontra especificamente regulado no regime especial²².

É possível, segundo o entendimento generalizado, que sejam propostos ao consumidor produtos financeiros de modo a reduzir determinados custos associados ao contrato, designadamente o spread. Conforme determina o Banco de Portugal, na Carta Circular n.º 31/2011/DSC, de 28 de Abril de 2011, as instituições de crédito, no âmbito das práticas comerciais de vendas associadas facultativas a depósitos ou a operações de crédito contratados por consumidores, na aceção prevista no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (designadamente, as abrangidas pelo disposto no DL n.º 51/2007, de 7 de Março, na redação em vigor, e pelo disposto no DL n.º 133/2009, de 2 de Junho), devem abster-se de comercializar de forma conjunta produtos e serviços financeiros que não se enquadrem num dos seguintes tipos: depósitos bancários, produtos de poupança com capital garantido a todo o tempo, contratos de seguro com capital garantido a todo o tempo, operações de crédito, serviços de domiciliação de pagamentos periódicos, cartões de crédito, de débito e outros instrumentos de pagamento²³. Trata-se, em todos estes casos, de hipóteses em que a liberdade de decisão do cliente bancário não é cerceada, na medida em que apenas está em causa uma diminuição do spread que, de acordo com

²² Um problema interessante deve ser, a este nível, ponderado. Assim, no tocante às vendas obrigatórias associadas, sendo proibidas pelo artigo 9.º DL n.º 51/2007, devemos considerar que são nulas, por contrárias à lei, nos termos do artigo 280.º CC, ou anuláveis por se conseguir estabelecer uma concreta analogia entre a sua intencionalidade problemática e a intencionalidade problemática das práticas comerciais desleais? Parece-nos que a melhor solução é a primeira.

²³ Poderá haver a imposição de celebração de determinados contratos que funcionem como garantia do crédito. Cf., a esse propósito, o DL n.º 222/2009, de 11 de Setembro, relativo aos direitos dos consumidores na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação, que tenham como objetivo o reforço de garantia dos contratos de mútuo.



a ponderação de risco, seria aplicado ao seu crédito. De todo o modo, em concreto é possível o recurso ao DL n°57/2008 para averiguar da conformidade das referidas práticas ao regime definido pelo legislador.

4. A relação entre as práticas comerciais desleais e o regime dos vícios da vontade

O negócio jurídico, enquanto ato jurídico voluntário cujo núcleo essencial é integrado por uma ou mais declarações de vontade tendentes à produção de determinados efeitos práticos que se pretende que sejam juridicamente vinculantes, está no centro do direito privado e pode afirmar-se como um instrumento privilegiado de manifestação da autonomia privada dos sujeitos.

Se tal é inegável, há que, não obstante, reconhecer que não só fomos sendo, com a superação de um pensamento de índole marcadamente individualista, conduzidos para uma materialização da liberdade que lhe subjaz, como o império da vontade se há-de compatibilizar com outros valores fundamentais para o ordenamento jurídico, entre os quais avulta uma ideia de confiança²⁴. A compatibilização a que se alude reflete-se na disciplina que os diversos ordenamentos jurídicos, entre os quais o nosso, dispensam a questões particulares da teoria do negócio jurídico. Referimo-nos, por exemplo, ao problema da interpretação das declarações negociais, com uma índole objetivista, de acordo com o artigo 236º CC. Mas referimo-nos, também, a todas as matérias em que, na ponderação de interesses, o peso decisivo é atribuído à declaração propriamente dita e não à vontade. E referimo-nos, ainda, ao facto de, em todas as situações em que a vontade não é formada de um modo natural e são – a identificar os chamados vícios da vontade –, não se permitir a desvinculação negocial sem mais. Na verdade, o legislador impôs mais ou menos requisitos que se têm de verificar para que se possa considerar anulável o negócio. Esses requisitos estão em consonância com o âmbito de relevância recortado para

²⁴ Com isto não pretendemos retirar força à afirmação precedente. Na verdade, estamos longe de compreender a autonomia no sentido de uma liberdade negativa desenraizada da personalidade que lhe subjaz, pelo que, assim sendo, a materialização a que se alude mais não é do que uma via de concretização plena dessa mesma autonomia.

cada um dos vícios da vontade, procurando-se, deste modo, salvaguardar a confiança do declaratório.

Significa isto que não basta que haja uma perturbação no processo formativo da vontade para que o negócio possa ser considerado, sem mais, anulável. Pelo contrário, exige-se que apertados requisitos de relevância estejam preenchidos: o erro, enquanto inexata ou incorreta representação da realidade, só é relevante quando essencial e próprio e, dependendo da modalidade, quando o declaratório conhecia ou devia ter conhecido a essencialidade do elemento sobre o qual ele recai, quando declarante e declaratório hajam reconhecido por acordo a essencialidade do motivo sobre o qual incide, ou quando recaia sobre a base do negócio; o dolo só é causa de anulabilidade quando essencial, considerando a maioria da doutrina que, porque se exige a intenção ou consciência de induzir em erro, ele terá de ser integrado pelo dolo enquanto forma de dolo; a coação moral requer, para que seja causa de invalidade do negócio, para além de ser principal, que haja uma ameaça ilícita dirigida ao declaratório com a intenção de extorquir a declaração; o estado de necessidade implica a exploração de uma situação de necessidade e a obtenção, a partir dela, de benefícios excessivos ou injustificados; a incapacidade acidental requer que o declaratório tivesse conhecimento da situação de incapacidade ou, em alternativa, que esta fosse notória.

Mesmo para quem mostre abertura no que respeita à assimilação do âmbito de relevância de determinadas hipóteses problemáticas pelo âmbito de relevância do dolo, v.g. no caso de indução negligente em erro²⁵, não se vai tão longe como ao nível do regime das práticas comerciais desleais. São vários os pontos de clivagem.

Em primeiro lugar, a amplitude do conceito de prática comercial leva-nos, a esse nível, a considerar atos que ocorrem antes, durante ou depois da transação comercial, o que permite perceber que não está em causa unicamente o processo formativo do negócio. Em segundo lugar, se é certo que a ratio da disciplina aponta para a proteção da formação da vontade dos

²⁵ Cf., sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da indução negligente em erro – breve apontamento”, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico, 2015, 313-356



consumidores no processo de contratação, não é menos verdade que, no caso das ações enganosas, não se exige sempre que o erro a que o consumidor seja induzido recaia sobre características do bem, da contraparte ou outros elementos determinantes da vontade, e que, no caso das ações agressivas, não se vai ao ponto de requerer a ilicitude da conduta. As divergências parecem ser mais claras no que respeita à distância que separa as práticas agressivas das situações de coação e estado de necessidade. Na verdade, no que tange às práticas enganosas, havendo indução do consumidor em erro, poder-se-ia aventar a possibilidade de se aproximar o regime legal da disciplina codicística em matéria de dolo. No entanto, se pensarmos em determinadas hipóteses consagradas na lei, concluímos que o seu âmbito de relevância ultrapassa o âmbito de relevância do próprio dolo²⁶.

Não obstante o que aqui fica explicitado, é inequívoco o impacto que a disciplina das práticas comerciais desleais pode ter em matéria de compreensão do negócio jurídico e do seu processo formativo. Embora o artigo 2º/2 DL nº57/2008 esclareça que o regime das práticas comerciais desleais não afeta as disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos, o certo é que a proscricção de ações e omissões desleais não deixa incólumes algumas soluções.

Oliveira Ascensão refere, a propósito da caracterização do *dolus bonus*, que “a proteção do consumidor permitiu já avançar, levando a deveres mais precisos que os que resultariam” do enunciado genérico do artigo 253º/2 CC. Em causa estaria a consciência de que o direito do consumidor impôs uma série de deveres de informação nas mais variadas áreas de contratação, o que teria como consequência uma restrição do

²⁶ Pense-se, por exemplo, na hipótese em que o profissional apresenta como característica distintiva da oferta direitos do consumidor, previstos na lei, ou naqueloutra em que o profissional utiliza 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; ou ainda naquela em que o profissional cria, explora ou promove 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 e não da venda ou do consumo de produtos.

âmbito de relevância do preceito²⁷. Dito de outro modo, o *dolus bonus* verificar-se-ia em pouquíssimas situações, atentos os deveres de informação que são impostos aos profissionais. Sublinhando que “o artigo 253º/2 sempre subsistiria para as transações remanescentes, as que não são abrangidas pelo Direito do Consumidor, nem pelos preceitos especiais da lei”²⁸, Oliveira Ascensão não deixa de frisar que, “mesmo nesse âmbito, não pode subsistir nos mesmos termos”²⁹.

Ferreira de Almeida vai mais longe. Na sua obra *Os direitos dos consumidores*, o autor considera que o *dolus bonus* foi afastado pelo dever de informar que resulta da lei³⁰.

Não cremos que o conceito de *dolus bonus* tenha sido eliminado do ordenamento jurídico pátrio. Simplesmente, à medida em que se dilatam os deveres de informação e se expandem as situações aptas a ser qualificadas como desleais por se entender que, com base nelas, o consumidor pode ser induzido em erro, vão-se comprimindo as hipóteses de *dolo bom*, isto é, os casos em que são utilizados artifícios ou sugestões tidos por legítimos segundo as conceções dominantes no comércio jurídico. E se é correto afirmar, como faz Oliveira Ascensão, que restam como remanescentes as relações negociais que não unem profissionais a consumidores, também é elementar perceber que as conceções dominantes no comércio jurídico, não sendo estanques, vão ser codeterminadas (e moldadas) pelas imposições dirigidas aos profissionais, que se vão assumindo como usuais e normais. No fundo, os contornos externos do conceito de *dolo bom* tendem a comprimir-se tanto quanto a prática negocial vai generalizando formas de atuação que tornam ilegítimas outras que delas se afastam.

Nas palavras de Oliveira Ascensão, “a lei atual traduz uma sensibilidade diferente, não compatível com artifícios destinados a induzir em erro ou com a dissimulação do erro em que espontaneamente caiu a outra parte. É indispensável que esse espírito seja prosseguido, perante a ameaça da cultura de bazar

²⁷ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 138 s.

²⁸ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, 139.

²⁹ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, 139.

³⁰ C. Ferreira de ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, 182.



(...) que ameaça a nossa civilização”³¹.

Não se esgota a este nível a influência que o regime das práticas comerciais desleais pode vir a ter no regime dos vícios da vontade. Na verdade, os autores mostram-se cada vez mais permeáveis a uma tentativa de alargamento da relevância das perturbações no processo formativo da vontade negocial, para o que não será indiferente a consideração dos contornos das referidas práticas. A este propósito, Nuno Pinto de Oliveira refere que “o tipo coação só abrange a ameaça, esquecendo, p. ex., as condutas contrárias à boa-fé concretizadas no assédio ou na influência indevida. A diretiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, e o DL n.º57/2008, de 26 de Março, sobre as práticas comerciais desleais nas relações entre os profissionais e os consumidores, consagram o princípio da equiparação entre a coação, o assédio e a influência indevida (...)” e questiona se, “inexistindo uma disposição legal que expressamente determine a anulabilidade do contrato (...) os artigos 255.º e 256.º do Código Civil poderão porventura aplicar-se por analogia aos casos de assédio ou influência indevida?”³².

O problema coloca-se, como o autor reconhece, nos mesmos termos em que se equaciona a possível aplicação do regime do dolo aos casos de indução negligente em erro³³. Sobre esta questão já tivemos oportunidade de nos pronunciar a outro ensejo. Vejamos quais foram as nossas conclusões.

No tocante ao dolo do declaratório, considera-se que, porque este induziu o declarante em erro e porque o seu comportamento é intencional, o negócio pode ser invalidado sem exigência de outros pressupostos que não sejam a verificação do próprio dolo. De acordo com o artigo 253.º/1 CC, “entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante”, estabelecendo o artigo 254.º/1 do mesmo diploma que “o declarante cuja vontade

³¹ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, 140.

³² Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-lei n.º57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, UCP, 2011, 69.

³³ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade”, 71.

tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração”. Nas palavras de Mota Pinto, a existência no deceptor da intenção ou consciência de induzir ou manter em erro é um elemento da definição de dolo³⁴. Segundo o autor, “basta a consciência de criar ou manter uma situação de erro, mesmo que esse não seja o propósito de quem a cria ou mantém”³⁵. Assim, o dolo enquanto vício da vontade implica o dolo do deceptor, sendo, no entanto, suficiente o dolo eventual³⁶. O artigo 253º/1 CC já não incluiria, porém, no seu âmbito de relevância abstrato, os comportamentos negligentes³⁷. Pode acontecer, não obstante, que A, declaratório, induza B, declarante, em erro, através de informações inexatas prestadas, sem consciência da inexatidão, mas com negligência. Ou seja, verifica-se aquilo que na

³⁴ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 526.

³⁵ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526.

³⁶ Segundo o autor, não é necessário que haja intenção ou consciência de criar ou manter uma situação de erro, bastando que haja a intenção ou consciência da “possibilidade de tal situação ser criada ou mantida, como no caso da parte que faz mera conjecturas, sem indicar o que são, ou que concede informações «às escuras», sem ter elementos para tal (p.ex., a afirmação «às escuras» de que um automóvel não sofreu qualquer acidente)” – cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526, nota 724.

No mesmo sentido, v. Helmut KÖHLER, “Die neuere Rechtsprechung zur Rechtsgeschäftslehre”, *Juristenzeitung*, 1984, 19, também citado por Mota Pinto (op. cit., loc. cit.); Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1998, 262; I. Galvão TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 108 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo). O caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, 337 s.

³⁷ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522. Esta posição não é, como veremos, unânime. Em sentido contrário, têm deposto autores como A. Menezes CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 497 s.; ID., “Dolo na conclusão do negócio/Culpa in contrahendo/Anotação a STJ 13-Jan.-1993”, *O Direito*, 1993, 145-174; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, Contratos em especial, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, 103; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo dos artigos 892º e 908º do Código Civil”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 725-740, 727 s.

Os dois primeiros autores citados consideram que o dolo a que se refere o artigo 253º CC deve ser interpretado no sentido de incluir a indução negligente em erro, desde que se trate de negligência consciente. Nuno Pinto Oliveira vai mais longe e considera que o regime do dolo se deve aplicar, ainda, às situações de negligência inconsciente, por analogia – cf. op. cit., loc. cit.

Em rigor, embora recuse um conceito alargado de dolo, Eva Moreira da Silva admite a aplicação analógica às situações de negligência – cf. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo). O caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, 386.

Recusando essa possibilidade, v. Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 314 s.



Common Law se designa por *misrepresentation* e que podemos qualificar como um erro induzido por negligência. Hipóteses haverá, também, em que há consciência do engano, mas em que o declaratário confia que o resultado (o erro) não se verificará. Aqui a negligência será consciente, distinguindo-se, apesar disso, das situações de dolo eventual.

Em qualquer destas hipóteses, entende-se tradicionalmente que não se verifica dolo. Ora, diante de uma factualidade deste tipo, a única hipótese que resta ao declarante é tentar invalidar o negócio com base no erro-vício, desde que os requisitos, gerais e particulares, de relevância daquele se verifiquem. Complementarmente, e porque houve culpa da parte do declaratário, poder-se-ia exigir uma indemnização nos termos da responsabilidade pré-contratual, prevista no artigo 227º CC³⁸. A questão que se coloca é a de saber, porque a reconstituição natural é o principal remédio em sede ressarcitória, se aquela indemnização se pode traduzir na desvinculação do contrato, colocando-se o lesado na situação em que ele estaria se não tivesse confiado na celebração de um contrato sem erro. Esta solução, que não está isenta de problemas, designadamente pelas aparentes antinomias sistemáticas a que conduz³⁹, tem sido aceite entre nós por parte da doutrina e encontra consagração jurisprudencial na

³⁸ Nesse sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522-523, nota 717.

³⁹ Pense-se na questão dos prazos, por exemplo. Assim, o prazo regra para arguir a anulabilidade do contrato com base em dolo é de um ano a contar da cessação do vício, nos termos do artigo 287º/1 CC. Aquele que foi negligentemente induzido em erro não pode invalidar o contrato. Mas poderá, a verificarem-se os requisitos, desvincular-se do contrato, com base nas regras da responsabilidade pré-contratual. Para tanto, está sujeito ao prazo de prescrição de três anos.

Em face da contradição, entre nós, Sínde Monteiro, aceitando a solução da desvinculação do contrato em casos de indução negligente em erro, propõe a correção da solução pela aplicação do prazo de um ano constante do artigo 287º/1CC. Cf. J. Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 380 s.

A este propósito, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 128-129, dando conta de uma decisão do *Oberlandesgericht Hamm* (OLG Hamm) de 28 de Setembro de 1993, que vem pôr a nu esta contradição. Em causa estava uma situação em que tinha havido dolo por parte do declaratário, mas em que tinha sido ultrapassado o prazo para arguir a invalidade do negócio. Colocando-se, então, a questão de saber se era possível recorrer às regras da responsabilidade pré-contratual, uma vez que o prazo de prescrição do direito à indemnização era, antes da reforma do BGB, de 30 anos, o tribunal entendeu que não, porque, neste caso, fazê-lo implicaria contornar a própria lei.

Evidenciando a antinomia sistemática, cf. Rodolfo SACCO, "Il dolo", *Trattato di diritto privato* (a cura di Pietro RESCIGNO), vol. X, 2ª edizione, UTET, Torino, 1995, 198 s.

Alemanha. Não é, porém, até pelo exposto, imune a críticas⁴⁰. Acresce que outros autores se têm mostrado abertamente contrários à perspectiva, optando, em alternativa, por uma recolocação da questão em sede do regime do dolo⁴¹.

O dolo determina a anulabilidade do negócio, nos termos do artigo 254º/1 CC. Menezes Cordeiro, a este propósito e no confronto com o regime do erro, sustenta que, “sendo o erro qualificado por dolo, [a] (...) anulabilidade surge se for determinante da vontade: não tem de ser essencial, pois bastará que, por qualquer razão (mesmo periférica), tenha dado lugar à vontade e não se põe o problema do conhecimento uma vez que, neste caso, ele foi pura e simplesmente causado pelo declaratário”⁴². A asserção do autor deve ser entendida com cautelas. Na verdade, conforme esclarece Mota Pinto, deve fazer-se uma distinção entre o dolo essencial e o dolo incidental e verdadeiramente só o primeiro conduz necessariamente, e desde logo, à anulabilidade do negócio⁴³. Com isto queremos mostrar que o que Menezes Cordeiro evidencia é que, ao nível do dolo, ao contrário do que sucede com o regime do erro, não é necessário provar mais nenhum requisito para além daqueles que configuram o próprio dolo. Ora, quando confrontados com um erro, o negócio só será anulável se o declaratário conhecesse ou devesse conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual recaiu o engano (no caso do erro sobre a pessoa do declaratário e do erro sobre o objeto); ou se declarante e declaratário houvessem reconhecido por acordo a essencialidade do motivo (no caso do erro sobre os motivos); ou se estiverem preenchidos os requisitos do erro sobre a base do negócio (nos termos do artigo 252º/2 e do artigo 437º CC, para o qua somos parcialmente remetidos a este ensejo).

No cotejo comparativo entre o regime do dolo e o regime do erro, sobressaem diferenças assinaláveis, para lá das

⁴⁰ Cf., também entre nós, com amplo desenvolvimento o tratamento monográfico que EVA MOREIRA DA SILVA faz do tema - *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*.

⁴¹ Cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*.

No ordenamento jurídico alemão, v. Hans Christoph GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorstanzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997; Id., “Neue Tendenzen zur schadensersatzrechtlichen Vertragsaufhebung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 900-904, também citado pela autora.

⁴² Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 874.

⁴³ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 524-525 e 526.



semelhanças. Se ambas as figuras podem ser qualificadas como um vício da vontade, se ambas denotam uma perturbação no processo formativo da vontade, inquinando o negócio jurídico ab initio, o que justifica a disparidade judicativa? Para responder a esta questão, central para a compreensão do problema de que nos ocupamos, teremos de relembrar que, na regulamentação dos vícios da vontade, intervêm dois vetores (por vezes) conflituantes: a autonomia privada/liberdade negocial e a confiança das expectativas geradas⁴⁴. Se a autonomia privada coloca exigências no tocante à vontade, porque só quando esta é livre e esclarecida se poderá realizar a dimensão de autodeterminação da pessoa, de que o negócio jurídico é instrumento; a confiança sem a qual o mundo negocial não pode subsistir⁴⁵ requer que a contraparte daquele que vê a sua vontade viciada seja salva-guardada. No tocante ao erro, ele “suscita (...) um problema complexo, por via da contraposição de valores que coloca. Por um lado, a autonomia privada mandaria que, detetado o erro, a declaração fosse corrigida; mas por outro, a confiança suscitada no declaratório obriga à manutenção do que foi dito”⁴⁶.

Os requisitos gerais e especiais (próprios de cada uma das modalidades previstas na lei) de relevância do erro podem, então, ser compreendidos à luz desta necessidade de tutela da confiança. O conhecimento ou a cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual recai o erro ou o acordo acerca da essencialidade do motivo são predispostos de modo a evitar uma desvinculação contrária às expectativas legítimas do declaratório⁴⁷.

⁴⁴ Cf., com idêntica formulação, Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 783 s.

⁴⁵ Cf. Baptista MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, nº3725 (229 a 233), 3726 (265 a 269), 3727 (294 a 298), 3728 (321 a 325), 3729 (361 a 365), 3730 (9 a 14), 3733 (101 a 105), 3735 (169 a 172), 3737 (227 a 229)

⁴⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 833

⁴⁷ Repare-se que o errante pode ter de indemnizar o dano causado ao declaratório, nos termos do artigo 227º. Por esta via, é também tutelada a confiança da contraparte no negócio inválido. Trata-se, contudo, de um remédio para a violação da confiança e não de um mecanismo que salvguarde expectativas legítimas na validade do contrato, impondo a vinculação negocial.

O nosso Código Civil não exige, entre os requisitos de relevância do erro, a *desculpabilidade* ou *excusabilidade* deste – cf. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 510 s. No fundo, os requisitos a que aludimos em texto permitem acautelar devidamente a posição da parte não enganada. Por isso, pode haver culpa no erro, fundamentando, assim, a aplicação das regras da *culpa in contrahendo*. A este propósito, questiona Mota Pinto (*op. cit.*, 511): “não deverá, todavia, entender-se que nunca haverá lugar para esta responsabilidade, dado que os requisitos

Ora, é essa mesma necessidade de tutela da confiança – ou a ausência dela – que explica por que razão, havendo dolo, o negócio é anulável sem exigência de outros requisitos adicionais. É que, pela própria natureza das coisas, o declaratório que fez incorrer intencionalmente o declarante em erro ou que, conhecendo o erro do declarante, o dissimulou, não cumprindo um dever de esclarecimento, não pode invocar quaisquer expectativas que fundem uma confiança merecedora da tutela.

De uma forma simplista, podemos afirmar que o legislador facilita a desvinculação negocial porque, na ponderação que há-de ser levada a cabo ao nível dos vícios da vontade, o que ganha peso determinante é a vontade perturbada pelo comportamento do declaratório. Julgamos encontrar-se aqui a ratio da divergência da disciplina do dolo relativamente à do erro e não num pendor punitivo que se possa descortinar ao nível da regulamentação quando o engano seja intencionalmente provocado⁴⁸.

Aliás, há dados sistemáticos que parecem apontar nesse sentido. Desde logo, o negócio jurídico viciado por dolo está

especiais de relevância do erro, exigidos pelos artigos 251º e 252º, só permitem a anulação quando não há qualquer confiança do declaratório digna de ser protegida?”. Ao que responde, de imediato: “se a lei tivesse exigido o conhecimento ou a cognoscibilidade do erro pela outra parte, como fundamento da anulação, a resposta a esta pergunta seria afirmativa (...), pois o contraente não engando teria contribuído também, com a sua culpa, para os danos resultantes da anulação, dado que o erro era, pelo menos, reconhecível; ora a concorrência da culpa do lesado pode levar à exclusão da indemnização (artigo 570º). (...) a lei não exige aquele requisito, contentando-se (...) com a cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro; ora, pode haver hipóteses em que, verificando-se este requisito, o declaratório nem sequer devesse suspeitar da existência do erro da contraparte. Neste caso, o negócio pode ser anulado, não obstante a falta de culpa do declaratório na formação da sua confiança, mas haverá lugar à obrigação de indemnizar o interesse negativo. Quando, porém, a aplicação do artigo 247º (...) lese clamorosamente os interesses do declaratório, deve obstar-se à anulação, por força da cláusula geral do abuso do direito (334º)” (511-512). Em sentido algo divergente, considerando que, “perante um erro indesculpável, será mais difícil exigir à contraparte o dever de conhecer a essencialidade do elemento”, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 851.

Sobre os requisitos em questão, *vide*, também, A. Pinto MONTEIRO, “Erro e teoria da imprevisão”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº6, 319 s.; Paulo Mota PINTO, “Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, 81 s.; RUI DE ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 138, 72 s.

⁴⁸ Apontando a diferença entre o erro e o dolo, cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade...”, 68. O autor considera que “o erro, por corresponder a uma perturbação endógena do processo de formação da vontade do declarante, está desligado da violação de deveres compreendidos na relação pré-contratual”; e que, no dolo, por se tratar de uma perturbação exógena, há ligação à violação de tais deveres.



ferido pela marca da anulabilidade e não da nulidade. Ora, isto significa que a destruição dos efeitos do contrato é deixada na livre disponibilidade da vítima, não avultando como maior uma ideia de punição por razões de ordem pública. Por outro lado, o dolo de terceiro conduz à anulabilidade do negócio desde que o declaratório tivesse ou devesse ter conhecimento dele. É esta a lição contida no artigo 254º/2, 1ª parte. E, se é certo que o conhecimento do dolo do terceiro configura uma situação de dolo omissivo do declaratório, a solução legal não pode senão conduzir-nos a duas conclusões: em primeiro lugar, o dolo, por si só, não conduz à invalidade do negócio, quando haja expectativas da contraparte a ter em conta; em segundo lugar, sendo relevante o dolo de terceiro, fica claro que o que está em causa não é a sanção (em sentido estrito) da outra parte no negócio, mas a salvaguarda da vontade como base imprescindível de operatividade no mundo negocial⁴⁹.

Tomemos como referência o regime do dolo de terceiro e fixemo-nos no primeiro segmento do citado artigo 254º/2: quando o dolo é conhecido ou cognoscível do declaratório, o negócio é anulável. A cognoscibilidade do dolo significa que era exigível ao destinatário da declaração saber que um terceiro induzia em erro o declarante. Ele não conheceu esse facto, mas, de acordo com o padrão de razoabilidade de um homem médio, deveria ter conhecido. A tutela da confiança retrai-se por esse motivo. Na ponderação dos interesses das partes, dá-se prevalência à vontade do declarante. Mas não porque se esteja diante de um tipo especial de responsabilidade: apesar de se poder pensar que a nota de exigibilidade nos poderia encaminhar para uma ideia de sanção, o certo é que essa interpretação quadra mal com o regime do erro.

⁴⁹ Não se ignora, porém, a disciplina contida na 2ª parte do artigo 254º/2: “se alguém tiver adquirido diretamente algum direito por virtude da declaração, este é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia conhecido”. Parece evidente o sentido da solução consagrada: naquelas hipóteses em que, por necessidade de salvaguardar as expectativas e a legítima confiança do declaratório o negócio não possa ser considerado anulável, não faria sentido estar a conceder um benefício ao autor do dolo. Por isso, mantendo-se a validade do negócio, haverá que fazer decaí-lo na parte que cria uma vantagem ao terceiro.

É claro que haverá hipóteses em que a regra contida no preceito poderá redundar na anulabilidade de todo o negócio. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um seguro de vida celebrado como consequência do dolo do terceiro beneficiário – cf., dando o mesmo exemplo, MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 527, nota 726

Nesse âmbito, a autorresponsabilidade não é chamada a depor no seu sentido mais pleno. De facto, o erro não desculpável ainda é fundamento de anulabilidade do negócio, desde que preenchidos os requisitos de relevância do erro. Dá-se prevalência à vontade do declarante, porque a única razão para se manter um negócio que se encontra perturbado num dos elementos essenciais da sua formação (a vontade) decaí: a confiança.

Ora, será que nas situações de indução negligente em erro não se verifica a mesma estrutura valorativa?

Olhemos, primeiramente, para as situações de negligência consciente. O declarante é induzido em erro pelo declaratório, que viola deveres de informação. Neste caso, havendo consciência da sua parte, decaí, tal como no caso de dolo, a necessidade de proteger a sua confiança. Num confronto analógico entre a intencionalidade problemática da norma e a intencionalidade problemática do caso, podemos verificar que a relevância deste é mais restrita em comparação com a relevância material típica da norma. No entanto, “nem por isso a relevância material do caso jurídico concreto deixa de realizar na sua relevância o material núcleo de relevância fundamentalmente justificativo do sentido problemático-normativo da norma – a autorizar assim que a norma dessa problemática relevância típica se possa ter por critério jurídico de uma problemática relevância concreta menos compreensiva, mas nuclearmente análoga”⁵⁰.

Pensemos numa situação de dolo eventual, enquadrado pela maioria da doutrina na hipótese de dolo prevista no artigo 253º CC. Durante as negociações tendentes à celebração de um contrato de compra e venda, A, comprador, questiona B, vendedor, se o automóvel já tinha sofrido algum acidente. B, sem se informar adequadamente acerca deste pormenor, responde (“às escuras”) que não, induzindo, assim, o comprador em erro⁵¹. A diferença entre o dolo eventual e a negligência consciente é ténue. Ela reside na consideração psicológica do agente: ao prestar as informações “às escuras”, B não confiou na não produção do resultado – na indução de A em erro (e haverá dolo

⁵⁰ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 177 s.

⁵¹ A expressão “às escuras” é de Mota Pinto, tal como o exemplo por nós oferecido em texto. Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526, nota 724



eventual); ou B confiou na não produção do resultado – na indução de A em erro (e haverá negligência consciente).

O grau de censurabilidade será, sem dúvida, superior no primeiro caso. Contudo, se fundamentadamente chegámos à conclusão de que a solução predisposta pelo legislador para os casos de dolo se funda na falta de necessidade de tutela da confiança da contraparte, então não fará sentido não admitir a assimilação adaptativa que metodologicamente se perspetiva. É certo que, na derradeira hipótese, B confiou que não estaria a induzir o comprador em erro, mas estava plenamente consciente da violação, por si, de deveres de informação e proteção e, como tal, a sua confiança não é normativamente fundada, não merecendo tutela⁵².

⁵² Como anteriormente sublinhámos, há autores nacionais que consideram que as condutas conscientemente negligentes que induzam o declarante em erro devem ser integradas no conceito de dolo. O principal argumento dos autores resulta da interpretação que é dada à expressão *consciência de induzir em erro*. São também invocados argumentos de índole sistemática e teleológica.

V., a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, *Da Boa-fé*, cit., 499 e 503; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 107; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo...”, 727 s.; Id., “O dogma da tipicidade...”, 70 s. (*n.*, com especial importância, a taxonomia apresentada pelo último autor citado. Parte da distinção entre o dolo comissivo e o dolo omissivo. No que ao primeiro respeita, ele abrange condutas intencionais e não intencionais: “nas primeiras, nas condutas intencionais, o deceptor atua com dolo direto ou com dolo necessário – i.é, atua com intenção: (i) de induzir alguém em erro, (ii) de encobrir o erro em que alguém se encontre ou (iii) de manter o erro em que alguém se encontre; nas segundas, nas condutas não intencionais, o deceptor atua com dolo eventual ou com negligência consciente – i.é, actua com a consciência de prosseguir os fins anteriormente indicados.” No que tange ao dolo omissivo, apenas abrange condutas intencionais).

Em sentido contrário, negando esta solução, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522 e nota 717; Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 314 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 338.

Repare-se que no caso da última autora citada é evidente que a conclusão a que chega é tributária de uma visão da realização do direito ainda imbuída de uma visão tradicional, que faz apelo à ideia de lacuna e à ideia de letra da lei. A prisão a uma interpretação de tipo hermenêutico que valoriza o elemento literal como aquela que a autora denota não só não permite que se encontre a solução materialmente justa e normativamente fundada para os problemas, como nos enreda em dificuldades acrescidas: não é isso que fica visível na questão da interpretação do sentido da expressão *consciência de induzir em erro*, na pura consideração autista da norma?

Não se ignora que outros elementos da interpretação – para além do gramatical – são também chamados à colação pelos autores. Contudo, eles continuam a operar dentro de um círculo pré-definido pela letra da lei, razão pela qual as conclusões não se afiguram incontrovertidas.

Acerca desses argumentos, cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo...”, 731 s., olhando para os artigos 892º e 908º para concluir que aí o conceito de dolo abrange as condutas negligentes, razão pela qual se deveria defender, em nome da unidade sistemática, um alargamento da interpretação da categoria inscrita no artigo 253º CC e, num diálogo crítico, Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 337 s.

Teremos oportunidade, em texto, de visitar alguns desses argumentos.

E no tocante às situações de indução negligente em erro, quando esta é inconsciente, *quid iuris*?

Para que haja negligência, ainda que inconsciente, tem que ser provada a violação de deveres pré-contratuais, designadamente deveres de informação. O comportamento do declaratório torna-se censurável porque, apesar de não prever a indução em erro, era-lhe exigível que a previsse. Quer isto dizer que, ainda que confie na validade do negócio, a confiança aqui é meramente fáctica e não normativamente fundada na boa-fé contratual. cremos, por isso, ser possível sustentar a integração destas hipóteses na previsão normativa do dolo. A assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância da norma faz-se agora por correção, porque, “por um lado, a relevância material objetivada pelo problema do caso (...) [é] atípica, perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material”, e, “por outro lado, a consideração do caso concreto, com a sua específica intencionalidade problemático-jurídica, (...) [revela] (...) uma insuficiência (...) normativo-jurídica da relevância material tipificada na norma relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma”⁵³. Nem há intenção, nem há consciência da indução em erro. Contudo, a não mobilização da norma para cobrir a relevância concreta do caso determinaria que se frustrasse a intencionalidade normativa da própria norma: dar prevalência, na ponderação de interesses entre os contraentes, à vontade do declarante, em face da inexistência de uma confiança normativamente fundada do declaratório⁵⁴⁻⁵⁵.

⁵³ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 179-180.

⁵⁴ Repare-se que, apesar de não se exigir a agravação do dolo, nem por isso prescindimos de um desvalor de conduta do declaratório. Porém, este desvalor não serve de pilar de sustentação de um juízo de censura. O que se pretende, com a sua constatação, é determinar a falta de uma confiança normativamente fundada. Ora, se não houver culpa, isso significa que não há violação de deveres de informação e que, portanto, ainda que o comportamento do declaratório induza o declarante em erro, esse risco há-de correr por conta do último. Ou seja, aí há um engano em que é o próprio declarante a incorrer. No fundo, falta a imputação ao comportamento do declaratório que só pode existir a partir do momento em que se deteta o desvio em relação à conduta exigível. E essa falta de imputação evidencia, afinal, que há uma confiança normativamente fundada (na boa-fé negocial) na esfera do declaratório. *In fine*, sublinhe-se que, em determinadas situações, se o declaratório se aperceber que o seu comportamento não culposamente induziu o declarante em erro, pode emergir um dever de esclarecimento que, a ser preterido, fundamenta a aplicação do regime do dolo.

⁵⁵ Cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade...”, 73. O autor, relativamente aos casos de negligência inconsciente, sustenta a aplicação analógica do regime do dolo a



O resultado prático será, pois, a anulabilidade do negócio jurídico.

Em algumas situações, essa anulabilidade não poderia também ser fundada no regime do erro⁵⁶? Vejamos: só há negligência inconsciente se o declaratário preteriu deveres de informação (ou por ação ou por omissão). Ao fazê-lo, significa que lhe era exigível conhecer o erro (ou porque o ordenou ativamente ou porque não esclareceu o outro contraente, potenciando-o). Mais do que conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro – a única exigência da lei em matéria de anulação por erro –, o declaratário tem cognoscibilidade do próprio erro. Poder-se-ia pensar que A pode ter conhecimento ou cognoscibilidade do erro e não ter conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual ele incidiu. Simplesmente, esta possibilidade, concretizável no plano do ser, não é viável no plano do dever ser: os deveres de informação avultam por exigências da boa-fé; esta opera em concreto; por isso, ela só vai fazer recair sobre um dos contraentes o dever de informar ou esclarecer quando em causa esteja um elemento essencial em relação ao âmbito do acordo de vontades. O que quer dizer que, ao ter cognoscibilidade do erro, o declaratário vai ter também cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual ele incidiu⁵⁷.

estas situações de indução em erro (“o agente apercebe-se dessa possibilidade por culpa sua, é só por culpa sua; ora, como o agente não deve ser beneficiado por ter atuado com culpa, o artigo 253º deve aplicar-se diretamente aos casos de dolo (dolo direto, necessário ou eventual) e de negligência consciente e deve aplicar-se indiretamente – ou seja, por analogia – aos casos de negligência inconsciente”. Relativamente ao dolo omissivo, sustenta que se deve operar uma extensão teleológica (“deverá alargar o alcance do conceito de dolo negativo ou omissivo de forma a abranger os casos em que o declaratário desconhece, com culpa sua, o erro do declarante”).

⁵⁶ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade...”, 70, adianta que, perante o problema da relação sistémica entre a norma sobre a conduta dos contraentes contida no artigo 227º e as normas sobre validade e invalidade dos contratos contidas nos artigos 253º, 254º CC podemos adotar uma de quatro posições. Entre elas conta-se a de “corrigir a disciplina jurídica do erro para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação do contrato sempre que o erro seja causado pelo declaratário”. A solução enunciada colhe inspiração direta na doutrina germânica e merecerá, *infra*, outras considerações da nossa parte.

⁵⁷ O inverso já não é verdadeiro. Ou seja, o elemento pode ser essencial sem que avultem deveres de informação. É que os deveres de informação não avultam, apenas, em função da essencialidade do elemento sobre o qual o esclarecimento seria prestado. Imprescindível pode ser, por exemplo, a existência de um desnível informacional entre as partes. O que se diz em texto é que, para eles avultarem, em regra, o elemento há-de ser essencial.

As nossas palavras referem-se ao erro sobre a pessoa do declaratório e sobre o objeto. Entre nós, existe, porém, uma categoria residual, a do erro sobre os motivos. Descontado que seja o erro sobre a base do negócio, porque os motivos da contratação apenas dizem respeito a cada um, exige-se, aí, para que o negócio seja anulável, que declarante e declaratório hajam reconhecido por acordo a essencialidade do motivo. A este propósito, Menezes Cordeiro explica que “as pessoas podem formular declarações pelos motivos mais variados e que nada tenham a ver com o objeto do negócio ou com o declaratório. Nessa altura, o facto de o declaratório conhecer – ou dever conhecer – a essencialidade do motivo não justifica a supressão do negócio: não se tratando de um elemento nuclear, ele não tem nada com isso (...). Com uma ressalva: a de ambas as partes terem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo”⁵⁸. Ora, se o motivo diz exclusivamente respeito ao declarante, tratando-se de um elemento estranho ao núcleo do acordo entre as partes, então dificilmente avultará por referência ao mesmo um dever de informação, donde não se desvelará a culpa e o problema perderá o sentido. Contudo, não tem de ser sempre assim: basta, para o efeito, que haja o referido acordo em relação à essencialidade do motivo. Nessa hipótese, se declaratório for chamado a prestar informações e não o fizer ou, fazendo-o, induzir o declarante em erro, ele terá agido negligentemente. Ora, isto quer dizer que a culpa, a este nível, por implicar sempre a violação de deveres de proteção pré-contratuais, só poderá existir se e quando houver acordo acerca da essencialidade do motivo. É que só através desse acordo o motivo, que estava na periferia do negócio (estava para lá e antes dele), é chamado ao seu núcleo essencial. E só no âmbito do que é essencial é que a boa-fé poderá impor deveres que, de outro modo, não existiriam.

O que assim fica dito fica também dependente do que se compreender por acordo de reconhecimento da essencialidade do motivo. Mais uma vez, as palavras de Menezes Cordeiro são úteis no esclarecimento: “o acordo exigido (...) pode ser tácito (...): ambas as partes associam a sua vontade à essencialidade do motivo, identificando-o minimamente na sua configuração

⁵⁸ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 862-863.



e no seu papel”⁵⁹. Ora, há situações em que A pode comunicar o seu motivo para contratar a B, explicando a essencialidade dele, sem que haja acordo dos dois acerca da mesma. A partir do momento em que esse acordo existir, poderão existir da parte de B deveres de informação, porque o acordo transporta aquele motivo para o núcleo determinante do contrato. Sendo a essencialidade do motivo comunicada e avultando deveres de informação a partir da consideração dele, isso significa que houve reconhecimento da essencialidade do motivo por ambos os contraentes. É que não nos podemos esquecer que o acordo a que se refere a lei pode ser tácito e que a boa-fé pode impor esse reconhecimento. Ora, se a boa-fé impõe a alguém deveres de informação relativamente a dados da realidade que podem conter com o motivo exteriorizado, isso implica que a boa-fé está a impor, igualmente, o reconhecimento da essencialidade do motivo pela contraparte⁶⁰.

Com isto concluímos que o critério de ponderação valorativa estabelecido por lei, como forma de salvaguardar a confiança da contraparte, nos encaminha, nestas situações concretas, para dar prevalência à posição do declarante⁶¹. Ora, se assim é, isso

⁵⁹ Menezes Cordeiro, *Tratado*, 863. Cf., também, pág. 864, para um esclarecimento sobre a distinção entre este acordo acerca da essencialidade do motivo e a condição resolutiva.

⁶⁰ É claro que pode haver reconhecimento mútuo da essencialidade do motivo e, ainda assim, não haver deveres de informação. Basta, para tanto, que o motivo, sendo trazido para o núcleo do contrato, não diga minimamente respeito ao declaratório, não estando ele em condições para prestar qualquer esclarecimento.

⁶¹ Veja-se, a este ensejo, KRAMER, “§119° BGB“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 1993, 907 s. Para o autor, o critério de interpretação do § 119° BGB, que auxiliaria o jurista decidente na resolução dos casos concretos, passaria pela distribuição do risco. Teríamos de ver até que ponto o risco de as circunstâncias de facto pressupostas não corresponderem às que realmente existiam deve correr por conta do declarante, em exclusivo, ou deve ser repartido também pelo declaratório. Ora, o risco transferir-se-ia para o declaratório quando este tenha provocado o erro, quando o erro lhe era cognoscível ou quando o erro era comum, o que se verificaria nas hipóteses de erro sobre a base do negócio.

Veja-se, também, o artigo 3.5. Princípios Unidroit [1] O erro só pode ser causa da anulação do contrato se, no momento da conclusão do contrato, o erro tinha tal importância que um contraente razoável, colocado nas circunstâncias concretas, não se teria vinculado ou só o teria feito em circunstâncias diferentes, caso tivesse tido conhecimento da verdadeira situação e a) se a outra parte tiver cometido o mesmo erro, tiver sido causa dele ou ainda tiver conhecido ou deveria ter conhecido a existência do erro e se mostra contrário às exigências da boa-fé manter a contraparte em erro; ou b) se a outra parte não tiver ainda agido, no momento da anulação do contrato, em conformidade com o estipulado; 2) Não há lugar à anulação por erro se a) o erro decorre de culpa grave da parte que incorreu em erro; ou b) o erro incide sobre um elemento relativamente ao qual o risco de erro tenha

serve como teste para a bondade da aplicação do regime do dolo às situações de indução negligente em erro⁶². Na verdade, se o dolo é um erro qualificado, se o desvio à regra da anulabilidade estabelecida a propósito do erro-vício se justifica pela ausência de necessidade de tutela de uma confiança normativamente fundada do declaratório, então percebemos que a intencionalidade dos artigos 253º e 254º se cumpre dando ao problema que temos em mãos a solução predisposta para as situações de indução dolosa⁶³

sido assumido ou, tendo em conta as circunstâncias, deveria tê-lo sido por aquele que incorreu em erro]; o artigo 4:103 dos Principles of European Contract Law [1] um contraente pode invalidar um contrato pelo erro de facto ou de direito existente no momento da celebração do contrato se a) i) o erro foi causado por informações prestadas pela contraparte; ii) a outra parte conhecia ou devia conhecer o erro e mostra-se contrário à boa-fé deixar o contraente em erro; iii) a outra parte cometeu o mesmo erro; b) a contraparte sabia ou deveria saber que o errante, se tivesse conhecido a verdade, não teria contratado ou apenas o teria feito de modo diverso; 2) Não há lugar à anulação do negócio se i) nas circunstâncias o erro não era desculpável; ii) o risco de erro foi assumido]; artigo 7:201 do Draft Common Frame of Reference [1] um contraente pode anular um contrato por erro de facto ou de direito existente quando o negócio foi celebrado se a) se, se não tivesse existido o erro, não teria celebrado o contrato ou tê-lo-ia feito em termos fundamentalmente diferentes e a outra parte sabia-o ou razoavelmente podia sabê-lo e b) a outra parte i) causou o dano; ii) levou a que o errante a concluir o contrato em erro, deixando-o, ao contrário do que era imposto pela boa-fé, em erro, quando conhecia ou devia conhecer o erro; iii) violou deveres de informação pré-contratuais; iv) cometeu o mesmo erro; 2) O errante não pode invalidar o negócio se a) o erro não é desculpável em face das circunstâncias; b) o risco do erro foi assumido ou nas circunstâncias deveria ter sido por esse contraente].

Para uma análise destes regimes, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 215 s.; Paulo Mota PINTO, “Requisitos para a relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Novos estudos de direito privado*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, 43-139.

Repare-se que a disciplina codicística portuguesa se afasta do preceituado nestes projetos de regulamentação do direito contratual ao nível europeu. Aliás, a doutrina maioritária em Portugal tem evidenciado que os artigos 251º e 252º não impõem como requisito de relevância do erro a sua desculpabilidade. Contudo, importa ter em mente que as exigências comunicadas pelo princípio da boa-fé, que não se deixam de sentir a este nível, podem influir na determinação da cognoscibilidade ou não da essencialidade do elemento sobre o qual recai o erro por parte do declaratório.

⁶² Em sentido contrário, cf., a propósito da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa, I. Galvão TELLES, “Parecer de direito”, *A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lex, Lisboa, 1995, 194 s.

⁶³ A expressão dolosa é agora utilizada num outro sentido, como se compreende. Tempo, pois, para vincar a dupla aceção que o termo encerra: por um lado, o dolo é um vício da vontade; por outro lado, o dolo pode ser uma forma de culpa. Assim, por exemplo, na Alemanha, somos confrontados com duas expressões a designar estas realidades: *Täuschung* e *Vorsatz*.



em erro⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶⁴ Relembremos o caso *keisijäge*. Eliminando alguns pormenores, os dados podem ser reconduzidos, *grasso modo*, ao seguinte: A e B celebraram um contrato de compra e venda de uma serra que B pretendia instalar num determinado local da sua empresa. A comunicou este facto a B, que mediu o local indicado por A e lhe disse que a máquina caberia nele. Uma vez entregue, percebeu-se que tal não era correto. Não houve erro sobre o objeto, porque em causa não está uma qualidade da máquina; também se considerou que não está em causa o cumprimento do contrato, porque o vendedor não assegurou uma qualidade da coisa vendida. Mas parece-nos claro que o vendedor reconheceu a essencialidade do motivo do comprador, tanto mais que procedeu à medição do local e prestou, porque na sua esfera de conhecimentos, uma informação ao comprador. O princípio da boa-fé determinaria, nesta situação de desnível informacional em relação ao tamanho da coisa, que o vendedor prestasse o esclarecimento solicitado por A. Mas, ao determiná-lo, está também a determinar que B reconheceu a essencialidade do motivo.

A solução consagrada no aresto proferido pelo BGH afasta-se desta visão. Cremos que a divergência se deve ao conteúdo do § 119 BGB, onde está previsto o erro.

O § 119 BGB prevê que “(1) Quem, na transmissão de uma declaração negocial, estava em erro sobre o seu conteúdo ou não queria de modo nenhum transmitir uma declaração com este conteúdo pode anular a declaração se é de aceitar que não a teria transmitido com apreciação razoável do caso; (2) vale como erro sobre o conteúdo da declaração o erro sobre as qualidades da pessoa ou da coisa que sejam consideradas no tráfico como essenciais”. Sobre o ponto, cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 651 s.

Como se denota, a regulamentação do erro oferecida pelo BGB distancia-se da disciplina normativa comunicada pelo Código Civil português. Os estudos dogmáticos sobre o erro no ordenamento jurídico alemão têm oferecido uma escalpelização da categoria a que não conseguimos aceder por mero recurso ao texto da lei. Dentro do erro, distingue-se, então, o erro na declaração, o erro no conteúdo, o erro sobre os motivos e o erro sobre qualidade das pessoas e das coisas. A primazia da regulamentação pertence ao erro na declaração. Excepcionalmente, atribui-se relevância ao erro sobre as qualidades da pessoa ou da coisa, que seria uma forma especial de erro sobre os motivos. Para que o negócio fosse anulável com este fundamento, as qualidades da pessoa ou da coisa teriam de ser consideradas como essenciais no tráfico. Faz-se, portanto, uma análise objetiva acerca da essencialidade do motivo. Parece, portanto, que, mesmo que o erro não seja cognoscível do declaratório, o negócio pode ser anulado desde que as qualidades sobre as quais o declarante incorreu em erro sejam reconhecidas como essenciais no tráfico. Segundo Larenz e Wolf, (*Allgemeiner Teil* 660 s.), exigir-se-ia que a qualidade fosse essencial ao tráfico e que o erro fosse digno de consideração subjetivamente e objetivamente. Note-se que, para os autores, o erro a que o § 119º BGB alude não configuraria um erro na declaração, mas um erro sobre circunstâncias de facto que seriam pressupostas para a contratação.

Cf., ainda, o § 313 BGB, onde se consagra o erro sobre a base do negócio.

⁶⁵ Com um percurso de fundamentação diverso, chegamos a uma solução que não dista sobremaneira das conclusões de Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade...”, 75. O autor considera que, “quando uma declaração de vontade é determinada por uma conduta contrária à boa-fé do declaratório, o declarante tem o direito de se desvincular”, ou seja, tem o direito de anular. Em texto, considerámos que o declarante poderia invocar a anulabilidade do negócio com fundamento em dolo ou com fundamento em erro. É claro que, ficando dependente, no tocante ao erro, da prova dos pressupostos de que depende a sua relevância, seria preferível a invocação do dolo, aliás, mais consonante com a indução em erro que está subjacente à situação de base.

Repare-se que, em termos sistemáticos, o autor apresenta um leque de possíveis soluções para lidar com o caso: 1) correção da disciplina do erro para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação do contrato sempre que o erro seja causado pelo declaratório; 2) correção da disciplina do dolo para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação



A solução a que aportamos resulta de um entendimento metodologicamente comprometido das regras atinentes aos vícios da vontade, não nos socorrendo, para a sustentar, do recurso ao DL nº57/2008. Em rigor, haverá de concluir-se, como já se concluiu, que o diploma em questão leva mais longe a possibilidade de desvinculação do contrato. Pense-se na hipótese de promoção de um sistema de vendas em pirâmide.

Não é, pois, por força do regime das práticas comerciais desleais que se pode chegar à conclusão acerca da possível aplicação analógica do dolo às hipóteses de indução negligente em erro⁶⁶.

E o que dizer da aplicação do regime da coação moral às situações de influência indevida ou assédio? Nuno Pinto de Oliveira, a este propósito, começa por sublinhar que se trata de casos análogos, posição que é reforçada por uma interpretação das leis em conformidade com a constituição⁶⁷. Mais refere que “o artigo 11º DL nº57/2008, de 26 de março, (...) consagra(...) a regra da equiparação entre a coação, o assédio, a influência indevida”, pelo que “o problema é tão-só o de averiguar se a regra da equiparação deve restringir-se ao direito do consumo ou estender-se a todo o direito privado – seja a todo o direito privado geral ou comum (ao direito civil), seja aos direitos privados especiais (designadamente, ao direito comercial e ao direito do trabalho)”⁶⁸. E a este problema responde no sentido de dar preferência ao segundo termo da alternativa, pelo que, em última instância, sustenta que “toda a declaração de vontade negocial determinada por uma conduta do declaratório contrária à boa-fé é – e deve ser – anulável”⁶⁹. Mais incisivamente, o autor aduz que “os artigos 5º e 14º DL nº57/2008, de 26 de Março, consagrando a regra da anulabilidade dos contratos determinados por uma conduta desconforme à diligência profissional que

do contrato sempre que o erro seja culposamente causado pelo declaratório; 3) aplicação das regras da responsabilidade pré-contratual – cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 70; Id. “Sobre o conceito de dolo”, 726-727, nota 6. E insere-se na segunda possibilidade judicativa. Contudo, no primeiro estudo citado, vai mais longe e adianta um princípio geral que permite, inclusivamente, e a partir da mediação normativa do DL nº57/2008, aproximar as situações de influência e assédio às hipóteses de coação moral.

⁶⁶ Para outros argumentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da indução negligente em erro”.

⁶⁷ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 72.

⁶⁸ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 73.

⁶⁹ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 74.



distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor, devem interpretar-se como afloramentos de um princípio de direito civil⁷⁰.

São dois os argumentos em que Nuno Pinto de Oliveira estriba o seu pensamento. Em primeiro lugar, considera que se uma declaração é determinada por uma conduta contrária à boa-fé do declaratório, o declarante tem o direito de se desvincular; tendo aquele o dever de indemnizar este, pelo que quem concluir um contrato indesejado por causa de assédio ou de influência indevida tem direito de não permanecer vinculado, através da aplicação coordenada dos artigos 227º e 566º CC. Nas relações entre declarante e declaratório, os efeitos da anulação aproximam-se dos efeitos da desvinculação baseada na responsabilidade pré-contratual, pelo que, embora esses efeitos sejam distintos no tocante às relações com terceiros, esta desvinculação deve entender-se como um direito à anulação⁷¹. O autor desentranha do sistema um princípio segundo o qual a liberdade de declarante deve prevalecer sobre a segurança do declaratório e de terceiro, pelo que, existindo uma perturbação grave da possibilidade de autodeterminação, o princípio em causa deve aplicar-se⁷².

Não cremos que os argumentos do autor procedam. Dos artigos 251º-252º, 253º-254º e 255º-256º não resulta um princípio da supremacia da liberdade de vontade do declarante em confronto com a segurança do declaratório. Pelo contrário, o que resulta inequívoco do modelo desenhado pelo Código Civil é a tentativa de contrabalançar, atentas as especificidades de cada situação, a vontade e a confiança. É claro que, nos casos em que o declaratório atua de forma contrária à boa-fé, porque a confiança de que se cura é uma confiança normativizada, ela deixa de ser digna de tutela. Só isso nos permitiu sustentar a posição sufragada em sede de indução negligente em erro. Na verdade, a falta de fundamento para a tutela da confiança do indutor em erro leva a que, mesmo sem que haja intenção, seja possível assimilar o âmbito de relevância problemática do caso pelo âmbito de relevância problemática do dolo. Mas, o que resulta do que ficou dito

⁷⁰ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

⁷¹ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

⁷² Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

é que não basta a ausência de boa-fé, e portanto de razões para a tutela da confiança, para que a vontade do declarante deva conduzir à desvinculação contratual por via do regime dos vícios da vontade. Exige-se, ao invés, que a essa falta de boa-fé se associe uma similitude bastante em termos problemáticos e judicativos entre os dois âmbitos problemáticos.

Assim sendo, só fará sentido mobilizar as regras relativas às práticas comerciais desleais fora de uma relação de consumo se as situações que elas previrem (e que se verificam em concreto) puderem apresentar uma similitude bastante com alguma ou algumas das hipóteses de vícios da vontade. No que à influência indevida ou ao assédio – que são os tópicos que verdadeiramente nos ocupam – diz respeito, haverá que, em primeiro lugar, determinar se se verifica a analogia problemática com os casos de coação moral. Ora, temos as maiores dúvidas em relação a este tópico. Com efeito, a coação apenas releva enquanto vício na formação da vontade porque o sujeito vê a sua liberdade coartada em função de uma ameaça que lhe é dirigida. É também essa limitação da liberdade que se encontra na ratio da previsão do artigo 11º DL nº57/2008. Simplesmente, em nenhuma das situações consignadas como práticas agressivas em qualquer circunstância se poderá dizer que, estando frente a frente dois não profissionais, haverá condicionamento da vontade do declarante. Em qualquer delas, o condicionamento resulta, exatamente, da desproporção de forças entre os contraentes, que não se verifica fora de uma relação de consumo. Só nessa hipótese se justifica que se ofereça para a um caso não previsto no artigo 255º CC a solução que ele dispensa para as hipóteses que tipifica.

Também o primeiro argumento avançado pelo autor não parece colher, tendo em conta – para lá de eventuais similitudes nos efeitos gerados – o diverso fundamento para a desvinculação negocial numa situação e noutra.

A solução não resulta, portanto, de um princípio geral consagrado pelo DL nº57/2008, mas de um normal exercício judicativo. Perguntar-se-á, no entanto, se o disposto no regime previsto no diploma não pode, de algum modo, funcionar como um auxiliar do julgador na fundamentação da sua decisão



judicativa. O que dele se retira é que, havendo um desequilíbrio de forças entre os contraentes, a simples influência indevida ou o assédio podem ter consequências análogas ao nível da vontade do que uma ameaça ilícita. Mas só nessas situações pontuais (e não noutras) se aceita como viável a extensão teleológica. Dito de outro modo, exige-se que a limitação da liberdade de escolha do declarante seja significativa e, fora das complexas estruturas produtivas ou do exercício profissional de um sujeito, dificilmente ela ocorrerá. No fundo, do que se trata é de determinar – em face do artigo 255º CC – quando é que estaremos diante de uma situação assimilável pelo conceito de ameaça ilícita; ou, ao invés, em face do DL nº57/2008, quando é que a relação de desproporção de forças entre os contraentes – mesmo que de uma relação de consumo não se trate – viabiliza a extensão teleológica do regime. O que não se poderá concluir é que o citado diploma consagra um princípio geral que suplanta o regime dos vícios da vontade previsto no Código Civil.

Porém, é inequívoco o impacto que o DL nº57/2008 poderá ter a este ensejo. Na verdade, chamando a atenção para a não estanquicidade de situações, dota o intérprete de instrumentos preciosos para lidar com situações que poderiam não ter cabimento num entendimento estrito dos vícios da vontade. No fundo, os valores em ponderação acabam por não ser muito diversos: em ambos os modelos, está em causa a liberdade do declarante e a existência ou inexistência de razões para a tutela da confiança da contraparte.

A PROPÓSITO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS: CONTRIBUTO PARA UMA TUTELA POSITIVA DO CONSUMIDOR

Sandra Passinhas¹

Introdução

No ano de 2017, a ANACOM deu conhecimento de ter aplicado diversas sanções por violação do regime das práticas comerciais desleais a uma empresa de telecomunicações. Numa primeira decisão, por se terem provado, entre outros, os seguintes factos²:

“ii. vendedores porta-a-porta de serviços comercializados pela arguida, agindo por sua conta, abordaram, nas respetivas residências, três inquilinas de bairros sociais (...) e, mediante a invocação da existência de um acordo entre a arguida e a referida empresa, ao abrigo do qual os inquilinos daqueles bairros poderiam usufruir da prestação gratuita do serviço de televisão (numa oferta de 35 canais) e do serviço de Internet e de descontos no serviço de telefone, tentaram que as mesmas assinassem os formulários de adesão aos serviços propostos, o que conseguiram no caso de uma das inquilinas;

¹ Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Investigadora do Instituto Jurídico. Este texto foi elaborado a propósito do Colóquio “Práticas Comerciais Desleais”, organizado pelo Grupo “Contrato e Desenvolvimento Social”, do Instituto Jurídico, em parceria com o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 3 de Junho de 2017, no âmbito do Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

² <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1404876>



- iii. operadores de *call center* da arguida, agindo em seu nome e por sua conta, prestaram a três clientes, aquando da solicitação por estes de alterações às ofertas de que dispunham, informações falsas sobre a não alteração do período de fidelização decorrente dessas solicitações, vindo, em momento posterior, os formulários de adesão às ofertas indicar um período de fidelização;
- iv. operadores de loja e de *call center* da arguida, agindo em seu nome e por sua conta, prestaram a dois clientes, aquando da manifestação por estes de intenção de denúncia contratual, informações falsas sobre a existência de períodos de fidelização em curso, que não se verificavam em virtude de os clientes não terem assinado qualquer formulário de adesão das ofertas propostas anteriormente por *call center*, nem enviado os seus consentimentos escritos à arguida;
- v. a arguida prestou, por escrito, a uma cliente uma informação falsa sobre a exigência de penalização por incumprimento de período de fidelização decorrente de adesão a proposta feita, através de venda porta-a-porta, de serviço que foi rescindido dentro do prazo de livre resolução de 14 dias.

considerou a ANACOM que, consubstanciando estas condutas a prática, com negligência, em concurso, de nove infrações ao disposto no artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro), seria de aplicar à empresa, em 18 de Julho de 2016, uma coima. Notificada dessa decisão, e não se conformando, a empresa de telecomunicações interpôs recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual, através de sentença proferida em 14 de Dezembro de 2016, já transitada, deu provimento parcial ao recurso, condenando a arguida no pagamento de uma coima única, por ter violado várias vezes o disposto no artigo 7.º, n.º 1 (prestação de falsas informações aos consumidores) do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro).



Num outro caso³, por se ter provado, *inter alia*, que:

- i. a arguida prestou, por escrito, a seis clientes e, oralmente, a um cliente, informações falsas, designadamente, sobre a exigência de penalizações por incumprimentos de período de fidelização em situações em que tais incumprimentos não se verificavam, sobre a cobrança de mensalidade do serviço prestado que deveria ser gratuita e sobre a falta de assinatura de formulário de denúncia que não era verdadeira;
- ii. funcionários do *call center* da arguida, agindo em seu nome e por sua conta, assediaram com diversas ofertas comerciais uma cliente idosa e doente (...),

considerou a ANACOM que consubstanciaram as condutas, no ponto i., a prática, com dolo, em concurso, de sete infrações ao disposto no artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro), e no ponto ii., a prática, com dolo, de uma infração ao disposto no artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro), tendo aplicado, a final, uma coima à empresa. A arguida interpôs recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual, através de sentença proferida em 8 de Setembro de 2017, deu provimento parcial ao recurso, tendo decidido absolver a arguida da prática de duas contraordenações por violação do artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, mas ainda assim condenou a arguida no pagamento de uma coima única no valor de 200.000 Euros, por ter violado, entre outros, cinco vezes o disposto no artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, uma vez o disposto no artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Decreto-Lei n.º 57/2008.

A utilização de práticas comerciais desleais face a um consumidor – que afectam a sua vontade negocial, quer porque o levam a uma vinculação que não queria, quer porque o induzem a um vinculação negocial em termos diversos, e normalmente mais desfavoráveis, daqueles que queria – tem, no nosso ordenamento jurídico, repercussão directa no contrato celebrado,

³ <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1407182>

determinando a anulabilidade do mesmo, por força da previsão do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008⁴. Este vício substancial do contrato, todavia, para além de exigir uma acção por parte do consumidor, com vista à destruição retroactiva do contrato, confere-lhe uma *tutela meramente negativa*, no sentido de o permitir desvincular-se de um compromisso negocial que não queria, ou pelo menos, não queria nos termos em que foi assumido. Cremos, todavia, que esta sanção não protege adequadamente o consumidor; na verdade, em muitas das situações o consumidor criou a expectativa de uma determinada vantagem ou posição negocial, confiou no que lhe foi dito pela contraparte negocial, ou por quem se apresentou publicamente como actuando por conta dessa contraparte, e vê, com a anulação do contrato, essas expectativas goradas (relembre-se nos casos apontados acima que: “*vendedores porta-a-porta de serviços comercializados pela arguida, agindo por sua conta, abordaram, nas respetivas residências, três (...) e, mediante a invocação da existência de um acordo entre a arguida e a referida empresa, ao abrigo do qual os inquilinos daqueles bairros poderiam usufruir da prestação gratuita do serviço de televisão (numa oferta de 35 canais) e do serviço de Internet e de descontos no serviço de telefone*”. Partindo da convicção de que a protecção efectiva do consumidor requer mais do que uma protecção meramente negativa, exigindo antes uma *protecção positiva*, que se traduza na vinculação da entidade que criou no consumidor a confiança e a expectativa razoável de uma determinada posição contratual, propomo-nos indagar se existe essa resposta no nosso ordenamento jurídico. Essa protecção, todavia, não a encontraremos no núcleo duro do direito do consumidor (das cláusulas abusivas⁵, da contratação à distância⁶, para além do regime das práticas comerciais desleais já referido), nem sequer no regime jurídico dos *call centres*⁷. A *protecção positiva do consumidor* encontrámo-la no direito

⁴ O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro, é o diploma que regula o regime das práticas comerciais desleais.

⁵ Regulado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro, bem como a Rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto).

⁶ Regime previsto no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

⁷ Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de Junho, alterado pelo Decreto-lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho.



comercial, através do regime previsto no Código Comercial de 1888 para o preposto⁸, ou, nos casos em que estejamos perante um contrato de agência e verificados determinados condicionamentos, do artigo 23.º do regime do contrato de agência⁹.

I. A Directiva 2005/29/CE

A Directiva 29/2005/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005¹⁰, visou eliminar o marketing e as vendas agressivas e enganosas, harmonizando as regras dos Estados-Membros no que às práticas comerciais desleais diz respeito¹¹. Em 2001¹², a Comissão havia emitido duas propostas para a harmonização do Direito da Concorrência: para além da sua Comunicação apresentando a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à Promoção de Vendas no Mercado Interno¹³, a Comissão apresentou o Livro Verde sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia¹⁴. O Livro Verde, que foi o primeiro documento a anunciar a necessidade de uma reforma da legislação referente à defesa do consumidor com o objectivo de ultrapassar os obstáculos relativos ao fornecimento transfronteiriço de bens e serviços

⁸ Regime constante dos artigos 248.º e ss.

⁹ Regime previsto no Decreto-Lei n.º 178/2016, de 3 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril.

¹⁰ Directiva 29/2005/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (“directiva relativa às práticas comerciais desleais”).

¹¹ EU Press Release 16.11.2004, IP/04/1364 - http://www.csas.cz/banka/content/inet/internet/en/Monthly_2004_12.pdf

¹² Em 1962, a Comissão havia encomendado ao Instituto Max-Plank, de Munique, um estudo sobre a situação do direito da concorrência nos vários Estados-Membros. O estudo, enciclopédico, de 3500 páginas, ficou completo em 1965. Os resultados, todavia, não foram transbordantes, em resultado quer da adesão da Irlanda e do Reino Unido, quer do crescimento da importância do Direito do Consumidor. O único resultado visível desse estudo foi a Directiva 84/450/EEC, relativa à publicidade enganosa. Vide CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR* (2005), págs. 1117 e 1118 e JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), págs. 110 e ss.

¹³ COM (2001) 546 que depois viria a ser alterada nos termos da COM (2002) 585.

¹⁴ COM (2001) 531. Vide ainda a Comunicação da Comunicação: Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1504796879504&uri=CELEX:52002DC0289>



aos consumidores, propôs como possível alicerce dessa mesma reforma uma directiva-quadro que incluísse um preceito geral respeitante a práticas comerciais desleais. Esta sugestão, que viria a dar origem à apresentação da Proposta de Directiva e posterior aprovação da Directiva 2005/29/CE, recuperou uma ideia antiga de uma abordagem global às práticas comerciais desleais¹⁵, sugerindo a adopção de um *dever geral de lealdade* em todas as práticas comerciais. O Seguimento do Livro Verde de 2002, dando conta das respostas à consulta inicial, viria a propor como deveria ser estruturada uma directiva-quadro na matéria. Consultas realizadas posteriormente, incluindo uma avaliação de impacto, demonstravam, segundo a Comissão, que uma directiva que harmonizasse as regras dos vários Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais era a melhor opção. Uma resolução do Conselho, aprovada em 2 de Dezembro de 2002, sobre a estratégia para a política dos consumidores, para o período de 2002-2006, instou a Comissão a tomar outras medidas à luz destas consultas; o Conselho Europeu de Bruxelas de 20 a 21 de Março de 2003 exigiu uma política dos consumidores que colocasse o consumidor no centro de um mercado interno concorrencial, dando o adequado seguimento ao Livro Verde. Em 13 de Março de 2003, o Parlamento Europeu aprovou três resoluções relativas ao Livro Verde e à Comunicação de seguimento do Livro Verde, documentos em que se manifesta a favor de uma reforma baseada numa directiva-quadro sobre práticas comerciais desleais e em que insta a Comissão a apresentar uma proposta com a maior brevidade possível. Em 22 e 23 de Janeiro de 2003, a Comissão organizou um *workshop*, em que participaram cerca de 150 pessoas, entre as quais representantes dos Estados-Membros, associações de consumidores e de empresas e académicos. Os membros do painel e os outros participantes debateram os argumentos favoráveis à realização de uma reforma e de uma harmonização através de uma directiva-quadro, a relação entre concorrência desleal e defesa do consumidor, bem como o papel desempenhado pelos códigos de conduta¹⁶.

¹⁵ COM (2001) 531 final.

¹⁶ Vide CHARLOTTE PAVILLON, “The Interaction between the Unfair Commercial Practices Directive and Self-Regulation: The Case of Codes of Conduct”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “*The European Unfair Commercial Practices*



Após posterior consulta, a Comissão adoptou finalmente a proposta original em Junho de 2003¹⁷, que levou à adopção da Directiva em 2005: uma directiva-quadro sobre práticas comerciais desleais que, ao contrário das outras directivas na área do Direito do Consumidor, se aplica a todas as práticas entre consumidor e profissional¹⁸. No essencial, a Directiva corresponde às ambições do Livro Verde, especialmente no que diz respeito à consagração de um *princípio geral de boa fé*¹⁹.

A Directiva 2005/29/CE é uma *Directiva de mercado*, com fundamento legal no artigo 95.º do Tratado; o artigo 153 apenas surge apenas referido nos Considerandos²⁰. A escolha da base

Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems, Ashgate, 2014, págs. 137 e ss.

¹⁷ COM (2003) 356 final. 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 Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Directiva relativa às práticas comerciais desleais) {SEC (2003) 724}, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52003PC0356>

¹⁸ A proposta de Directiva esclarecia que: “A directiva-quadro aplicar-se-á sempre que não existam disposições específicas para regular as práticas desleais incluídas em legislação especial. No entanto, sempre que existirem disposições especiais, estas prevalecem sobre a directiva-quadro. Todavia, quando nas directivas sectoriais se remeta para meros princípios gerais, como ‘interesse geral’ ou ‘comércio leal, tal não pode ser considerado suficiente para justificar uma derrogação nas matérias harmonizadas pela directiva-quadro em razão da defesa dos interesses económicos dos consumidores. 45. Quando uma directiva sectorial regular apenas aspectos relativos a práticas comerciais, por exemplo, os requisitos respeitantes ao conteúdo das informações, a directiva-quadro aplicar-se-á a outros aspectos, por exemplo, aos casos em que as informações exigidas pela legislação sectorial sejam apresentadas de forma enganosa. Assim, a directiva completa tanto a legislação actualmente em vigor como a futura legislação, como a proposta de Regulamento sobre a promoção de vendas, ou a directiva sobre o crédito ao consumo [na altura, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, e posteriores alterações. (JO L 278 de 11.10.88, p. 33)] e a directiva sobre o comércio electrónico [Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. (JO L 178 de 17.07.00, p.1 a 16.)]”.

¹⁹ Como referiu CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR* (2005), pág. 1117, esta é uma (a primeira) directiva de larga escala no campo do Direito da Concorrência, fornecendo uma cláusula geral e a harmonização plena neste campo. JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 107, consideraram a adopção desta directiva o acontecimento mais estimulante dos últimos anos. Para os autores, a Directiva era ambiciosa, o seu método inovador e o impacto jurídico adivinhava-se massivo.

²⁰ É hoje pacificamente aceite que o artigo 153.º não é uma base suficiente para medidas de harmonização. Por todos, vide HOWELLS e WILHELMSSON, “EC Consumer Law: Has It Come of Age?”, *ELRev.* (2003), pág. 377 e JULES STUYCK, “European Consumer Law after The Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond The Internal Market?”, *CMLRev* 37, págs. 387-388.



legal não era irrelevante, num período recente após as decisões relativas à publicidade do tabaco, em que o Tribunal de Justiça havia decidido que: *“o recurso ao artigo 100.º-A como base jurídica é possível a fim de evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes das legislações nacionais. Todavia, o aparecimento de tais obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve destinar-se à sua prevenção”*²¹. A adopção da Directiva exigiu, pois, a alegação

²¹ No Caso C-376/98, que tinha por objecto a anulação da Directiva 98/43/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (JO L 213, pág. 9), a República Federal da Alemanha invocou sete fundamentos assentes, respectivamente, no facto de que o artigo 100.º-A do Tratado não constituir uma base jurídica adequada para a directiva, na violação dos artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado, na violação do princípio da proporcionalidade, na violação do princípio da subsidiariedade, na violação dos direitos fundamentais, na violação dos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE) e na violação do artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE). Considerou o Tribunal que: “81. O artigo 100.º-A, n.º 1, do Tratado atribui competência ao Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.º-B do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 251.º CE) e após consulta do Comité Económico e Social, para adoptar 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. 82. Em conformidade com o artigo 3.º, alínea c), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.º, n.º 1, alínea c), CE], o mercado interno é caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. O artigo 7.º-A do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 14.º CE), que prevê as medidas a tomar com vista ao estabelecimento do mercado interno, precisa, no seu segundo parágrafo, que este mercado compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais é assegurada de acordo com as disposições do Tratado. 83. Resulta da conjugação destas disposições que as medidas previstas no artigo 100.º-A, n.º 1, do Tratado se destinam a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Interpretar este artigo no sentido de que o mesmo atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno seria não só contrário ao próprio teor das referidas disposições, mas igualmente incompatível com o princípio consagrado no artigo 3.º-B do Tratado CE (actual artigo 5.º CE) segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição. 84. Além disso, um acto adoptado com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado deve ter efectivamente por objecto a melhoria das condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Se a mera constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais bem como do risco abstracto de entraves às liberdades fundamentais ou de distorções de concorrência fosse suficiente para justificar a escolha do artigo 100.º-A como base jurídica, a fiscalização jurisdicional do respeito da base jurídica ficaria privada de eficácia. O Tribunal de Justiça seria então impedido de exercer a função, que lhe incumbe por força do artigo 164.º do Tratado CE (actual artigo 220.º CE), de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado. 85. É assim que, na fiscalização do respeito da base jurídica do artigo 100.º-A, o Tribunal de Justiça deve verificar se o acto cuja validade é posta em causa prossegue efectivamente os objectivos invocados pelo legislador comunitário (v., nomeadamente, acórdãos Espanha/Conselho, já referido, n.ºs 25 a 41, e de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho, C-233/94, Colect., p. I-2405, n.ºs 10 a 21). 86. É um facto que, como o Tribunal de Justiça assinalou no n.º 35 do acórdão Espanha/Conselho, já referido, o recurso ao artigo 100.º-A como base jurídica é possível a fim de evitar



da existência de obstáculos ao movimento transfronteiriço dos bens e serviços, *id est*, ao funcionamento do mercado interno, e de que o estabelecimento de um regime uniformizador seria a única forma de os ultrapassar²². O Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia – considerando que: *“Para que do mercado interno possam resultar benefícios para os consumidores, estes devem poder aceder facilmente aos bens e serviços promovidos, oferecidos e vendidos fora das respectivas fronteiras. É precisamente 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 são favorecidas as decisões de consumo mais vantajosas. Esta procura transfronteiriça aumenta a pressão concorrencial dentro do mercado interno, permitindo uma oferta de bens e serviços mais eficaz e a preços competitivos. Este círculo virtuoso só pode ser concluído se o quadro legal em vigor incitar os consumidores e as empresas a praticar trocas transfronteiriças. As diferenças entre direitos nacionais relativas às práticas comerciais em matéria de relações entre empresas e consumidores podem dificultar esta evolução”*²³ – já havia sublinhado a importância da uniformização do regime das práticas comerciais nas relações entre empresas e consumidores, e esta ideia surge depois reforçada nos Considerandos da Directiva²⁴, em especial no Consideran-

o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes das legislações nacionais. Todavia, o aparecimento de tais obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve destinar-se à sua prevenção. 87. As considerações precedentes aplicam-se à interpretação do artigo 57.º, n.º 2, do Tratado, conjugado com o artigo 66.º do Tratado, que se refere expressamente às medidas destinadas a facilitar o acesso às actividades dos serviços e o exercício das mesmas. Com efeito, estas disposições conferem igualmente ao legislador comunitário uma competência específica para adoptar medidas destinadas a melhorar o funcionamento do mercado interno. 88. Por outro lado, quando estejam preenchidas as condições do recurso aos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º como base jurídica, o legislador comunitário não pode ser impedido de se fundar nesta base jurídica por a protecção da saúde pública ser determinante nas opções a tomar. Pelo contrário, o artigo 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, prevê que as exigências em matéria de protecção da saúde são uma componente das demais políticas da Comunidade e o artigo 100.º-A, n.º 3, exige de modo expresso que, na harmonização realizada, seja garantido um nível elevado de protecção da saúde das pessoas” (sublinhado nosso).

²² Ainda que a necessidade de respeito pelas diferentes legislações em matéria práticas comerciais, publicidade e protecção dos consumidores fosse vista como um obstáculo à publicidade e vendas dentro da União Europeia, outros obstáculos foram identificados (como a necessidade de lidar com diversos regimes fiscais, a resolução de litígios transfronteiriços, ou o risco de fraude e de não cumprimento nas vendas além-fronteiras).

²³ COM (2001) 531 final.

²⁴ Vide igualmente o memorandum da Proposta de Directiva, sobretudo pontos 6 e ss. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003PC0356&from=EN>

do 3, onde se refere que as legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais apresentavam diferenças de relevo, susceptíveis de provocar distorções sensíveis de concorrência e criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno²⁵.

Para além de ser uma directiva de mercado, a Directiva é um instrumento de *harmonização total*; os Estados Membros não podem adoptar um mais elevado regime de protecção do consumidor²⁶. O artigo 4 da Directiva, com a epígrafe “Mercado Interno”, dispõe que: “*Os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva*”²⁷. A única excepção é a estabelecida no artigo

²⁵ Na exposição de motivos da Proposta de Directiva, que é particularmente esclarecedora, escreveu-se: “*sem uma defesa eficaz dos consumidores, as práticas comerciais desleais podem minar a confiança dos consumidores. Num recente inquérito, 18% dos consumidores em média declaram não efectuar aquisições transfronteiriças de serviços financeiros pelo facto de a protecção jurídica ser insuficiente, percentagem que se eleva a 36% num Estado-Membro em particular. 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 desconfiança. Para 68% dos consumidores, a insuficiência da protecção 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*”. Pode ainda ler-se que: “*Em segundo lugar, as práticas comerciais desleais podem provocar uma distorção do mercado ao afectarem negativamente a capacidade de o consumidor agir com conhecimento de causa e, por este motivo, efectuar escolhas eficientes. Esta distorção das preferências dos consumidores prejudica os interesses colectivos dos mesmos mesmo se da referida prática não resultar qualquer perda financeira para o consumidor individual a que a prática se dirige. A alteração das decisões dos consumidores também provoca distorções da concorrência sempre que o profissional actue de forma desleal, afastando os consumidores dos seus concorrentes que respeitam as regras*.” Sublinhe-se, ainda, do memorandum que: “*os consumidores, a incerteza quanto ao conhecimento do grau de protecção dos consumidores previsto pela legislação de outros países da UE constitui um obstáculo relativamente às aquisições transfronteiriças que assume maior relevo (tendo 79% dos inquiridos considerado ser este um obstáculo muito importante ou relativamente importante) do que a percepção da existência de um grau de protecção menos elevado noutros países*”.

²⁶ Sobre o papel da cláusula geral da boa fé para atenuar a rigidez da harmonização total, vide HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, ERCL (2005), pág. 432.

²⁷ A proposta original da DPCD dispunha que: “*Nos termos do artigo 4º, os profissionais apenas deverão cumprir as disposições da ordem jurídica nacional do Estado-Membro em que estiverem estabelecidos, não podendo os outros Estados-Membros impor obrigações suplementares a estes profissionais no domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva ou limitar a livre circulação das mercadorias e dos serviços quando um profissional tenha cumprido a legislação do Estado-Membro de estabelecimento*”, combinando a escolha da harmonização total com uma cláusula de mercado interno, que consistia no princípio do reconhecimento mútuo e do controlo no país de origem. Considerando a Directiva uma verdadeira revolução, porquanto visa a uniformização de muito diversas regras legais e tendências jurisprudenciais sobre lealdade nas práticas comerciais, ANTONINA BAKARDJEVA ENGELBREKT, “An End to Fragmentation? The Unfair



3.º, n.º 9, em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Directiva 2002/65/CE, e aos bens imóveis, áreas em os Estados-Membros podem impor requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os previstos na Directiva.

A harmonização mínima não impedia a manutenção ou aprovação pelos Estados-Membros de disposições que assegurassem aos consumidores uma protecção mais ampla, resultando numa divergência significativa entre os regimes dos diferentes Estados-Membros. Entendeu-se, todavia, que, tal como referido no Considerando 4 da Directiva: *“Estas disparidades causam incerteza sobre quais as disposições nacionais aplicáveis a práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores e criam muitos entraves que afectam empresas e consumidores. Estes entraves aumentam o custo, para as empresas, do exercício das liberdades ligadas ao mercado interno, em especial quando as empresas efectuam marketing, campanhas publicitárias ou promoções comerciais ao nível transfronteiriço. Em relação aos consumidores, provocam incertezas quanto aos seus direitos e põem em causa a sua confiança no mercado interno”*.

Na verdade, na ausência de regras uniformes à escala comunitária, os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento eram susceptíveis de serem justificados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que pretendessem proteger objectivos de reconhecido interesse público e fossem proporcionais aos mesmos. Tendo em conta os objectivos comunitários, nos termos das disposições do Tratado e do direito comunitário derivado relativas à livre circulação, e em conformidade com a política da Comissão em matéria de comunicações comerciais, tal como indicado na comunicação da Comissão “Seguimento do Livro Verde sobre a comunicação comercial no mercado interno”, entendeu-se que esses obstáculos deveriam ser eliminados, e tal só podia acontecer, considerou-se, através da introdução de regras uniformes ao nível comunitário que estabelecessem

Commercial Practices Directive from the Perspective of New Member States from Central and Eastern Europe”, em STEPHEN WEATHERILL e ULF BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Hart Publishing, 2007, págs. 47 e ss. Sobre a importância da “*compliance certainty*”, vide JULES STUYCK, EVELYNE TERRYN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), págs. 119-120.

um nível elevado de protecção dos consumidores, bem como da clarificação de determinados conceitos legais, também ao nível comunitário, na medida em que tal fosse necessário para o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica²⁸.

As vantagens e as desvantagens da harmonização total são conhecidas. Para os empresários, o regime uniforme é sempre vantajoso, pois não terão que lidar com vários e diversas regulamentações nacionais, nem terão os custos associados à publicidade e ao marketing, o que pode resultar, indirectamente, num benefício para os consumidores (com mais, e mais baratos, produtos). Mas há também desvantagens evidentes: os Estados-Membros ficam impedidos de adaptar a legislação às idiossincrasias dos seus consumidores, fazendo-se tábua rasa do “*legislative experimenting*” dos Estados-Membros²⁹.

Ainda que seja claro que a harmonização total visa proteger as empresas, sobretudo as pequenas e médias empresas, a Directiva apresenta-se como aproximando as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal³⁰, que *prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores*.³¹ e consequentemente preju-

²⁸ Cfr. Considerando 5 da Directiva. Sobre a fragmentação jurídica, vide GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law* 12 (2005-2006), págs. 697 e ss, e AMANDINE GARDE, “The European Unfair Commercial Practices Directive”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “*The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*”, Ashgate, 2014, págs. 111 e ss.

²⁹ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in ‘The Internal Market’”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 117.

³⁰ À altura, no domínio da publicidade, a então vigente Directiva n.º 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, apenas fixava os critérios mínimos que visavam uma harmonização da legislação em matéria de publicidade enganosa. Hoje vigora a Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa. No artigo 8.º determina que: “1. A presente directiva não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla em matéria de publicidade enganosa de negociantes e concorrentes. O primeiro parágrafo não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação”.

³¹ Como é explicitamente dito no Considerando 43 da Exposição de Motivos da Proposta de Directiva, a Directiva refere-se à protecção dos interesses económicos dos consumidores, pelo que não são abrangidos pelo respectivo âmbito de aplicação os aspectos relativos à saúde dos consumidores e à segurança dos produtos. Contudo, as declarações enganosas em matéria de saúde, dado poderem limitar a aptidão do consumidor para



dicam indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos³², isto é, daqueles que cumprem as regras legais³³ (ainda que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a Directiva proteja os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável).

conscientemente tomar uma decisão com conhecimento de causa, serão consideradas no âmbito das disposições relativas às práticas comerciais enganosas. Se, por exemplo, um produto prometer o nascimento de cabelo aos calvos mas tal não se verificar, deverá considerar-se esta declaração enganosa, sendo abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva. Se, porém, o produto afectar a saúde do consumidor, já não será abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva, não havendo qualquer possibilidade de reparação através da mesma. Na doutrina nacional, sublinhando o propósito directo da Directiva da protecção dos consumidores e assim demarcando-a de outros diplomas, vide MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Lei das Práticas Restritivas do Comércio: Comentário*, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 50 e ss.

³² Como referia a Exposição de Motivos da Proposta de Directiva: “O impacto destes obstáculos é reforçado pelas diferenças 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, como, por exemplo, a Directiva sobre publicidade enganosa, perpetuam o problema ao permitirem que os Estados-Membros imponham outras obrigações e ofereçam diferentes graus e tipos de defesa.”, e ainda: “20. Em muitos Estados-Membros vigora um princípio geral (i.e. uma cláusula geral), onde frequentemente estão incluídas disposições especiais, que visa regulamentar a comercialização (marketing) e proíbe as práticas comerciais desleais. Contudo, é bastante variável o alcance e o teor destes princípios gerais em toda a UE.” “Por exemplo, apesar do TJCE ter determinado que o ‘consumidor médio’ é o consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, muitos Estados-Membros não têm em consideração esta aceção, avaliando o carácter de lealdade das práticas comerciais relativamente a consumidores mais vulneráveis ou a uma pequena percentagem de consumidores”.

³³ Como se pode ler no Ponto 39 da Exposição de Motivos, a Directiva trata apenas das questões relativas aos interesses económicos dos consumidores, tal como é precisado no artigo 1º. Isto significa que não podem ser consideradas no âmbito de aplicação da directiva as questões relativas ao gosto, decência ou responsabilidade social, salvo no caso de o profissional instituir uma relação específica entre as suas obrigações nestes domínios e os produtos que comercializa. Por exemplo, deve considerar-se abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva a falsa declaração de um profissional que refira que uma parte dos lucros relativos à venda de um cartão de Natal será transferida para uma obra de caridade. Também não integram o âmbito de aplicação desta directiva outros actos que, de acordo com a legislação de alguns Estados-Membros, são incluídos no contexto da concorrência desleal mas que não lesam os interesses económicos dos consumidores, como, por exemplo, a imitação servil (i.e. a reprodução independentemente de ser demonstrado o risco de confusão) e a denigração de um concorrente.

Em contrapartida, são abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva as práticas que alguns Estados-Membros classificam no contexto da concorrência desleal e que lesam os interesses económicos dos consumidores, como, por exemplo, os aspectos relativos à comercialização que possam produzir o risco de confusão com os sinais distintivos e/ou os produtos de um concorrente. A Directiva, todavia, também não aborda questões antitrust, como, por exemplo, os acordos e práticas concertadas, o abuso de posição dominante, as fusões e aquisições. Este dispositivo aplica-se apenas a práticas comerciais das empresas face aos consumidores finais, não abrangendo, por isso, as práticas comerciais entre empresas, como o boicote e a recusa de fornecimento (cfr. pontos 40 e 41).

Não foi, todavia, pacificamente aceite a contribuição da Directiva para a protecção do consumidor, na senda, aliás, da desconfiança relativamente à real eficiência da categoria do consumidor europeu: o consumidor médio, “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” e confiante”³⁴. A Directiva reflecte uma abordagem orientada para o mercado e para o paradigma da informação, que sublinha a transparência como o principal modo de protecção do consumidor; as suas disposições são essencialmente baseadas na crença de que (apenas) escolhas informadas levarão a escolhas eficientes que assegurem a maximização dos interesses colectivos dos consumidores³⁵.

A Directiva 2005/29/CE aplica-se às *práticas comerciais desleais* em todos os Estados-Membros da União Europeia *que lesem os interesses dos consumidores*. Como resulta do artigo 3.º, n.º 1, que estabelece o âmbito de aplicação da Directiva: “*A presente directiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transacção comercial relacionada com um produto*”. Vejamos agora, individual e analiticamente, cada um destes três elementos: a noção de práticas comerciais, o conceito de consumidor e a caracterização das práticas comerciais desleais.

1. O âmbito de aplicação objectivo: as práticas comerciais

Práticas comerciais das empresas face aos consumidores são, de acordo com o artigo 2.º, alínea d), da Directiva, qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda

³⁴ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 115. Sobre as dificuldades deste conceito, vide SANDRA PASSINHAS, *The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário Europeu, 2010, págs. 202 e ss, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf;sequence=2

³⁵ SANDRA PASSINHAS, *The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário Europeu, 2010, págs. 261 e ss, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf;sequence=2,



ou o fornecimento de um produto aos consumidores³⁶.

O Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o conceito de prática comercial desleal, nomeadamente nos Acórdãos proferidos em 23 de Abril de 2009, nos Processos Apensos C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV contra Total Belgium NV* (C-261/07) e *Galatea BVBA contra Sanoma Magazines Belgium NV* (C-299/07), em 14 de Janeiro de 2010, no Processo C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contra Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, em 9 de Novembro de 2010, no Processo C540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra „Österreich“-Zeitungsverlag GmbH*, e em de 30 de Junho de 2011, no Processo C288/10, *Wamo BVBA contra JBC NV, Modemakers Fashion NV*.

Vejamos.

- a) Processo C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV contra Total Belgium NV* (C-261/07) e *Galatea BVBA contra Sanoma Magazines Belgium NV* (C-299/07)

No Processo C-261/07, resultava da decisão de reenvio que, desde 15 de Janeiro de 2007, a Total Belgium, uma filial do grupo Total que distribuía combustível em estações de serviço, oferecia aos consumidores titulares de um cartão Total Club três semanas gratuitas de assistência na reparação de avarias, por cada abastecimento de pelo menos 25 litros por automóvel ou de pelo menos 10 litros por ciclomotor. Em 5 de Fevereiro de 2007, a VTB, sociedade que exerce actividade no domínio da reparação de avarias, requereu ao *Rechtbank van koophandel te Antwerpen* que ordenasse à Total Belgium a cessação dessa prática comercial, na medida em que constituía uma oferta conjunta proibida pelo artigo 54.º da Lei Belga sobre práticas comerciais desleais³⁷. Já no Processo C299/07, o litígio do processo

³⁶ Sobre as dificuldades geradas por esta definição, numa perspectiva da análise económica do Direito, vide FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *InDret* (2016), pág. 14.

³⁷ O artigo 54.º da lei belga sobre as práticas comerciais e a informação e protecção dos consumidores dispunha o seguinte: “É considerada oferta conjunta, na acepção da presente disposição, a aquisição, gratuita ou não, de produtos, serviços, quaisquer outras vantagens ou de cupões que permitam a sua aquisição, quando está ligada à aquisição de outros produtos ou serviços, mesmo idênticos. Salvo nos casos enumerados infra, é proibida qualquer oferta conjunta de um vendedor a um consumidor. São igualmente proibidas ofertas conjuntas ao consumidor efectuadas por vários vendedores que agem com uma

principal opunha a Galatea, sociedade que explora uma loja de roupa interior em Schoten (Bélgica), à Sanoma, filial do grupo finlandês Sanoma, editora de vários periódicos, entre os quais o semanário *Flair*. O número do *Flair* de 13 de Março de 2007 era acompanhado de uma caderneta que conferia direito, entre 13 de Março e 15 de Maio de 2007, a um desconto de 15% a 25% sobre produtos vendidos em certas lojas de roupa interior situadas na Região da Flandres. Em 22 de Março de 2007, a Galatea propôs no *Rechtbank van koophandel te Antwerpen* uma acção de cessação da prática em causa, alegando que a Sanoma tinha violado, nomeadamente, o artigo 54.º da Lei de 1991.

A fim de responder às questões que lhe foram colocadas, o Tribunal de Justiça considerou necessário, a título preliminar, determinar se as ofertas conjuntas, objecto da proibição controvertida, constituíam práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva e, estavam, por isso, sujeitas às suas prescrições. Relembrando a formulação particularmente ampla do artigo 2.º, alínea d), da Directiva, e subscrevendo os n.º 69 e 70 das conclusões da advogada geral³⁸, considerou o Tribunal que *as ofertas conjuntas constituem actos comerciais que se inscrevem*

intenção comum". Os artigos 55.º a 57.º consagravam algumas excepções a esta regra. Vide, a propósito destes acórdãos, JORGE MORAIS DE CARVALHO, "Reflexões em torno dos contratos promocionais com objecto plural", em JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida I*, Almedina, Coimbra, págs. 499 e ss.

³⁸ Onde se pode ler: "69. *As ofertas conjuntas baseiam-se na associação de pelo menos duas ofertas distintas de mercadorias ou serviços, formando uma unidade para efeitos de venda. Por conseguinte, apenas existe uma oferta conjunta quando os componentes desta associação são dois ou mais bens separados. A característica que permite distinguir as várias formas que essa associação reveste é o tipo de ligação entre as ofertas, ou seja as respectivas condições em que os ofertantes concebem as suas ofertas globais e as comercializam. De um ponto de vista de gestão, as ofertas conjuntas representam uma medida integrada no âmbito das políticas de preços e de comunicação, duas das mais importantes políticas de marketing. Uma vez em que os mercados sem concorrência são relativamente raros, e os anunciantes geralmente têm de concorrer com as ofertas dos outros participantes no mercado, os operadores são obrigados, para se distinguirem no ambiente concorrencial, a apresentar ofertas que não só são interessantes mas também exercem um forte poder de atracção perante os respectivos consumidores. As ofertas conjuntas destinam-se a criar um estímulo à compra por parte dos consumidores, dado apresentarem uma conjugação particular de mercadorias ou serviços diversos numa oferta ou devido ao preço vantajoso, efectivo ou aparente, resultante desta forma de combinação. Por outras palavras, visam atrair clientes e aumentar o potencial de angariação de clientes das empresas.* 70. *Se se tiver em consideração a função acima descrita das ofertas conjuntas, bem como as formas com que são apresentadas quotidianamente ao consumidor, estas podem, por conseguinte, ser definidas como acções ou comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, directamente relacionadas com a promoção ou a venda. Neste sentido, correspondem inteiramente ao conceito de práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29. Por conseguinte, as ofertas conjuntas reguladas no artigo 54.º da lei belga são abrangidas pelo âmbito de aplicação material da Directiva 2005/29*".



claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, visando directamente a promoção e o fluxo das vendas deste, constituindo, na realidade, práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da directiva e incluindo-se, por consequência, no seu âmbito de aplicação.

- b) Processo C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contra Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, em 9 de Novembro de 2010

Já no Processo C-304/08, resultava da decisão de reenvio que a Plus havia lançado, entre 16 de Setembro e 13 de Novembro de 2004, a campanha promocional “*Thre Millionenchance*” (A sua oportunidade de ganhar milhões), no âmbito da qual o público era convidado a comprar produtos vendidos nas suas lojas, para acumular pontos. A acumulação de 20 pontos dava a possibilidade de participar gratuitamente na extracção de 6 de Novembro de 2004 ou na de 27 de Novembro de 2004 do *Deutscher Lottoblock* (uma associação nacional de 16 sociedades de lotaria). Por considerar esta prática desleal, na acepção das disposições conjugadas dos §§ 3 e 4, ponto 6, da UWG³⁹, na medida em que fazia depender a participação dos consumidores num jogo promocional da aquisição de bens, a *Wettbewerbszentrale* (uma associação alemã de luta contra a concorrência desleal) pediu ao *Landgericht Duisburg* que ordenasse à Plus a cessação da referida prática.

O Tribunal de Justiça, para dar resposta à questão submetida, teve que determinar, antes de mais, se as práticas que eram objecto da proibição em causa no processo principal, que ligam a compra de bens ou de serviços à participação dos consumidores num jogo ou num concurso, constituíam práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29/CE, acabando por concluir que *campanhas promocionais como a que estava em causa no processo principal, que sujeitam a participação gratuita*

³⁹ A vigente lei contra a concorrência desleal alemã (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, referido como UWG) destinase, nos termos do seu § 1, a proteger os concorrentes, os consumidores e os outros intervenientes no mercado, face à concorrência desleal. Ao mesmo tempo, protege o interesse geral numa real concorrência. O § 3 da UWG tinha a seguinte redacção: “São ilícitos os actos de concorrência desleal susceptíveis de afectar a concorrência de modo sensível, em prejuízo dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado.” O § 4 da UWG dispunha: “Incorre na prática de actos de concorrência desleal na acepção do § 3, em especial, quem (...) 6. sujeitar a participação dos consumidores num concurso ou num jogo à aquisição de um bem ou à utilização de um serviço, a menos que o concurso ou o jogo estejam, por natureza, ligados ao bem ou ao serviço”.

do consumidor numa lotaria à compra de uma certa quantidade de bens e serviços, se inscrevem claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, visando directamente a promoção e o fluxo das vendas deste, constituem, efectivamente, práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29 e estão, em consequência, abrangidas pelo âmbito de aplicação desta⁴⁰.

- c) Processo C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra Österreich-Zeitungsverlag GmbH*

No Processo C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra “Österreich”-Zeitungsverlag GmbH*, estava em causa um pedido apresentado no âmbito de um litígio entre a *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG* e a *Österreich-Zeitungsverlag GmbH*, empresas de comunicação social escrita, sobre a legalidade ou não de uma venda com prémios organizada pela demandada no processo principal⁴¹. De 25 de

⁴⁰ O Tribunal explicou que esta conclusão não podia ser posta em causa pela argumentação, adiada pelos Governos checo e austríaco, de que as disposições da UWG em causa no processo principal, contrariamente às da Directiva 2005/29/CE, têm por objectivo principal, não a protecção dos consumidores mas a dos concorrentes, contra práticas comerciais desleais praticadas por certos operadores, de modo que essas disposições não se incluem no domínio de aplicação desta directiva. Com efeito, a Directiva 2005/29/CE distingue pelo seu âmbito de aplicação material especialmente amplo, que se estende a qualquer prática comercial que tenha uma ligação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores. Assim, lembrou o tribunal que só ficam excluídas do referido âmbito de aplicação, conforme resulta do sexto considerando da directiva, as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que prejudiquem «apenas» os interesses económicos de concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais. Como a Advogada Geral havia observado nos n.ºs 65 e 66 das suas conclusões, esse não é evidentemente o caso das disposições nacionais em causa no processo principal, uma vez que os §§ 1, 3 e 4 da UWG visam expressamente a protecção dos consumidores e não apenas a dos concorrentes e dos outros intervenientes no mercado. O Tribunal recordou ainda que a Directiva 2005/29/CE procede a uma harmonização completa, a nível comunitário, das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Assim, tal como o artigo 4.º da mesma prevê expressamente, os Estados-Membros não podem adoptar medidas mais restritivas do que as definidas pela directiva, mesmo que seja com o fim de assegurar um grau mais elevado de protecção dos consumidores.

⁴¹ O § 9a da Lei federal austríaca contra a concorrência desleal de 1984 (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984*), na versão constante do BGBl. I, 136/2001 (UWG), tinha a seguinte redacção: “1) *Quem, no âmbito de relações comerciais e com uma finalidade concorrencial, 1. anunciar em anúncios públicos ou noutras comunicações destinadas a um grupo significativo de pessoas que, além de produtos e serviços, oferece brindes (prémios) aos consumidores, ou quem, conjuntamente com publicações periódicas, oferecer, anunciar ou atribuir aos consumidores brindes (prémios) ou 2. oferecer, anunciar ou atribuir a empresas brindes (prémios) associados a produtos ou serviços, pode ser demandado*



Novembro a 6 de Dezembro de 2007, o jornal diário *Österreich*, propriedade da demandada no processo principal, organizou a eleição do “futebolista do ano” e convidou o público a participar nesse concurso, pela Internet ou através de um cupão de voto que figurava no jornal diário. A participação no referido concurso permitia ganhar um jantar com o futebolista escolhido.

O Tribunal considerou que *“as campanhas promocionais como as que estão em causa no processo principal, que condicionam a participação gratuita do consumidor num concurso à compra de bens e serviços, inscrevem-se claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, visando directamente a promoção e o fluxo das vendas deste. Daqui resulta que constituem práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da directiva e, por consequência, estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta”*.

d) Processo C-288/10, *Wamo BVBA contra JBC NV, Modemakers Fashion NV*

Durante o mês de Dezembro de 2009, a Wamo enviou um convite a alguns dos seus clientes, para uma venda privada nas suas lojas, a realizar entre 18 e 20 de Dezembro de 2009, inclusive. Nesse convite, indicava que, durante esses três dias, os clientes seleccionados poderiam beneficiar de preços bastante reduzidos, se apresentassem o seu cartão de fidelidade. Em 18 de Dezembro de 2009, a JBC NV e a Modemakers Fashion NV requereram ao *Rechtbank van Koophandel te Dendermonde* que declarasse que esse convite constituía um anúncio proibido pelo

em acção inibitória ou de indemnização, mesmo quando a gratuidade do brinde for dissimulada através de preços globais para os produtos ou serviços, através de preços fictícios para um brinde ou de qualquer outra forma”. O n.º 2 estabelecia: “O n.º 1 não é aplicável quando o brinde consiste em: 1. um acessório correntemente utilizado em associação com o produto ou em prestações acessórias de prática corrente; 2. amostras; 3. objectos publicitários que se caracterizam por uma designação perfeitamente visível e durável da empresa que faz a sua publicidade; 4. brindes de baixo valor (prémios) ou pequenos objectos de baixo valor desde que estes não se destinem a formar um conjunto cujo valor ultrapasse a soma dos valores dos diferentes objectos individuais oferecidos; 5. uma quantia em dinheiro determinada ou a calcular de forma determinada que não acompanha o produto; 6. uma quantidade determinada – ou a calcular simplesmente por uma fracção – do mesmo produto; 7. prestação de informações ou de conselhos ou 8. concessão de um direito de participar num concurso (jogo promocional) em que o valor (resultante do valor total dos prémios em jogo relativamente ao número de bilhetes de participação distribuídos) do bilhete de participação individual não for superior a 0,36 euro e o valor total do prémio em jogo não ultrapasse 21 600 euros; isto só pode ser efectuado através dos seus próprios bilhetes de participação. O ponto 8 não é aplicável aos brindes que acompanham as publicações periódicas.”

artigo 53.º da LPPC⁴². Por despacho proferido no mesmo dia, este órgão jurisdicional proibiu a Wamo de praticar qualquer redução de preços nas suas lojas, até 1 de Janeiro de 2010, sob pena de imposição de uma sanção pecuniária de 2.500 Euros por infracção comprovada. A Wamo deduziu oposição de terceiros contra esse despacho, com o argumento de que o artigo 53.º da LPPC, por um lado, não proíbe a concessão de reduções, mas as mensagens publicitárias que anunciam tais reduções e, por outro, que esta disposição é, de qualquer forma, contrária à directiva relativa às práticas comerciais desleais e, por conseguinte, não pode ser aplicada. Considerando que a solução do litígio que lhe tinha sido submetido depende da interpretação da referida directiva, o *Rechtbank van Koophandel te Dendermonde* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: “A [directiva relativa às práticas comerciais desleais] opõe-se a uma disposição nacional como o artigo 53.º da [LPPC], que proíbe os anúncios de reduções de preços ou os que a elas aludam, durante períodos bem determinados?”

No Despacho proferido, considerou o Tribunal que campanhas promocionais como as que estavam em causa no processo principal [anúncios de redução de preços], que têm

⁴² O artigo 53.º da Lei de 14 de Julho de 1991 sobre as práticas comerciais e sobre a informação e a protecção dos consumidores (*Belgisch Staatsblad* de 29 de Agosto de 1991 [LPPC]) dispunha: “1. Durante os períodos de proibição que antecedem os saldos, compreendidos entre 15 de Novembro e 2 de Janeiro, inclusive, e 15 de Maio e 30 de Junho, inclusive, nos sectores previstos no artigo 52.º, n.º 1, é proibido realizar os anúncios de reduções de preços e os que aludam a uma redução de preços [...] independentemente do local ou dos meios de comunicação utilizados.[...] Antes do período de proibição que antecede os saldos, é proibido realizar anúncios e fazer alusões a reduções de preços, que produzam efeitos durante o período de proibição que antecede os saldos. Sem prejuízo do disposto no artigo 48.º, n.º 4, as vendas de liquidação realizadas durante um período de proibição que antecede os saldos não podem ser acompanhadas de um anúncio de redução de preços, salvo nos casos e nas condições que o Rei determine.2. As decisões tomadas em aplicação do artigo 52.º, n.º 2, mencionam os períodos de proibição que antecedem os saldos, durante os quais se aplica a proibição prevista no n.º 1. Na falta de regulamentação no sentido do artigo 52.º, n.º 2, a proibição prevista no n.º 1 também é aplicável às [vendas em saldos] previstas no referido artigo 52.º, n.º 2. [...] 4. A proibição de anunciar a redução de preços referida nos n.ºs 1 e 2 não é aplicável às vendas de produtos efectuadas durante manifestações comerciais ocasionais, com uma duração máxima de quatro dias, organizadas, no máximo, uma vez por ano, por grupos locais de vendedores ou com a sua participação. O Rei pode fixar as condições em que essas manifestações podem ser organizadas”. A LPPC foi revogada pela Lei de 6 de Abril de 2010 relativa às práticas do mercado e à protecção do consumidor (*Belgisch Staatsblad* de 12 de Abril de 2010, p. 20803). Esta lei entrou em vigor em 12 de Maio de 2010 e previa, no seu artigo 32.º, uma disposição da mesma natureza que o artigo 53.º da LPPC.



por objectivo atrair os consumidores aos locais de venda dos comerciantes, inscrevem-se claramente no quadro da estratégia comercial de um operador e visam directamente a promoção e o escoamento das suas vendas. Daqui resulta que constituem práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva relativa às práticas comerciais desleais e, por consequência, estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta.

2. O âmbito de aplicação subjectivo: as relações entre profissionais e consumidores

A Directiva aplica-se nas relações entre profissionais e consumidores⁴³, sendo que, neste âmbito, a noção de profissional e de consumidor adoptadas na Directiva não se afastam do conceito geral. O artigo 2.º da Directiva define o consumidor como “*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*”. Já o profissional surge-nos como “*qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional*”.

A propósito da noção de profissional, em especial quando admite que uma situação em que as práticas comerciais de um operador são executadas por outra empresa, que age em nome

⁴³ Como resulta do Considerando 6, a Directiva aproxima as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos. Não abrange nem afecta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais; na plena observância do princípio da subsidiariedade, os Estados-Membros continuarão a poder regulamentar tais práticas, em conformidade com a legislação comunitária, se assim o desejarem. A Directiva também não abrange nem afecta as disposições da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade susceptíveis de enganar as empresas mas não os consumidores e sobre publicidade comparativa. Além disso, a Directiva também não afecta as práticas publicitárias e comerciais aceites, como a colocação legítima de produtos, a diferenciação das marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida. Sobre a importância da Directiva para a protecção dos concorrentes, vide, por todos, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, em JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida III*, Almedina, pág. 550.

e/ou por conta desse operador, permitindo que as disposições da Directiva possam, em determinadas situações, ser oponíveis quer ao referido operador quer a essa empresa, quando estes dois se insiram na definição de “profissional”, cabe referir o Acórdão C-391/12, de 17 de Outubro de 2013, no processo *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contra Stuttgarter Wochenblatt GmbH*. O caso era o seguinte.

A *Stuttgarter Wochenblatt* publicava um semanário com o mesmo nome, ao passo que a *RLvS*, com sede em Estugarda (Alemanha), era editora de um jornal de pequenos anúncios chamado *GOOD NEWS*. Na edição de junho de 2009, esta última publicou dois artigos em contrapartida de um patrocínio financeiro. O primeiro destes dois artigos, publicado na rubrica “*GOOD NEWS Prominent*”, ocupava três quartos da página e tinha o título “*VfB VIPGeflüster*” (“Rumores sobre as personalidades ‘VIP’ presentes no VfB”). Este artigo, acompanhado de fotografias, constituía uma reportagem fotográfica sobre as personalidades presentes no último desafio da época jogado pelo *VfB Stuttgart* no âmbito do campeonato federal de futebol alemão. Entre o título do referido artigo, que também continha uma curta introdução, e o corpo deste, acompanhado por 19 fotografias, constava a indicação de que o artigo em causa fora financiado por terceiros; podia ler-se a menção “*Sponsored by*” (“Patrocinado por”) seguida do nome da empresa “*Scharr*”, graficamente colocado em destaque. O último quarto da página, por baixo deste artigo, era ocupado por uma publicidade assinalada pela menção “anúncio” (“*Anzeige*”), que se encontrava separada do referido artigo por um traço. Esta publicidade informava que os trabalhos de reconstrução do estádio Mercedes Benz Arena já se haviam iniciado e promovia o produto “*Scharr Bio Heizöl*”, comercializado pelo patrocinador do artigo em questão.

O segundo artigo, publicado noutra página do referido jornal na rubrica “*GOOD NEWS Wunderschön*”, fazia parte da série de artigos com o título “*Wohin Stuttgarter verreisen*” (“Para onde viajam os habitantes de Estugarda”) e intitulavase “*Heute: Leipzig*” (“Hoje: Leipzig”). Este artigo, que ocupava sete oitavos da página em questão, consistia numa breve apresentação



da cidade de Leipzig. O título do referido artigo era também acompanhado da menção “*Sponsored by*” seguida do nome da empresa que o financiou, neste caso, a *Germanwings*, graficamente colocado em destaque. Além disso, uma publicidade à *Germanwings*, também separada do referido artigo por um traço e identificada pela menção “*Anzeige*”, ocupava o canto inferior direito da página. Esta publicidade lançava um concurso através do qual os participantes podiam ganhar, nomeadamente, dois bilhetes de avião para Leipzig caso respondessem corretamente a uma pergunta relacionada com a frequência das ligações aéreas operadas pelo patrocinador entre as cidades de Estugarda e de Leipzig.

A *Stuttgarter Wochenblatt* considerava que as duas publicações em questão violavam o § 10 da Lei de imprensa do *Land*, na medida em que não estava claramente indicada a sua natureza publicitária. Considerava que, atendendo a que estas publicações foram patrocinadas financeiramente, estariam em causa publicações a título oneroso, na acepção do referido artigo.

A questão colocada ao Tribunal visava saber se o artigo 7.º, n.º 2, e o ponto 11 do anexo I, em conjugação com o artigo 4.º e o artigo 3.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29/CE, se opunham à aplicação de uma disposição nacional (*in casu*, o § 10 da Lei de imprensa do *Land*⁴⁴) que, além de ter como objetivo evitar que os consumidores sejam induzidos em erro, visa também a proteção da independência da imprensa, e que, contrariamente ao artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE, e ao ponto 11 do anexo I, proíbe qualquer publicação a título oneroso, independentemente do objetivo por ela prosseguido, se essa publicação

⁴⁴ O § 10 da Lei de imprensa do *Land BadenWürttemberg* (*Landespressgesetz BadenWürttemberg*), de 14 de janeiro de 1964 (a seguir “Lei de imprensa do *Land*”), com a epígrafe “Identificação das publicações a título oneroso” dispõe: “Qualquer editor de um periódico, ou o seu responsável (na aceção do § 8, n.º 2, quarto período), que receba ou peça uma retribuição como contrapartida de uma publicação, ou que receba a garantia de tal retribuição, é obrigado a identificar de forma clara essa publicação através da menção ‘anúncio’, na medida em que o posicionamento e a configuração dessa publicação não permitam reconhecer desde logo, de modo geral, a sua natureza publicitária.” A Lei de imprensa do *Land* visa garantir a liberdade de imprensa que, nos termos do seu § 1, é um dos fundamentos da democracia liberal. O § 3 desta lei referia que a imprensa exerce uma missão de serviço público quando presta e difunde informações, toma posição, exerce um papel crítico ou contribui de qualquer outra forma para a formação de opiniões sobre questões de interesse público.

não for identificada através da menção “*Anzeige*” (“anúncio”), a menos que resulte desde logo do posicionamento e da configuração dessa publicação que se trata de um anúncio.

O Tribunal lembrou que atendendo à definição do conceito de “profissional” que consta do artigo 2.º, alínea b), da Directiva 2005/29/CE, esta se pode aplicar a uma situação em que as práticas comerciais de um operador são executadas por outra empresa, que age em nome e/ou por conta desse operador, pelo que as disposições da directiva podem, em determinadas situações, ser oponíveis quer ao referido operador quer a essa empresa, quando estes dois se insiram na definição de profissional. Em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, sublinhou o Tribunal, todavia, que as publicações em causa, a saber, dois artigos de conteúdo editado informativo e descritivo, eram suscetíveis de promover não o produto do editor do periódico, neste caso, um jornal de distribuição gratuita, mas sim *os produtos e os serviços de empresas que não são partes no litígio no processo principal*. Ainda que tais publicações fossem, assim, suscetíveis de serem qualificadas de práticas comerciais, por um lado, admitindo que se pudesse determinar que existe uma relação direta no que respeita a tal comunicação comercial, esta relação existiria relativamente aos produtos e serviços daquelas empresas no processo principal, a Scharr e a Germanwings. Acresce como relevante para a decisão do tribunal que a *RLW* não agiu em nome e/ou por conta das referidas empresas na aceção do artigo 2.º, alínea b), da Directiva 2005/29/CE (situação em que a Directiva poderia ser chamada a proteger os consumidores de produtos e serviços dessas empresas, bem como os seus legítimos concorrentes⁴⁵). Assim, a Directiva 2005/29/CE não protege um concorrente do editor do periódico em causa pelo facto de este último ter procedido a publicações suscetíveis de promover os produtos ou os serviços de anunciantes que patrocinam as referidas publicações

⁴⁵ Ainda assim, outro obstáculo se levantaria à aplicação da Directiva: o facto de o editor do periódico proceder a tais publicações suscetíveis de promover, eventualmente de forma indireta, os produtos e serviços de terceiros não seria suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor no que respeitava à decisão de adquirir ou de tomar posse do jornal em questão, que, para mais, é de distribuição gratuita, pelo que tal prática editorial não seria, por si só, suscetível de ser qualificada de “prática comercial” desse editor, nos termos do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29/CE.



sem que fosse aposta a menção “anúncio”, contrariamente ao que exige o § 10 da Lei de imprensa do *Land*⁴⁶. Assim, concluiu o Tribunal que: “Atendendo ao que precede, há que responder à questão submetida que, em circunstâncias como as do processo principal, a Diretiva 2005/29 não pode ser invocada contra editores de periódicos, pelo que, nestas circunstâncias, esta diretiva deve ser interpretada no sentido de que não se opõe à aplicação de uma disposição nacional por força da qual estes editores são obrigados a apor uma menção específica, neste caso o termo “anúncio” (“*Anzeige*”), em todas as publicações que surjam nos seus periódicos e pelas quais recebam uma retribuição, a menos que o posicionamento ou a configuração dessa publicação permitam, de forma geral, reconhecer a sua natureza publicitária”.

⁴⁶ Esta delimitação do âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29 é corroborada, em primeiro lugar, pelo ponto 11 do anexo I. Como se pode ler: “Com efeito, em aplicação deste ponto 11, e sem prejuízo da Diretiva 89/552, é qualificado de prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias o facto de um profissional utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, sem indicar claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar de forma clara que aquele profissional financiou esse conteúdo editado, prática comumente denominada de “publirreportagem”. 44 A este respeito, embora seja certo que não se pode excluir que o próprio editor de um periódico utilize, nos seus produtos ou noutros meios de comunicação social, uma prática comercial qualificável de desleal face ao consumidor em questão, neste caso o leitor, através, por exemplo, da oferta de jogos, adivinhas ou concursos acompanhados de prémios e, como tal, suscetíveis de incitar o consumidor a comprar o produto em questão, a saber, um jornal (v., a este respeito, no contexto do artigo 30.º CE, atual 36.º TFUE, acórdão de 26 de junho de 1997, *Familiapress*, C368/95, *Colet.*, p. I3689, n.º 28), há todavia que sublinhar que o ponto 11 do anexo I da Diretiva 2005/29 não tem por objetivo, enquanto tal, impor aos editores de periódicos a obrigação de impedir eventuais práticas comerciais desleais dos anunciantes em relação às quais, a este respeito, pode ser potencialmente determinada a existência de uma relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento aos consumidores dos produtos ou dos serviços desses anunciantes. 45 Em segundo lugar, caso se viesse a admitir que a Diretiva 2005/29 pode ser invocada por uma empresa que explora meios de comunicação social contra um dos seus concorrentes que publica conteúdos editados patrocinados por empresas que desejam ou esperam, desse modo, promover os seus produtos, embora omitindo indicar de forma clara que financiaram as referidas publicações, semelhante aplicação desta diretiva entraria em conflito, em matéria audiovisual, com as obrigações impostas aos fornecedores de serviços de meios de comunicação audiovisuais pela Diretiva 2010/13, cujo artigo 10.º, n.º 1, alínea c), trata precisamente dos patrocínios de programas audiovisuais. 46 Ora, resulta do considerando 82 desta última diretiva, designadamente das suas versões em língua alemã (“Abgesehen von den Praktiken, die unter die vorliegende Richtlinie fallen”), inglesa (“Apart from the practices that are covered by this Directive”), francesa (“Outre les pratiques couvertes par la présente directive”), italiana (“In aggiunta alle pratiche oggetto della presente direttiva”) e romena (“Pe lângă practicile aflate sub incidența prezentei directive”), que a Diretiva 2010/13 abrange práticas diferentes das visadas pela Diretiva 2005/29. Tal interpretação estaria também em conflito com o artigo 3.º F da Diretiva 89/522, conforme alterada pela Diretiva 2007/65”.

3. O critério da deslealdade

Como referimos acima, a Directiva, no seu artigo 5.º, n.º 1, proíbe, em geral, as práticas comerciais *desleais*⁴⁷.

Como refere o Considerando 13 da Directiva, a proibição geral é depois 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 (cfr. artigo 5.º, n.º 4, alíneas a) e b), com referência aos artigos 6.º e 7.º e 8.º e 9.º, respectivamente). Surgindo o artigo 5.º como introdução ao Capítulo 2 da Directiva, seguem-lhe, depois, duas secções: a primeira relativa às práticas comerciais enganosas e composta pelos artigos 6.º (acções enganosas) e 7.º (omissões enganosas), e a segunda dedicada às práticas comerciais agressivas, abrangendo os artigos 8.º (práticas comerciais agressivas) e 9.º (utilização do assédio, da coacção e da influência indevida). Para além deste elenco, o Anexo I da Directiva estabelece um conjunto de 31 práticas comerciais que são consideradas desleais em qualquer circunstância.

Uma das principais questões suscitadas aquando da publicação da Directiva foi a da relação entre os diversos níveis de proibição: uma cláusula geral, duas cláusulas concretizadoras e uma lista negra. A cláusula geral poderia ser concebida como um teste geral de lealdade, concretizado depois nas cláusulas menores e na lista negra, ou seja, todas as cláusulas elencadas nas cláusulas concretizadoras e na lista negra seriam desleais no sentido da cláusula geral e, do mesmo modo, se uma cláusula não fosse desleal de acordo com o princípio geral também não o seria segundo as cláusulas concretizadoras ou a lista negra. Esta parece ser a indicação do Considerando 13, ao referir-se a “*proibição geral concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe os mais comuns (...)*”. Todavia, uma análise mais

⁴⁷ Segundo o Considerando 13: “*A fim de realizar os objectivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. 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 comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas*”.



atenta da Directiva permite-nos verificar que muitas das práticas constantes da lista negra não seriam necessariamente consideradas desleais à luz do critério geral⁴⁸, porquanto elas são consideradas desleais em qualquer circunstância, independentemente do teste de deslealdade. Em segundo lugar, as cláusulas concretizadoras podem ir além do escopo da cláusula geral, porquanto estas últimas não requerem que a prática concreta seja contrária às exigências relativas à diligência profissional, o que é automaticamente presumido. Assim, certas práticas enganosas ou agressivas podem cair numa das cláusulas concretizadoras e também não serem desleais à luz do critério geral da deslealdade, por não se ter provado que o profissional violou as exigências de diligência profissional. Isto mesmo foi referido no Processo C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, de 16 de Abril de 2015:

“2) A Directiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial cumprir todos os critérios enunciados no artigo 6.º, n.º 1, desta diretiva para ser qualificada de prática enganosa relativamente ao consumidor, não é necessário verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional, na aceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da referida diretiva, para que possa ser validamente considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da mesma diretiva”.

Assim sendo, em virtude da não verificação de uma real relação de concretização entre a cláusula geral e as restantes disposições da Directiva, é de esperar, na prática, que o intérprete consulte, em primeiro lugar a lista negra, porque nesta situação a prática comercial aí subsumida será considerada desleal sem necessidade de qualquer análise posterior. No caso de a prática não se encontrar elencada na proibição geral do Anexo I, cabe verificar se pode ser qualificada como uma prática comercial enganosa ou agressiva, nos termos dos artigos 6.º e 7.º e 8.º e 9.º. Se a resposta for negativa, resta ainda verificar se pode ser considerada desleal de acordo com a definição constante do artigo 5.º, n.º 2, e, portanto, proibida.

⁴⁸ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 132.

Seguindo uma metodologia eminentemente prática⁴⁹, é este o caminho que vamos seguir.

a) Práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância

Como dissemos, da Directiva faz parte um Anexo I, onde consta uma lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias (ao contrário das outras práticas elencadas, em que as circunstâncias contratuais devem ser consideradas⁵⁰). A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da própria Directiva. Estas práticas são as práticas mínimas e máximas que são desleais, requerendo, sem dúvida que o Tribunal de Justiça interprete os termos desta lista.

Não foi isenta de controvérsia a inserção desta lista na Directiva. Se por um lado, se pode arrogar a vantagem inequívoca da *certeza jurídica*, por outro lado pode ser criticada devido ao *carácter especialmente vago* dos seus *ítems*, que exigirão assim uma actividade de interpretação⁵¹ (pense-se em conceitos como “ignorância”, “critério de razoabilidade”, “correspondência pertinente”). Em termos substanciais, a extensa lista negra é particularmente *abrangente* e eventualmente *desproporcionada* aos objectivos da Directiva, já que não contém um padrão de exigência mínima, exigindo um efeito significativo efeito na con-

⁴⁹ Assumindo claramente que, na prática, a cláusula geral será menos importante do que as categorias concretas das práticas agressivas e das enganosas, vide WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “Introduction”, *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, pág. 2.

⁵⁰ Cfr. CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR* (2005), pág. 1123. Para uma análise do processo formativo do anexo, vide MONIKA NAMYSLOWSKA, “The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black Sheep, Red Herring or White Elephant of the Unfair Commercial Practices Directive?”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, págs. 66 e ss.

⁵¹ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), págs. 131-132. Vide ainda AMANDINE GARDE, “The European Unfair Commercial Practices Directive”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, págs.116 e ss, sobre as dificuldades do Anexo no aumento real da certeza jurídica.



corrência em detrimento dos consumidores. Assim, devido à sua natureza exaustiva e estática, a lista pode ser contraproduitiva ao eliminar formas de concorrência anódinas, e a prática será proibida mesmo que apenas uma minoria muito pequena dos consumidores seja afectada⁵². Acresce que o facto de não ser necessária a influência concreta do comportamento do consumidor pela prática comercial, isto é, uma prática é susceptível de ser considerada desleal mesmo que não exista uma transacção influenciada pela lista negra, pode ser considerado incompatível com a filosofia de mercado da Directiva.

A lista inclui uma série de práticas comerciais heterogéneas, algumas das quais já eram claramente ilegais na maioria dos Estados Membros, algumas das quais são exemplos típicos de manipulação indevida fortemente regulados ou proibidos (5, 6, 11, 14, 20) outras são casos concretos de comportamento fraudulento (21). Apesar de algumas das práticas comerciais afectarem de um modo ou de outro a decisão informada dos consumidores, não tem de ser estabelecido, repetimos, em concreto, nenhum vínculo causal entre a prática e a distorção do comportamento do consumidor⁵³.

Assim, são práticas comerciais enganosas, em qualquer circunstância:

1. Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja.
2. Exibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária.
3. Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade, quando tal não corresponda à verdade.

⁵² Considerando que o Anexo I pode suscitar dúvidas quanto à sua proporcionalidade porquanto protege todos os consumidores e não o consumidor médio, que é o paradigma da Directiva, vide MONIKA NAMYSLOWSKA, “The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black Sheep, Red Herring or White Elephant of the Unfair Commercial Practices Directive?”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “*The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*”, Ashgate, 2014, pág. 68.

⁵³ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 130.

4. Afirmar que um profissional (incluindo as suas práticas comerciais) ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, reconhecimento ou autorização.

5. Propor a aquisição de produtos a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não poderá, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os produtos em questão ou produtos equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades que sejam razoáveis, tendo em conta o produto, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados (publicidade-isco).

6. Propor a aquisição de produtos a um determinado preço, e posteriormente: a) recusar apresentar aos consumidores o artigo publicitado, ou b) recusar as encomendas relativas a este artigo ou a sua entrega num prazo razoável, ou c) a apresentar uma amostra defeituosa do produto, com a intenção de promover um produto diferente (isco e troca).

7. Declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará 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.

8. Comprometer-se a fornecer um serviço de assistência pós-venda aos consumidores com os quais o profissional tenha comunicado, antes da transacção, numa língua que não seja uma das línguas oficiais do Estado-Membro em que o profissional se encontra estabelecido, e posteriormente assegurar este serviço apenas noutra língua, sem ter anunciado de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter comprometido em relação à transacção.

9. Declarar que a venda de um produto é lícita ou transmitir essa impressão, quando tal não corresponda à verdade.

10. Apresentar direitos do consumidor previstos na lei como uma característica distintiva da oferta do profissional.



11. Utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente (publi-reportagem). Esta disposição não prejudica a Directiva 2010/13/UE⁵⁴.

12. Fazer afirmações substancialmente inexactas relativas à natureza e amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o produto.

13. Promover um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o produto provém desse mesmo fabricante.

14. 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, e não em vez da venda ou do consumo de produtos.

15. Alegar que o profissional está prestes a cessar a sua actividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade.

⁵⁴ De acordo com o artigo 34.º da Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Directiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual). A Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva foi revogada por este diploma.

Relembre-se o Acórdão C- 391/12, de 17 de Outubro de 2013, no processo *RLV Verlagsgesellschaft mbH contra Stuttgarter Wochenblatt GmbH*: “48 Por fim, em circunstâncias como as do litígio no processo principal, embora seja certo que a Directiva 2005/29, em particular o ponto 11 do seu anexo I, impõe às empresas anunciantes a obrigação de indicarem de forma clara que financiaram um conteúdo editado nos meios de comunicação social quando esse conteúdo se destine a promover um produto ou um serviço desses profissionais, em contrapartida, a obrigação que incumbe aos editores de periódicos nos termos do § 10 da Lei de imprensa do Land corresponde na realidade, no essencial, às obrigações que o legislador da União impôs, no âmbito das Directivas 89/552 e 2010/13, em matéria de audiovisual aos fornecedores de meios de comunicação social quando os seus serviços ou programas audiovisuais sejam patrocinados por empresas terceiras. 49 Dado que o legislador da União ainda não adotou legislação derivada desta natureza relativamente à imprensa escrita, os Estados-Membros continuam a ter competência para impor obrigações aos editores de periódicos destinadas a alertarem os leitores para a existência de patrocínios de conteúdos editados, desde que, todavia, respeitem as disposições do Tratado, designadamente as relativas à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento”.

16. Alegar que os produtos podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar.

17. Alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações.

18. Transmitir informações inexactas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o produto com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis que as condições normais de mercado.

19. Declarar numa prática comercial que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável.

20. Descrever um produto como “grátis”, “gratuito”, “sem encargos” ou equivalente se o consumidor tem que pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática comercial e de ir buscar o produto ou pagar pela sua entrega.

21. Incluir no material de *marketing* uma factura ou um documento equiparado solicitando pagamento, que dá ao consumidor a impressão de já ter encomendado o produto comercializado quando tal não aconteceu.

22. 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.

23. Dar a impressão falsa de que o serviço pós-venda relativo ao produto está disponível noutro Estado-Membro distinto daquele em que o produto é vendido.

São práticas comerciais agressivas:

24. Criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato.

25. Contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.

26. Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à



distância excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. Esta disposição não prejudica⁵⁵ as Directivas 95/46/CE⁵⁶ e 2002/58/CE⁵⁷.

27. Obrigar um consumidor que pretenda solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro a apresentar documentos que, de acordo com um critério de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.

28. Incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados. Esta disposição não prejudica o artigo 27.º da Directiva 2010/13/UE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva.

29. Exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado⁵⁸.

⁵⁵ O artigo 10.º da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, referido na Directiva, foi revogado pela Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Texto relevante para efeitos do EEE, e não tem correspondência neste diploma. Vide, todavia, o artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE.

⁵⁶ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁵⁷ Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

⁵⁸ A versão original da Directiva exceptuava os produtos de substituição fornecidos em conformidade com o n.º 7 da Directiva 97/7/CE, que determinava, quanto aos fornecimentos não solicitados que: “os Estados-membros podem prever que o fornecedor possa fornecer ou prestar ao consumidor um bem ou serviço de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato. O consumidor será informado desta possibilidade de uma forma clara e compreensível. As despesas de devolução que resultarem do exercício do direito de rescisão ficam, neste caso, a cargo do fornecedor, devendo o consumidor ser informado do facto. Nestes casos, o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço não podem ser equiparados a um fornecimento ou prestação não solicitados na acepção do artigo 9º”. A Directiva 83/2011/UE não repetiu o preceito.

30. Informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o produto ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional.

31. Transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante um determinado acto, irá ganhar um prémio ou outra vantagem quando: não existe qualquer prémio nem vantagem ou a prática de actos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

Esta última cláusula estava em causa no Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 18 de Outubro de 2012, relativo ao Processo C-428/11 – *Purely Creative Ltd e outros contra Office of Fair Trading*. Após um longo processo de consultas e de negociações entre o *Office of Fair Trading* e os operadores comerciais, destinadas a conseguir que estes últimos se comprometessem a respeitar certas regras em matéria de publicidade, o *Office of Fair Trading* propôs um processo na *High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Companies Court)*, a fim de obter uma injunção que obrigasse os operadores comerciais a cessarem a distribuição de promoções publicitárias semelhantes a cinco promoções específicas realizadas ao longo do ano de 2008. As referidas promoções compreendiam cartas individualmente endereçadas, cartões de raspagem e outros folhetos (promocionais) colocados em jornais e revistas. Embora diferissem no detalhe, possuíam uma série de características em comum, descritas como se segue pelo órgão jurisdicional de reenvio, a saber, a *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)*: o consumidor era informado do facto de que tinha direito a reclamar um de vários prémios ou recompensas especificados, que oscilavam entre prémios de valor considerável e prémio de valor não superior a algumas GBP, designados, ao longo do processo, como os “prémios mais habituais”. Existiam vários prémios de valor compreendido entre estes dois extremos. Não estava em causa que os prémios em causa fossem realmente colocados à disposição dos consumidores. Com excepção da promoção 8, para averiguar aquilo que podia reclamar e para obter um número para a respetiva reclamação, o consumidor dispunha das seguintes opções: ligar para um número de telefone de valor



acrescentado, ou utilizar um serviço de mensagem de texto SMS invertido, ou obter a informação por via postal normal. O método que utilizava a via postal figurava em lugar menos destacado que o método que utilizava o número de telefone de valor acrescentado, pelo que os consumidores eram encorajados a utilizar uma via mais dispendiosa que a via postal. No que respeita à promoção 5, constatouse que pelo menos 80% dos consumidores participantes tinham respondido por telefone ou por mensagem de texto. Não se chegou a nenhuma conclusão específica a este respeito em relação às outras promoções. O número de telefone em causa era uma linha de valor acrescentado. O consumidor era informado do custo por minuto e da duração máxima da chamada. O consumidor não era informado de que: a duração mínima da chamada para obter as informações necessárias para reclamar o prémio mais habitual era inferior em alguns segundos à duração máxima da chamada, o promotor recebia 1,21 GBP do custo por minuto faturado de 1,50 GBP, em alguns casos, o consumidor tinha de pagar despesas adicionais para a entrega e o seguro, parte das quais era usada pelo promotor para financiar o custo de aquisição do artigo reclamado, e mais de 99% das pessoas que reclamaram um prémio tinham direito a receber o prémio mais habitual, cujo valor era equivalente ou correspondia substancialmente ao valor que já tinham desembolsado em despesas com telefone ou mensagens de texto e/ou despesas fixadas para a entrega e o seguro⁵⁹.

As promoções 6 e 8 diziam respeito a cruzeiros. Como resulta dos pontos 171 a 173 da decisão da *High Court*, na promoção 8, o consumidor, que fazia parte das 356 578 pessoas que tinham ganhado um cruzeiro no mar Mediterrânico para quatro pessoas, podia reclamar o seu prémio mediante o preenchimento de um formulário e o pagamento de 14,95 GBP para o seguro e o envio. Recebia então um vale, cujo preço de custo

⁵⁹ A título de exemplo, no que respeita à promoção 5, resulta dos pontos 87 e 90 da decisão da *High Court* que, para receber um relógio alegadamente suíço, fabricado no Japão, um consumidor devia pagar 18 GBP (8,95 GBP de telefone, 8,50 GBP de seguro e despesas de envio, bem como o custo de dois envelopes e de dois selos de correio). Se o consumidor optasse pela via postal, desembolsava 9,50 GBP. Em caso de utilização do telefone, o profissional recebia um total de 15,71 GBP (7,21 GBP de telefone e 8,50 GBP de seguro e de despesas de envio), quando as suas despesas ascendiam a 9,36 GBP.

para o profissional era de 0,35 GBP. A leitura dos pequenos caracteres que figuravam no vale permitia perceber-se de que o cruzeiro era de três dias, na Córsega (França) e na Sardenha (Itália), a partir de um porto não especificado da Toscana (Itália) e em datas não especificadas. O referido vale permitia beneficiar de transporte com partida de Inglaterra até ao local de embarque, bem como da viagem de regresso, por um preço de 159 GBP. Para obter uma cabine com uma ou duas camas (e não quatro camas) era necessário pagar um suplemento. O consumidor devia ainda pagar as despesas com a comida e as bebidas, bem como as taxas portuárias. Segundo a *High Court*, dois casais de duas pessoas teriam de desembolsar 1 596 GBP, isto é, 399 GBP por pessoa, para participarem nesse cruzeiro.

Da decisão do High Court foi interposto recurso para a Court of Appeal (England & Wales), que colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1) A prática proibida referida no n.º 31 do anexo I da Diretiva [relativa às práticas comerciais desleais] proíbe os operadores comerciais de informarem os consumidores do facto de que ganharam um prémio ou outra vantagem, quando, na realidade, o consumidor é levado a incorrer num custo, mesmo que seja insignificante, relacionado com a obtenção do prémio ou outra vantagem?

2) Quando o comerciante propõe ao consumidor vários meios possíveis para reclamar o prémio ou outra vantagem, o n.º 31 do anexo I [da diretiva relativa às práticas comerciais desleais] é violado se a prática de um ato relacionado com um dos meios para reclamar (este prémio ou esta vantagem) implicar que o consumidor tem de incorrer num custo, mesmo que seja insignificante?

3) Se o n.º 31 do anexo I [da diretiva relativa às práticas comerciais desleais] não for violado quando o meio para obter o prémio [ou outra vantagem] implicar que o consumidor apenas incorra em custos insignificantes, como deve o juiz nacional determinar se esses custos são insignificantes? Em particular, deverão tais custos ser indispensáveis para que: a) o promotor identifique o consumidor como o vencedor de um prémio [...] b) o consumidor tome posse do prémio, e/ou c) o consumidor beneficie da experiência descrita como prémio?



4) A utilização dos termos ‘impressão falsa’ no n.º 31 [do anexo I da diretiva relativa às práticas comerciais desleais] impõe algum requisito adicional ao requisito de que o consumidor deve efetuar um pagamento em dinheiro ou incorrer num custo relacionado com a obtenção do prémio para que o juiz nacional conclua que as disposições do [referido] n.º 31 foram violadas?

5) Se for este o caso, como deve o juiz nacional determinar se foi criada esta ‘impressão falsa’? Em particular, [para determinar se foi dada uma ‘impressão falsa’], o juiz nacional deve tomar em consideração o valor relativo do prémio em relação com o custo suportado para o reclamar [...]? Se for este o caso, este ‘valor relativo’ deve ser apreciado tendo em conta: a) o custo por unidade suportado pelo promotor para obter o prémio; [...] b) o custo por unidade suportado pelo promotor para entregar o prémio ao consumidor; ou c) o valor que o consumidor pode atribuir ao prémio tendo como referência a evolução do ‘valor de mercado’ de um artigo equivalente em caso de compra?

Considerou o Tribunal que o n.º 31, segundo travessão, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE, deve ser interpretado no sentido de que *proíbe as práticas agressivas através das quais operadores comerciais, como os que estão em causa no processo principal, dão a impressão falsa de que o consumidor já ganhou um prémio, quando o acto para reclamar o prémio, quer se trate de um pedido de informação relativa à natureza do referido prémio ou da respectiva tomada de posse, está subordinado à obrigação de o consumidor desembolsar dinheiro ou incorrer num custo*. Considerou ainda o Tribunal ser irrelevante o facto de o custo imposto ao consumidor, como o custo de um selo de correio, ser insignificante comparativamente ao valor do prémio ou não se traduzir em qualquer benefício para o operador comercial. É igualmente irrelevante que os atos para reclamar um prémio possam ser realizados segundo vários métodos propostos ao consumidor pelo operador comercial, sendo, pelo menos, um deles gratuito, sempre que um ou vários dos métodos propostos impliquem que o consumidor incorra num custo para se informar sobre o prémio ou as modalidades de obtenção do mesmo⁶⁰.

⁶⁰ Caberia, pois, aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar as informações fornecidas aos consumidores à luz dos considerandos 18 e 19 da Diretiva 2005/29/CE, bem como do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), desta Diretiva, isto é, tendo em conta a clareza e a compreensibilidade dessas informações para o público visado pela prática seguida.

b) As práticas comerciais enganosas e as práticas agressivas

Para além da lista das práticas consideradas desleais em qualquer circunstância, a Directiva qualifica como desleais as práticas comerciais *enganosas*, tal como definidas nos artigos 6.º e 7.º, ou *agressivas*, tal como definidas nos artigos 8.º e 9.º.

i) Práticas comerciais enganosas – artigos 6.º e 7.º da DPCD

A secção I do capítulo II trata das práticas comerciais enganosas, quer por acção (artigo 6.º), quer por omissão (artigo 7.º). O artigo 6.º, n.º 1, da Directiva considera que é considerada enganosa uma prática comercial *se contiver informações falsas*, sendo inverídicas, ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados:

- a) A existência ou natureza do produto;
- b) As características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados sobre o produto;
- c) O alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos;
- d) O preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;
- e) A necessidade de um serviço, de uma peça, de uma substituição ou de uma reparação;



f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o seu estatuto, a sua aprovação, a sua inscrição ou as suas relações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido;

g) Os direitos do consumidor, em particular o direito de substituição ou de reembolso nos termos do disposto na Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e os riscos a que pode estar sujeito.

Cumulativamente, em ambos os casos, para ser considerada enganosa, é necessário que a prática comercial conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo. A decisão de transacção surge definida no artigo 2.º, alínea k) da Directiva como: a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir.

O n.º 2 do mesmo preceito apresenta uma extensão, considerando também enganosa uma prática comercial que, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo, e envolva:

a) Qualquer actividade de marketing relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa⁶¹, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

b) Incumprimento por parte do profissional dos compromissos contidos em códigos de conduta aos quais esteja vinculado, desde que: i) o compromisso não seja uma mera aspiração mas seja firme e verificável, e que ii) o profissional indique, na prática comercial, que está vinculado pelo código.

⁶¹ Sobre a análise económica da publicidade, vide K. BAGWELL, 'The Economic Analysis of Advertising,' Working Paper, Columbia University Department of Economics, 2003, disponível em <http://www.columbia.edu/~kwb8/adchapterPost082605.pdf>.

O artigo 7.º, sobre omissões enganosas⁶², n.º 1, determina que uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação⁶³, *omita uma informação substancial*⁶⁴ que, atendendo ao contexto, seja *necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida*, e, portanto, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

Nos termos do n.º 2, também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspectos descritos no n.º 1, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

São considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às

⁶² Sobre as omissões, vide FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *InDret* (2016), págs. 22 e ss. Segundo o autor este preceito revela desconfiança para com a informação prestada pelas empresas, desconhece que os profissionais têm incentivos para revelar informação (mesmo negativa), e ignora o problema da sobrecarga de informação bem como o facto de a comunicação comercial ser necessariamente incompleta.

⁶³ Nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, quando o meio utilizado para comunicar a prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo, essas limitações e quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios serão tomadas em conta ao decidir-se se foi omitida informação.

⁶⁴ Relembre-se o Considerando 15: “*Sempre que a legislação comunitária impuser requisitos de informação relativos às comunicações comerciais, à publicidade e ao marketing, essa informação é considerada substancial na aceção da presente directiva. Os Estados-Membros poderão manter ou acrescentar requisitos de informação relacionados com o direito contratual e que produzam efeitos em termos de direito contratual, se tal for permitido pelas cláusulas mínimas previstas nos instrumentos de direito comunitário existentes*”. O anexo II contém uma lista não exaustiva desses requisitos de informação previstos no acervo. Dado que Directiva introduz uma harmonização plena, só as informações exigidas na legislação comunitária são consideradas substanciais para efeitos do n.º 5 do seu artigo 7.º Sempre que os Estados-Membros tiverem introduzido requisitos de informação que vão além do que é especificado na legislação comunitária, com base nas cláusulas mínimas, a omissão dessas informações adicionais não constitui uma omissão enganosa na aceção da presente directiva. Em contrapartida, os Estados-Membros poderão, se tal lhes for permitido pelas cláusulas mínimas da legislação comunitária, manter ou introduzir disposições mais restritivas conformes com o direito comunitário para garantir um nível elevado de protecção dos direitos contratuais individuais dos consumidores.



comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista, não exaustiva, consta do anexo II à Directiva.

A Directiva regula ainda a informação a prestar no caso de a empresa fazer um mero convite a contratar, isto é, nos termos do artigo 2.º, alínea i), *“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”*. Como se refere no Considerando 14: *“Em relação às omissões, a presente directiva estabelece um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão de transacção esclarecida. Tal informação não terá de ser comunicada em toda a publicidade, mas apenas quando o profissional efectue um ‘convite a contratar’, conceito que é claramente definido nesta directiva”*.

Assim, especifica o n.º 4 que, no caso de existir um convite a contratar, são apenas consideradas substanciais, se não se puderem depreender do contexto, as informações seguintes:

a) As características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto;

b) O endereço geográfico e a identidade do profissional, tal como a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua;

c) O preço, incluindo impostos e taxas, ou, quando, devido à natureza do produto, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor;

d) As modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional;

e) Para os produtos e transacções que impliquem um direito de retractação ou de anulação, a existência de tal direito.

Sobre as práticas comerciais enganosas existe já relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça.

a) Processo C-122/10, *Konsumentombudsmannen contra Ving Sverige AB*, de 12 de Maio de 2011

No processo C-122/10, *Konsumentombudsmannen contra Ving Sverige AB*, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011, veio clarificar que, para que uma comunicação comercial possa ser qualificada como convite a contratar, não é necessário que esta comporte um meio concreto de aquisição ou que ela surja associada a essa possibilidade ou por ocasião desta.

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha o *Konsumentombudsmannen* (mediador encarregado da defesa dos consumidores) à *Ving Sverige AB* (a seguir “Ving”) a respeito da compatibilidade de uma comunicação comercial com a legislação nacional relativa às medidas de comercialização.

A Ving é uma agência de viagens que organiza pacotes de viagens com voos charter e regulares, vendendo igualmente bilhetes de avião e alojamento em hotéis a pessoas que viajam individualmente. As viagens são vendidas na Internet, por telefone, nos pontos de venda da empresa bem como em agências de viagens seleccionadas em toda a Suécia.

A 13 de Agosto de 2008, a Ving publicou uma comunicação comercial, num jornal diário sueco propondo viagens com destino a Nova Iorque (Estados Unidos da América) por um período compreendido entre o mês de Setembro e o mês de Dezembro de 2008. No referido anúncio figuravam certas informações, a saber, inscrito em grandes caracteres “*Nova Iorque a partir de 7 820 coroas*”, por baixo deste texto, em caracteres mais pequenos, “*Voo a partir de Arlanda com a British Airways e duas noites no Hotel Bedford – Preço por pessoa em quarto duplo, incluindo taxas de aeroporto. Noite suplementar a partir de 1 320 coroas. Oferta válida para viagens seleccionadas Set. – Dez. Número limitado de lugares*”, e em baixo, à esquerda do anúncio, “*Vingflex.se. Tel: 0771995995*”.

Em 27 de Fevereiro de 2009, o *Konsumentombudsmannen* apresentou no órgão jurisdicional de reenvio uma acção contra a Ving com o fundamento de que esta comunicação comercial era um convite a contratar contendo uma omissão enganosa, na medida em que as informações sobre as características principais da viagem, nomeadamente o seu preço, eram insuficientes ou não existiam. O *Konsumentombudsmannen* pediu que fosse



ordenado à Ving que indicasse um preço fixo no seu anúncio e que esta fosse proibida, sob pena de aplicação de sanção pecuniária compulsória, de anunciar um preço de partida. Pediu, por outro lado, que fosse ordenado a esta agência de viagens que precisasse em quê e de que maneira as características principais da viagem como, por exemplo, as datas, as opções propostas ao consumidor ou as características análogas, afectavam o preço de partida, indicado na comunicação comercial e de que maneira este último era afectado.

A Ving contestou que a comunicação comercial em questão constituísse um convite a contratar. A título subsidiário, alegou que as características principais do produto foram indicadas de modo apropriado tendo em conta o meio de comunicação utilizado bem como o produto em causa e que o preço foi mencionado da maneira imposta pela lei sueca relativa à informação sobre os preços. A Ving contestou, igualmente, que a referida comunicação comercial constituísse uma prática desleal e que tivesse omitido o fornecimento de informações substanciais e claras. Subsidiariamente, a Ving alegou que a omissão das informações controvertidas não alterou nem podia alterar a aptidão do destinatário para tomar uma decisão comercial esclarecida.

Apenas uma prática comercial que tenha sido qualificada previamente de convite a contratar entra no campo de aplicação do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 2005/29, ao passo que todas as práticas comerciais, incluídos os convites a contratar, ficam sujeitos ao ditames do artigo 7.º, n.ºs 1, 2, 3 e 5, da Directiva. O convite a contratar, definido no artigo 2.º, alínea i), da Directiva, deve incluir um número de informações-chave, enumeradas no artigo 7.º, n.º 4, da Directiva, de que o consumidor necessita para tomar uma decisão comercial esclarecida. Na falta dessas informações, qualificadas de substanciais por esta última disposição, um convite a contratar é considerado ser enganoso e é portanto desleal, como resulta das disposições dos artigos 5.º, n.º 4, e 7.º da Directiva 2005/29/CE.

O Tribunal decidiu que a expressão “*permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição*”, que figura no artigo 2.º, alínea i), da Directiva 2005/29/CE deve ser interpretada no sentido de que *existe um convite a contratar quando a informação relativa ao*

*produto comercializado e ao preço deste for suficiente para que o consumidor possa tomar uma decisão comercial, sem que seja necessário que a comunicação comercial comporte igualmente um meio concreto de adquirir o produto ou surja associada a essa possibilidade ou por ocasião desta*⁶⁵. Assim, o artigo 2.º, alínea i), da Directiva 2005/29/CE deve ser interpretado no sentido de que o requisito relativo ao preço se considera preenchido se a comunicação comercial indicar um preço “a partir de”, ou seja, o preço mais baixo pelo qual o produto ou categoria de produtos anunciados pode ser adquirido, quando este exista noutras variantes ou com um conteúdo diferente, a preços que não são indicados.

b) Processo C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, de 16 de Abril de 2015

No Acórdão do Tribunal de Justiça, no Processo C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, de 16 de Abril de 2015, resultava da decisão de reenvio que, durante o mês de abril de 2010, um particular, L. Szabó, que era assinante de longa data da UPC, uma empresa prestadora de serviços de televisão por cabo, e que pretendia resolver o contrato que o vinculava à referida sociedade, pediu a esta última que lhe indicasse o período exato a que dizia respeito a fatura anual emitida em 2010, uma vez que essa fatura não continha essa referência. A UPC respondeu ao interessado que a última fatura anual se referia ao “período compreendido entre 11 de janeiro de 2010 e 10 de fevereiro de 2011 inclusive”. L. Szabó, que queria fazer coincidir a rescisão do contrato que havia celebrado com a UPC com o último dia da prestação de serviços já paga, pediu a resolução do contrato com efeitos a partir de 10 de fevereiro de 2011. A prestação de serviços só terminou em 14 de fevereiro de 2011 e, em 12 de março de 2011, o interessado recebeu um documento da UPC exigindo-lhe o pagamento do montante de 5243 forints húngaros (HUF) a título de juros de mora vencidos até 14 de fevereiro de 2011.

⁶⁵ Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, caso a caso, tendo em consideração o contexto do convite a contratar, o meio de comunicação utilizado bem como a natureza e as características do produto, se a menção de certas características principais do produto, só por si, permite ao consumidor tomar, com conhecimento de causa, uma decisão comercial.



L. Szabó apresentou uma reclamação no *Budapest Főváros Kormányhivatala Fogyasztóvédelmi Felügyelőségénél* (Inspeção da defesa do consumidor, que faz parte dos serviços governamentais desconcentrados de Budapeste), alegando que tinha recebido uma informação errada, em consequência da qual devia pagar um montante de 5243 HUF, uma vez que era devedor de custos de assinatura junto de duas operadoras diferentes para o mesmo período, quando a própria prestação de serviços em causa era de natureza tal que não podia ser obtida junto de dois prestadores em simultâneo.

Na sequência das prestações prejudiciais que lhe forem apresentadas, o Tribunal veio a considerar que a Diretiva 2005/29/CE deve ser interpretada no sentido de que *a comunicação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errada, como a que está em causa no processo principal, deve ser qualificada de “prática comercial enganosa”, na aceção da Diretiva, ainda que essa comunicação só diga respeito a um único consumidor.*

c) Processo C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič contra SOS financ spol. s r. o.*, de 15 de Março de 2012

No acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) 15 de março de 2012, no Processo C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič contra SOS financ spol. s r. o.*, os demandantes no processo principal pediam ao órgão jurisdicional de reenvio que declarasse a nulidade do contrato de crédito que celebraram com a SOS, estabelecimento não bancário que concedia créditos ao consumo com base em contratos standardizados. Decorria da decisão de reenvio que o crédito em causa no processo principal fora concedido aos demandantes no processo principal em 12 de março de 2008. Nos termos desse contrato, a SOS concedeu aos demandantes no processo principal um crédito de 150 000 SKK (4 979 euros) que devia ser reembolsado em 32 depósitos mensais de 6 000 SKK (199 euros) aos quais acrescia um trigésimo terceiro depósito igual ao montante do crédito concedido. Por conseguinte, os demandantes no processo principal deveriam reembolsar um montante de 342 000 SKK (11 352 euros).

A TAEG foi fixada no referido contrato em 48,63%, mas era, na realidade, em conformidade com o cálculo efetuado pelo órgão jurisdicional de reenvio, de 58,76%, não tendo a SOS incluído no seu cálculo despesas relativas ao crédito concedido. Além disso, decorria da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal continha várias cláusulas desfavoráveis aos demandantes no processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio referia que a declaração de nulidade desse contrato de crédito a curto prazo no seu todo, devido ao caráter abusivo de algumas das suas cláusulas, era mais vantajosa para os demandantes no processo principal do que a manutenção da validade das cláusulas não abusivas do referido contrato. Com efeito, no primeiro caso, os consumidores em causa ficariam obrigados a pagar apenas os juros de mora, à taxa de 9%, e não a totalidade das despesas relativas ao crédito concedido, que são muito mais elevadas do que esses juros.

Por considerar que a resolução do diferendo dependia da interpretação das disposições pertinentes do direito da União, o Okresný súd Prešov (Tribunal da Circunscrição de Prešov) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O objetivo de proteção do consumidor, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13⁶⁶[...], permite concluir que, no caso de serem identificadas cláusulas contratuais abusivas, o contrato não vincula, na totalidade, o consumidor, quando isso seja mais favorável a este último?

2) Os critérios que configuram uma prática comercial desleal, na aceção da Diretiva 2005/29[...], permitem concluir que, quando o operador menciona no contrato uma [TAEG] inferior à real, se pode considerar que tal comportamento do operador face ao consumidor constitui uma prática comercial desleal? A Diretiva 2005/29[...] permite concluir, caso se apure a existência de uma prática comercial desleal, que isso tem incidência na

⁶⁶ A Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores estabelece, no seu n.º 1, que: “Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”



validade do contrato de crédito e na prossecução dos objetivos dos artigos 4.º, n.º 1, e 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13[...], se a nulidade do contrato for mais favorável para o consumidor?

O Tribunal de Justiça veio a considerar que uma prática comercial, como a que está em causa no processo principal, que consiste em indicar num contrato de crédito uma taxa anual efetiva global inferior à realidade deve ser qualificada de ‘enganosa’, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE, desde que induza ou seja suscetível de induzir o consumidor médio a tomar uma decisão comercial que de outro modo não tomaria. Cabe ao juiz nacional verificar se é esse o caso no processo principal. A constatação do caráter desleal dessa prática comercial constitui um elemento, entre outros, em que o juiz competente se pode basear, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CE, para apreciar o caráter abusivo das cláusulas do contrato relativas ao custo do empréstimo concedido ao consumidor.

Quanto à validade do contrato, o Tribunal de Justiça lembrou, contudo, que essa constatação não tem incidência direta na apreciação dessa validade, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CE.

d) Processo C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*, de 26 de Outubro de 2016

A Canal Digital era uma empresa estabelecida na Dinamarca que fornecia aos consumidores programas televisivos, nomeadamente sob a forma de pacotes de canais de televisão. Esta sociedade foi acusada perante o *Retten i Glostrup* (Tribunal de Glostrup, Dinamarca) de ter violado, em seis ocasiões, no âmbito de uma campanha publicitária relativa à subscrição de canais de TV, realizada no outono de 2009, nomeadamente, o artigo 3.º, primeiro parágrafo, da lei relativa às práticas comerciais. Segundo aquele órgão jurisdicional, essa campanha consistia em dois anúncios publicitários difundidos na televisão e na Internet, bem como em três faixas publicitárias difundidas na Internet, nomeadamente na página do sítio Internet da Canal Digital. O preço da referida subscrição era composto, por um lado, por um preço mensal de 99 coroas dinamarquesas (DKK)

(cerca de 13,30 euros) ou de 149 DKK (cerca de 20 euros) e, por outro, por um preço de 389 DKK (cerca de 52,30 euros) relativo a um “serviço de cartão”. Nos dois anúncios publicitários difundidos na televisão e na Internet, o preço mensal era anunciado oralmente e aparecia escrito dentro de um grande círculo, bem como num texto na parte inferior do ecrã. A locução do anúncio não fazia qualquer referência ao “serviço de cartão” semestral. O preço deste “serviço de cartão” semestral figurava no texto apresentado na parte inferior do ecrã, o qual indicava também o preço total a pagar pelo consumidor no primeiro ano de subscrição (a seguir “período de fidelização”). O preço total a pagar pelo consumidor durante o período de fidelização, que incluía o “serviço de cartão” semestral, também era apresentado dentro do círculo que figurava no ecrã, em caracteres mais pequenos do que os utilizados para o preço mensal, mas não era mencionado na locução do anúncio. O texto que referia o “serviço de cartão” semestral e o preço total a pagar durante o período de fidelização, que figurava em caracteres mais pequenos na parte inferior do ecrã, era exibido durante mais tempo do que o círculo, durante cerca de seis segundos. No anúncio publicitário que referia o preço de 99 DKK, o preço mensal era indicado no círculo em caracteres cerca de quatro vezes maiores do que os do texto exibido na parte inferior do ecrã. Este último texto era de cor branca e era parcialmente exibido contra um fundo claro, nomeadamente a parte relativa ao “serviço de cartão” semestral. No anúncio publicitário que referia o preço de 149 DKK, o preço mensal era indicado no círculo em caracteres cerca de uma vez e meia maiores do que os do texto exibido na parte inferior do ecrã. Este último texto era de cor branca sobre fundo azul e verde. Numa das três faixas publicitárias, o preço mensal, concretamente 99 DKK, era mostrado dentro de um círculo. Nesse círculo figurava também, em caracteres mais pequenos, o preço total a pagar pelo consumidor durante o período de fidelização. Não era feita nenhuma referência ao “serviço de cartão” semestral. Ao clicar sobre essa faixa publicitária, o consumidor podia obter informações adicionais sobre a subscrição, nomeadamente sobre o referido “serviço de cartão”. As outras duas faixas publicitárias só indicavam o preço



mensal, concretamente 99 DKK. Ao clicar na faixa publicitária, o consumidor podia aceder ao sítio Internet da Canal Digital, onde podia obter informações adicionais sobre a subscrição, designadamente sobre o “serviço de cartão” semestral.

O último caso na origem do processo penal diz respeito à página de entrada no sítio Internet da Canal Digital. As subscrições eram apresentadas nessa página sob o título “o pacote de canais digitais com HDTV mais barato da Dinamarca”. Junto a este texto figurava um círculo que rodeava o preço, concretamente 99 DKK. Por baixo, em caracteres mais pequenos, era anunciado o preço total a pagar durante o período de fidelização. Um pouco mais abaixo nesta página inicial, em caracteres diferentes e mais pequenos, e ainda mais abaixo, sob o título “condições da oferta”, figuravam informações relativas ao “serviço de cartão” semestral. Nesse local também estava indicado o preço total a pagar durante o período de fidelização, incluindo o referido “serviço de cartão”.

Os seis casos acima mencionados deram origem à instauração de processos contra a Canal Digital no órgão jurisdicional de reenvio, por violação do artigo 3.º, primeiro parágrafo, da lei relativa às práticas comerciais, com o fundamento de que esta não tinha prestado aos consumidores informações suficientemente precisas quanto ao facto de que acrescia aos preços mensais de 99 DKK ou de 149 DKK uma subscrição de um “serviço de cartão” semestral no montante de 389 DKK.

O referido órgão jurisdicional, que observa que as disposições do artigo 7.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2005/29/CE não foram introduzidas na lei relativa às práticas comerciais, mas são apenas mencionadas na exposição de motivos do projeto de lei que conduziu à sua adoção, questionase sobre a conformidade desta última com a referida diretiva. Além disso, considerando que o litígio no processo principal levanta questões de interpretação dos artigos 6.º e 7.º da mesma diretiva, o *Retten i Glostrup* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- “1) Deve a [Diretiva 2005/29] ser interpretada no sentido de que se opõe a um regime nacional como o estabelecido no artigo 3.º da [lei relativa às práticas comerciais], que proíbe práticas de

marketing enganosas, nomeadamente no âmbito de convites [a] contratar, quando nem no artigo 3.º nem nas outras disposições se faz referência às limitações previstas no artigo 7.º, n.º 1, da diretiva (nos termos do qual deve ser tido em conta se a prática de *marketing* omite uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida) e no artigo 7.º, n.º 3 (nos termos do qual deve ser tomado em conta o facto de o meio de comunicação utilizado impor limitações de tempo e de espaço)?

2) Deve o artigo 6.º da [Diretiva 2005/29] ser interpretado no sentido de que, quando um profissional tenha optado por comunicar o preço total de uma subscrição contínua, na qual o consumidor tem de pagar tanto o montante mensal contínuo como um montante semestral contínuo, uma prática de *marketing* será considerada enganosa se der especial destaque ao preço mensal, ao passo que o preço semestral é omitido por completo ou exposto de forma menos visível?

3) Deve o artigo 7.º da [Diretiva 2005/29] ser interpretado no sentido de que, quando um profissional tenha optado por comunicar o preço total de uma subscrição contínua, na qual o consumidor tem de pagar tanto o preço mensal contínuo como um preço semestral contínuo, uma prática de *marketing* será considerada uma omissão enganosa se der especial destaque ao preço mensal, ao passo que o preço semestral é omitido por completo ou exposto de forma menos visível?

4) Para apreciar se uma prática de *marketing* como a descrita nas segunda e terceira questões é enganosa, deve ser tido em conta se a referida prática de *marketing*: a) indica o preço total da subscrição durante o período de fidelização, incluindo o preço semestral; e/ou b) é efetuada através de anúncios ou publicidade na Internet, que remetem para o sítio Internet do profissional, que indica o preço semestral e/ou o preço total da subscrição, incluindo o preço semestral?

5) Tem alguma influência nas respostas às segunda e terceira questões o facto de o *marketing* ser efetuado num anúncio televisivo?

6) O artigo 7.º, n.º 4, da [Diretiva 2005/29] contém uma



enumeração exaustiva das informações consideradas substanciais num convite a contratar?

7) Em caso de resposta afirmativa à sexta questão, o artigo 7.º, n.º 4, da [Diretiva 2005/29] exclui a possibilidade de um convite a contratar que indica o preço total a pagar pelo consumidor durante o primeiro ano de vigência do contrato de subscrição (período de fidelização) poder ser considerada uma prática de *marketing* enganosa na aceção do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, ou do artigo 6.º da diretiva se, por exemplo, forem fornecidas informações adicionais sobre alguns elementos do preço do produto (mas não sobre todos)?”

O Tribunal de Justiça viria, de forma muito completa, a responder que:

1) O artigo 7.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2005/29/CE deve ser interpretado no sentido de que, para apreciar se uma prática comercial deve ser considerada uma omissão enganosa, há que ter em conta o contexto em que essa prática se insere, nomeadamente as limitações próprias do meio de comunicação utilizado para efeitos da referida prática comercial, as limitações de espaço ou de tempo que esse meio de comunicação impõe, bem como quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informações aos consumidores por outros meios, mesmo que esta exigência não resulte expressamente do texto da legislação nacional em causa.

2) O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que deve ser considerada enganosa uma prática comercial que consiste em fracionar o preço de um produto em vários elementos e destacar um deles, quando essa prática seja suscetível, por um lado, de causar no consumidor médio a impressão errada de que lhe é proposto um preço vantajoso e, por outro, de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do processo principal. Todavia, os constrangimentos de tempo a que podem estar sujeitos certos meios de comunicação, como os anúncios publicitários televisivos, não podem ser tomados em consideração para a

apreciação do caráter enganoso de uma prática comercial, à luz do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva.

3) O artigo 7.º da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que, quando um profissional tenha optado por fixar o preço de uma subscrição de tal forma que o consumidor deve pagar simultaneamente um preço mensal e um preço semestral, esta prática deve ser considerada uma omissão enganosa se, na comercialização, se der especial destaque ao preço mensal, ao passo que o preço semestral é omitido por completo ou exposto de forma menos visível, na medida em que essa omissão conduza o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, tendo em conta as limitações próprias do meio de comunicação utilizado, a natureza e as características do produto, bem como as outras medidas tomadas efetivamente pelo profissional para disponibilizar ao consumidor as informações substanciais relativas ao produto.

4) O artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que contém uma enumeração exaustiva das informações substanciais que devem figurar num convite a contratar. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se o profissional em causa cumpriu o seu dever de informação tendo em conta a natureza e as características do produto, mas também o meio de comunicação utilizado para o convite a contratar e as informações complementares eventualmente prestadas pelo referido profissional. O facto de, num convite a contratar, um profissional prestar todas as informações enumeradas no artigo 7.º, n.º 4, desta diretiva não exclui que esse convite possa ser considerado uma prática comercial enganosa, na aceção dos artigos 6.º, n.º 1, ou 7.º, n.º 2, da Diretiva.

ii) *Práticas comerciais agressivas*

Nos termos do artigo 8.º da Directiva, umama prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção — incluindo o recurso à força física — ou influência



indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

A influência indevida é definida no artigo 2.º, alínea j), como a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida.

Como a qualificação de uma prática comercial como agressiva é sempre casuística, determina o artigo 9.º que, a fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coacção — incluindo o recurso à força física — ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) Qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível.

c) As práticas comerciais desleais em geral

Diz o n.º 1 do artigo 3.º que a Directiva é aplicável às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transacção comercial relacionada com um produto. O artigo 5.º, que no seu n.º 1, determina a proibição geral das práticas comerciais desleais, oferece no seu n.º 2 a definição de uma prática como desleal: *a prática contrária às exigências relativas à diligência profissional e que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico*, em relação a um produto,

do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores. O artigo 2.º, alínea e), na definição de “Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores”, refere-se à utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. A cláusula geral vai abranger as práticas que não sejam consideradas desleais ou agressivas à luz dos artigos 6.º a 9.º da DPCD, mas que não cumpram as exigências da diligência profissional e que distorçam materialmente o comportamento do consumidor.

Uma primeira nota é para sublinhar a importância da cláusula geral⁶⁷, que constitui o elemento essencial da Directiva. Entendeu-se que através dela se alcançaria a harmonização pretendida para superar os obstáculos ao mercado interno e para garantir um elevado nível de defesa dos consumidores, possibilitando a substituição das cláusulas gerais nacionais vigentes em matéria de práticas comerciais desleais entre empresas e consumidores e o estabelecimento de critérios mais precisos do que uma cláusula geral nacional para definir o que se considera ser desleal. Algumas das práticas então já consideradas desleais em alguns Estados-Membros podem, agora, ser abrangidas pela cláusula geral mesmo que não sejam enganosas ou agressivas⁶⁸, mas, numa perspectiva de futuro, invoca-se que a cláusula ge-

⁶⁷ Em vez de um contínuo “catch up” a Comissão propunha um “catch all”. HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL* (2005), pág. 421. Sobre o carácter europeu e continental das cláusulas gerais e a sua dificuldade de transposição no Reino Unido, vide MARIOUS KOUTSIAS e CHRIS WILLETT, “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “*The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*”, Ashgate, 2014, pág. 25-26.

⁶⁸ Surgem-nos os exemplos das vendas associadas em França, ou de um profissional que só vende as viagens organizadas na condição de os consumidores adquirirem igualmente uma apólice de seguros que cubra o risco de anulação e o seguro de viagem. Os casos ocorridos noutros Estados-Membros mostram que pode ser difícil para as entidades responsáveis pela aplicação julgar uma prática inovadora nos termos de disposições específicas sobre práticas enganosas ou agressivas quando estas não tenham sido redigidas tendo o legislador em mente as mencionadas práticas (por exemplo, um sítio Internet re-dirige, sem nada anunciar, uma ligação Internet de um consumidor para um país longínquo, o que provocará uma inesperada conta telefónica de montante elevado).



ral permite assegurar que a Directiva é adaptável às alterações das tecnologias e aos desenvolvimentos do mercado. A cláusula geral permite flexibilidade e adaptação às mudanças sociais e económicas. No entanto, *et pour cause*, significa mais espaço para a actividade judiciária em detrimento da decisão legislativa. O que traz consigo uma outra incerteza: aquela resultante da dificuldade em assegurar uma aplicação uniforme pelos diversos tribunais nacionais que, partindo eles próprios de culturas distintas⁶⁹, serão chamados a apreciar as circunstâncias concretas de casa caso.

Para que uma prática possa ser considerada desleal, o queixoso terá de demonstrar que estão preenchidas as três condições: a prática deve ser contrária às obrigações de diligência profissional; o consumidor de referência a considerar na avaliação de impacto da prática é o consumidor “médio” na aceção estabelecida pelo TJCE e a prática deve distorcer ou ser susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Da combinação destes três elementos resulta uma proibição geral autónoma⁷⁰ que pode ser invocada mesmo se as circunstâncias relativas a um determinado caso não forem abrangidas pelas categorias específicas de práticas desleais referidas na Directiva ou no Anexo. Como referimos acima, a cláusula geral funciona como uma rede de segurança para averiguar da justeza de uma prática comercial actual ou futura que não caiba numa dos dois tipos explicitamente mencionados⁷¹, e, muito provavelmente, esta proibição não será invocada muito frequentemente na prática, dado que a maior parte dos casos diz respeito às duas categorias de práticas comerciais enganosas ou agressivas.

⁶⁹ JULES STUYCK, EVELYNE TERRYIN e TOM VAN DYCK, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market”, *CMLRev* 43 (2006), pág. 138.

⁷⁰ A proibição é geral, não se limita a determinados sectores do mercado ou a específicos modos de comunicação. Cfr. HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL* (2005), pág. 418.

⁷¹ GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: Na Example of the new European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law* 12 (2005-2006), pág. 794. Cfr. CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR* (2005), pág. 1123. Vide COM (2003) 356 para 56 e 59. Vide o Considerando 13: 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.

1) Prática contrária às obrigações de diligência profissional

O artigo 2.º, alínea h), define a diligência profissional como “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 ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional”. O conceito de diligência profissional referido na primeira condição e definido no artigo 2º é análogo ao conceito de boa conduta profissional que se pode encontrar na maior parte dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros⁷². Faz apelo ao cuidado e competência de um bom profissional, em conformidade com as normas geralmente admitidas para as práticas comerciais no seu sector de actividade específico⁷³. A diligência profissional não é sinónimo de boa fé, porque abrange não só a *honestidade*⁷⁴ mas também a *competência* do profissional⁷⁵. Elemento crucial para a compreensão do conceito, segundo Hugh Collins⁷⁶, é a noção de *expectativas razoáveis do consumidor*, que permite ao intérprete estabelecer um teste objectivo pelo uso do critério da razoabilidade.

⁷² Relembre-se o conceito da *common law* “*duty of care*”: os profissionais devem cumprir com os standards adequados de conduta e as boas práticas. GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the new European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law* 12 (2005-2006), pág 706, exemplifica que o gerente de um restaurante tem o dever de se assegurar que os ingredientes são frescos e as refeições propriamente preparadas.

⁷³ Este conceito é necessário para evitar que as práticas comerciais normais conformes ao costume e aos usos como, por exemplo, a publicidade baseada na notoriedade da marca (*brand recognition*) ou na colocação de produtos (*product placement*), não sejam abrangidas pela directiva embora possam influenciar o comportamento económico do consumidor.

⁷⁴ Quanto ao conceito de honestidade, no Reino Unido, em *Tiscali UK Ltd v British Telecommunications Plc* [2008] EWHC 3129 (QB) (16 December 2008) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2008/3129.html>, o tribunal considerou que o teste de desonestidade era “objectivo”, não sendo necessário demonstrar que o agente sabia, no momento da prática da declaração, que ela era falsa ou que não acreditasse na sua verdade. Vide MARIOUS KOUTSIAS e CHRIS WILLETT, “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “*The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*”, Ashgate, 2014, pág. 38.

⁷⁵ GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the new European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law* 12 (2005-2006), pág. 705, refere que o vendedor honesto mas incompetente de antiguidades que vende falsos, acreditando que são originais, não está em conformidade com os requisitos da diligência profissional.

⁷⁶ HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL* (2005), pág. 419.



Recorde-se que uma prática, mesmo se for contrária à diligência profissional, só será considerada desleal no caso de serem preenchidas as outras condições relativas à proibição geral, uma vez que as condições são cumulativas.

2) A susceptibilidade de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor

A protecção do consumidor é limitada às práticas que distorçam substancialmente os interesses do consumidor. Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores, segundo o artigo 2.º, alínea d), da Directiva, consiste, como vimos, na “*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*”⁷⁷ que não teria tomado de outro modo”⁷⁸. O uso do advérbio “substancialmente” introduz um padrão de exigência; as práticas abaixo deste padrão são consideradas *de minimis* e, portanto, legítimas no âmbito da Directiva⁷⁹. A razão de ser da proibição desta influência na decisão de transacção é que os consumidores de produtos não queridos aceitam condições que não aceitariam de outro modo, ou voltam-se para produtos que, se não fosse a prática comercial, teriam sido considerados substitutos inferiores⁸⁰.

⁷⁷ A Exposição de Motivos da Proposta de Directiva, no seu ponto 55, referia que a decisão de transacção pode dizer respeito, por exemplo, a uma eventual aquisição ou à escolha de um fornecedor; ao exercício de direitos relativamente a um contrato; ou ainda ao prosseguimento ou ao termo de uma relação comercial com um fornecedor. Sobre as dificuldades da compreensão do consumidor como agente racional, vide, por todos, SANDRA PASSINHAS, *The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário Europeu, 2010, págs. 239 e ss, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf;sequence=2. Sobre as dificuldades geradas por esta definição, numa perspectiva da análise económica do Direito, vide FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *InDret* (2016), pág. 13.

⁷⁸ Por conseguinte, os incentivos como a oferta ao consumidor de um chá ou café, ou de um serviço gratuito de transporte até ao local de entrega não preenchem a referida condição se o consumidor conservar a liberdade de aceitar ou não o incentivo proposto.

⁷⁹ Por exemplo, GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the new European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal of European Law* 12 (2005-2006), pág. 707, a oferta de bebidas nas instalações do profissional pode ter uma influência importante mas não é susceptível de mudar o comportamento do consumidor ou de lhe causar uma tomada de decisão que ele não faria noutro caso.

⁸⁰ Relembre-se, com GIUSEPPE B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the new European Consumer Protection Approach”, *Columbia*

Como surge sublinhado no Considerando 7, a Directiva refere-se a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar directamente as decisões de transacção dos consumidores em relação a produtos. Não é aplicável às práticas comerciais utilizadas principalmente para outras finalidades, incluindo, por exemplo, as comunicações comerciais destinadas aos investidores, como os relatórios anuais e a literatura de promoção das empresas. Não é aplicável, igualmente, aos requisitos legais relacionados com o bom gosto e a decência, que variam amplamente de um Estado-Membro para outro. Práticas comerciais como a abordagem na rua para efeitos comerciais, podem ser indesejáveis em certos Estados-Membros por razões culturais. Na aplicação da Directiva, em especial das suas cláusulas gerais, deve-se ter plenamente em atenção as circunstâncias de cada caso.

3) O consumidor médio a que a prática comercial se destina ou afecta

O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva define como práticas comerciais desleais aquelas contrárias à diligência profissional e que distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do *consumidor médio a que se destina ou que afecta*, ou do *membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores*.

O artigo inclui assim uma noção de “consumidor médio” que remete para um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido estabelecida como referência pelo Tribunal de Justiça. A figura do consumidor médio emergiu, em primeiro lugar, na jurisprudência do TJUE relativa à livre circulação de mercadorias⁸¹,

Journal of European Law 12 (2005-2006), pág. 707, que este requisito não exige a prova de que os consumidores sofreram um dano económico.

⁸¹ O Tribunal de Justiça já foi levado várias vezes a interrogar-se quanto ao carácter eventualmente enganoso de uma denominação, de uma marca, ou de uma indicação publicitária à luz das disposições do Tratado e do direito derivado e que, sempre que os elementos dos autos à sua disposição lhe pareceram suficientes e a solução se impunha, o próprio Tribunal decidiu esta questão em vez de reenviar a sua apreciação final ao órgão jurisdicional nacional.



No histórico caso C-362/88, *GB-INNO-BM contra Confédération du commerce luxembourgeois*, onde foi proferido o Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 7 de Março de 1990 a questão havia sido suscitada no âmbito de um processo entre a Confédération du commerce luxembourgeois (CCL), associação sem fins lucrativos que declarava representar os interesses dos comerciantes luxemburgueses, e a sociedade anónima belga GB-INNO-BM, que explorava supermercados em território belga, entre outros locais, em Arlon, junto à fronteira belgo-luxemburguesa. Tendo a sociedade belga feito distribuir folhetos publicitários no território belga, bem como no território do Grão-Ducado, foi citada em processo de medidas provisórias perante um tribunal luxemburguês a pedido da CCL, que requereu que fosse ordenada a cessação da distribuição dos folhetos em causa. A CCL alegou que a publicidade contida nos folhetos era contrária ao regulamento grão-ducal de 23 de Dezembro de 1974 relativo à concorrência desleal (Memorial A 1974, p. 2392), segundo o qual as ofertas de venda que integram uma redução de preços não devem conter nem indicação da duração da oferta nem referência aos preços antigos. O Tribunal relembrou que, segundo sua jurisprudência já antiga, “uma proibição de importar certos produtos num Estado-membro é contrária ao artigo 30.º quando o objectivo prosseguido por tal proibição pode igualmente ser atingido por uma rotulagem do produto em causa que seja susceptível de fornecer as informações necessárias ao consumidor e permitir-lhe assim efectuar a sua escolha com perfeito conhecimento de causa” e que o direito comunitário em matéria de protecção dos consumidores considera a informação destes como uma das exigências principais. Assim o artigo 30.º do Tratado (relativo às justificações de medidas restritivas da livre circulação) não poderia ser interpretado num sentido implicando que uma legislação nacional, que recusasse o acesso dos consumidores a certas informações, possa ser justificada por exigências imperativas atinentes à protecção dos consumidores.

No Processo C-238/89, *Pall Corp. contra P. J. Dahlhausen & Co.*, no Acórdão do Tribunal de 13 de Dezembro de 1990, foram tratadas questões que haviam sido suscitadas no âmbito de um litígio que opunha a sociedade Pall Corp. (Pall), demandante no processo principal, à sociedade P. J. Dahlhausen & Co. (Dahlhausen). Esta comercializava na República Federal da Alemanha filtros para sangue que importava da Itália. O fabricante italiano apunha sobre os próprios filtros e nas embalagens a marca “Miro-pore”, seguida da letra (R) rodeada de um círculo. A Pall moveu um processo à Dahlhausen com o objectivo, entre outros, de a mesma cessar o uso na República Federal da Alemanha da letra (R) a seguir à marca “Miro-pore” para os filtros de sangue, em virtude de essa marca não estar registada na Alemanha. Na opinião da Pall, a utilização da letra (R) nessas condições constituía publicidade enganosa proibida nos termos do artigo 3.º da UWG (lei alemã relativa à concorrência desleal). Essa disposição previa uma proibição das “*indicações enganosas quanto... à origem... das mercadorias (oferecidas)... ou à sua proveniência...*”. O Tribunal viria a decidir que: “*mesmo supondo que os consumidores ou uma parte deles possam ser induzidos em erro acerca deste ponto, esse risco não pode justificar um entrave tão grave à livre circulação de mercadorias, porque os consumidores estão mais interessados nas qualidades do produto do que no local de registo da marca.*”

No Acórdão proferido no Processo C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. contra Yves Rocher GmbH*, em 18 de Maio de 1993, estava em causa um litígio que opunha a associação sem fim lucrativo *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft*, com sede em Munique (a seguir “*Schutzverband*”), à Yves Rocher GmbH (a seguir “*Yves Rocher*”), filial da sociedade francesa *Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher*, litígio esse relativo a uma publicidade distribuída pela Yves Rocher e que consistia numa comparação dos anteriores e dos novos preços dos seus produtos. A pedido de alguns meios do comércio retalhista, o legislador alemão introduziu, pela “*Gesetz zur Änderung wirtschafts-, Verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften*” (lei que altera algumas disposições relativas ao direito económico, ao direito dos consumidores, ao direito do trabalho e ao direito social) de 25 de Julho de 1986, no § 6(e) da “*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*” (lei sobre a concorrência desleal, a seguir “UWG”) de 7 de Junho de 1909, a proibição da publicidade que utiliza comparações de preços individuais. Esta proibição destina-se a proteger os consumidores

etiquetagem⁸²

e os concorrentes contra a publicidade que contém comparações de preços. O Tribunal considerou que *“a proibição em causa vai para além das exigências impostas pelo objectivo prosseguido, na medida em que afecta qualquer publicidade desprovida de qualquer carácter enganador, que contenha comparações de preços realmente praticados, e que podem ser muito úteis para permitir ao consumidor fazer as suas escolhas com pleno conhecimento de causa. 18 Deve acrescentar-se que uma análise comparativa das legislações dos Estados- -membros mostra que a informação e a protecção do consumidor podem ser asseguradas por medidas que tenham efeitos menos restritivos, nas trocas intracomunitárias, do que as referidas no processo principal”*.

No Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 6 de Julho de 1995, proferido no Processo C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contra Mars GmbH*, estava em causa um litígio que opunha uma associação de luta contra a concorrência desleal, a *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V.*, à *Mars GmbH* (a seguir “Mars”), a propósito de uma determinada apresentação para a comercialização de gelados das marcas Mars, Snickers, Bounty e Milky Way. A Mars importava essas mercadorias de França, onde eram legalmente produzidas e acondicionadas por uma empresa do grupo americano Mars Inc., a Mc Lean, com uma apresentação uniforme para distribuição em toda a Europa.

No momento em que ocorreram os factos do litígio na causa principal, os gelados eram apresentados numa embalagem que tinha a menção “+ 10%”. Essa apresentação tinha sido decidida por ocasião de uma campanha publicitária de curta duração que cobriu toda a Europa e no âmbito da qual a quantidade de cada produto tinha sido aumentada de 10%. A *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (lei alemã sobre a repressão da concorrência desleal, UWG) previa, no artigo 1.º, uma acção judicial para obter a cessação de actos de concorrência contrários aos bons costumes comerciais e, no artigo 3.º, uma acção para obter a cessação da utilização de indicações enganosas. Além disso, o artigo 15.º da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (lei alemã contra as restrições à concorrência, GWB) declarava nulos os acordos entre empresas que restringissem a liberdade de uma das partes quanto à fixação dos preços nos contratos celebrados com terceiros a respeito das mercadorias fornecidas. A associação demandante na causa principal intentou no *Landgericht Köln* uma acção com base nesses artigos, com a finalidade de obter a cessação da utilização da menção “+ 10%” na Alemanha. Apesar de ser dado assente que a menção “+ 10%” era, em si mesma, exacta, foi sustentado que a medida litigiosa se justificava porque um número não negligenciável de consumidores, devido ao facto de a área onde consta a menção “+ 10%” ocupar na embalagem uma superfície superior a 10% da superfície total, será levado a crer que o aumento é mais importante do que aquele que se pretende representar.” O Tribunal não acolheu a justificação *“24 Com efeito, presume-se que os consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento”*.

⁸² Em vários Acórdãos que, para determinar se a denominação, a marca ou indicação publicitária em causa eram ou não susceptíveis de induzir o comprador em erro, o Tribunal de Justiça tomou em consideração a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, sem ter ordenado qualquer exame pericial ou encomendado uma sondagem de opinião.

No Acórdão proferido em 16 de Julho de 1998, no Processo C-210/96, *Gut Springenbeide GmbH e Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, o tribunal decidiu que para determinar se uma indicação destinada a promover as vendas de ovos podia induzir o consumidor em erro, violando o artigo 10.º, n.º 2, alínea e) do Regulamento (CEE) n.º 1907/90 do Conselho de 26 de Junho de 1990 relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, o órgão jurisdicional nacional deveria ter como referência a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, relativamente a esta indicação. Todavia, o direito comunitário não obsta a que, se tiver especiais dificuldades para avaliar o carácter enganoso da indicação



em questão, o referido órgão jurisdicional possa recorrer, nas condições previstas pelo direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecer a sua apreciação. Esta jurisprudência foi depois seguida no Tribunal de Primeira Instância. No Processo T-178/03 e T-179/03, *CeWe Color AG & Co. OHG v. Office for Harmonization in the Internal Markets (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, o Acórdão de 8 de setembro de 2005, decidiu que “os sinais DigiFilm e DigiFilmMaker resultam, como salientou a Câmara de Recurso, de justaposições totalmente desprovidas de originalidade de termos descritivos, justaposições que o consumidor médio anglófono compreende como a designação dos produtos e serviços controvertidos ou das suas características essenciais, e não como uma indicação da origem comercial. O facto de as marcas pedidas não serem mencionadas enquanto tais nos dicionários não altera de forma alguma esta apreciação.” No Acórdão de 6 de Outubro de 2004, no Processo T-117/03 a T-119/03 e T-171/03, *New Look Ltd contra Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI)*, de 6 de Outubro de 2004, o tribunal teve de tomar em consideração as alegações da recorrente alega de que o consumidor médio no sector do vestuário está particularmente atento às marcas quando compra artigos de vestuário, de modo que é difícil induzi-lo em erro, contraditadas pelo IHMI, que considerava que existia um risco de confusão entre a marca anterior e as marcas pedidas pelas razões expostas nas decisões da Câmara de Recurso. Nas palavras do tribunal: “20 O IHMI contesta a tese de que o consumidor médio no sector do vestuário está particularmente informado e atento. Na audiência, o IHMI precisou que o grau de atenção dada pelo consumidor à marca depende, nomeadamente, do valor do produto em causa e do grau de especialização do público visado. No caso em apreço, a recorrente limitou-se a afirmar, sem dar uma explicação sustentada, que o grau de atenção dada pelo consumidor às marcas é mais elevado no sector do vestuário que noutros sectores. 42 Em primeiro lugar, a recorrente considera que, no sector do vestuário, o nível de atenção que o consumidor médio dá às marcas é particularmente elevado, de modo que é difícil induzi-lo em erro. 43 A este respeito, refrase que o nível de atenção do consumidor pode variar em função da categoria de produtos ou de serviços em causa (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer, C342/97, Colect.*, p. 13819, n.º 26). No entanto, como o IHMI observou, com razão, não basta que uma recorrente afirme que, num determinado sector, o consumidor está particularmente atento às marcas, sem sustentar essa alegação em elementos de facto ou de prova. No que diz respeito ao sector do vestuário, o Tribunal verifica que este inclui produtos de qualidade e de preços bastante diferentes. Embora seja possível que o consumidor esteja mais atento à escolha de uma marca quando compra uma peça de vestuário particularmente dispendiosa, não se pode pressupor essa atitude do consumidor em relação a todos os produtos do sector em causa, sem apresentar elementos de prova. Assim, este argumento não procede”.

No Processo T-311/02, *Vitaly Lissotschenko e Joachim Hentze contra Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia*, o Acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 20 de julho de 2004, reconheceu, tal como havia sido verificado pela Câmara de Recurso que o público relevante era constituído por consumidores especializados, dado que os produtos em causa são destinados a profissionais e não a consumidores médios. Presumiu, portanto, o tribunal que o público relevante é um público especializado, bem informado, atento e avisado. Nesse sentido decidiu o Tribunal: “foi com razão que a Câmara de Recurso considerou que o consumidor especializado estará em condições de estabelecer uma ligação suficientemente directa e concreta entre os produtos das classes 9 e 10 objecto do pedido de marca comunitária e o sinal LIMO, e que apreenderá esse sinal como a abreviatura de ‘Laser Intensity Modulation’ e como designando, pelo menos, um dos destinos possíveis dos referidos produtos, ou seja, a sua integração num sistema de modulação da intensidade do laser”.

Já no Processo T-385/03, *Miles Handelsgesellschaft International mbH contra Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI)*, no Acórdão de 7 de julho de 2005, o Tribunal decidiu que: “À luz das precedentes considerações, há que concluir que a Câmara de Recurso decidiu erradamente que o consumidor em causa usa de um grau de atenção elevado e que, do seu ponto de vista, os sinais em conflito não são semelhantes, na medida em que o seu elemento nominativo comum ‘miles’ não constitui o elemento dominante.”

e publicidade enganosa⁸³⁻⁸⁴, e vem aqui utilizado para ga-

⁸³ No Processo C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV e Adolf Darbo AG*, o Acórdão de 4 de Abril de 2000 lia no para 22 “Em primeiro lugar, quanto à pectina, basta verificar que a sua presença no doce d’arbo está indicada no rótulo da embalagem, nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, ponto 2, e 6.º, n.º 4, alínea a), e 5, alínea a), da directiva. Tal como reconhecido pelo Tribunal de Justiça (v. acórdão de 26 de Outubro de 1995, Comissão Alemanha, C-51/94, Colect., p. I-3599, n.º 34), os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm a intenção de adquirir, leem em primeiro lugar a lista dos ingredientes cuja menção é obrigatória por força do artigo 6.º da directiva. Nestas circunstâncias, um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não pode ser induzido em erro pela menção «puramente natural» inscrita no rótulo, pelo simples facto de o género alimentício conter glicificante pectina, cuja presença é correctamente mencionada na lista de ingredientes que o compõem (v., no mesmo sentido, acórdão de 9 de Fevereiro de 1999, Van der Laan, C-383/97, Colect., p. I-731, n.º 37)”; no Processo C-239/02, *Douwe Egberts NV contra Westrom Pharma NV e Christophe Souranis*, agindo sob o nome comercial de “Établissements FICS” e *Douwe Egberts NV contra FICS-World BV/B*, pode ler-se nas Conclusões do AG, apresentadas em 11 de Dezembro de 2003: “54. *A este propósito, há que recordar que, na avaliação da natureza eventualmente enganosa das informações relativas ao produto, o Tribunal de Justiça escolhe como critério de referência a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido. Este critério pressupõe que, antes de adquirir (pela primeira vez) determinado produto, o consumidor tome conhecimento da informação constante do rótulo e que, além disso, consiga valorizar essa informação. Na minha opinião, o consumidor é suficientemente protegido se não tiver de lidar com indicações relativas aos produtos que sejam enganosas, não precisa de ser poupado a informação cuja utilidade para efeitos da aquisição e utilização do produto ele próprio pode avaliar. 55. Por conseguinte, uma proibição absoluta das referidas indicações falha claramente o alvo, já que também atinge as indicações que se sabe não serem enganosas. Semelhante medida não é, pois, necessária para alcançar o objectivo da prevenção dos riscos para a saúde pública”. Já no Acórdão proferido em 22 de Junho de 1999, no Processo C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH e Kljisen Handel BV*, o Tribunal decidiu que: “25 Além disso, esta apreciação global do risco de confusão deve, no que respeita à semelhança visual, fonética ou conceptual das marcas em causa, basear-se na impressão de conjunto produzida por estas, atendendo, em especial, aos seus elementos distintivos e dominantes. Com efeito, resulta da redacção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da directiva, nos termos do qual “existe, no espírito do público, um risco de confusão...”, que a percepção das marcas que tem o consumidor médio da categoria de produtos ou serviços em causa desempenha papel determinante na apreciação global do risco de confusão. Ora, o consumidor médio apreende normalmente uma marca como um todo e não procede a uma análise das suas diferentes particularidades (v., neste sentido, o acórdão SABEL, já referido, n.º 23). 26. Para efeitos desta apreciação global, é suposto que o consumidor médio da categoria de produtos em causa esteja normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (v., neste sentido, o acórdão de 16 de Julho de 1998, *Gut Springenbeide e Tuskys*, C-210/96, Colect., p. I-4657, n.º 31). No entanto, há que tomar em conta a circunstância de que o consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem não perfeita que conservou na memória. Importa igualmente tomar em consideração o facto de que o nível de atenção do consumidor médio é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa”.*

No Acórdão C-291/00, *LTI Diffusion SA contra Sadas Vertbaudet S.A.*, de 20 de Março de 2003, 52, já se decidia: “Contudo, a percepção de uma identidade entre o sinal e a marca deve ser apreciada globalmente na perspectiva de um consumidor médio que é suposto estar normalmente informado e razoavelmente atento e advertido. Ora, em relação a este consumidor, o sinal suscita uma impressão geral. Com efeito, este consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre os sinais e as marcas, devendo confiar na imagem não perfeita que conservou na memória. Além disso, o nível de atenção é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa (v., neste sentido, acórdão de 22 de Junho de 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.º 26)”.

⁸⁴ Para uma análise crítica, vide BRAM B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Studies in European Economic Law and Regulation 5, 2015, págs. 29 e ss.



rantir que no momento da avaliação do impacto de uma prática comercial que se destine a um determinado grupo de consumidores, as características da pessoa média⁸⁵ deste grupo sejam tomadas em consideração na avaliação do impacto da prática em questão.

O n.º 3 esclarece que as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade⁸⁶ ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional

⁸⁵ Sobre a falta de fundamentação prática e lógica, vide, por todos, ROSSELLA INCARDONA e CRISTINA PANCIBÒ, “The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution”, *J. Consum. Policy* (2007), pág. 29 e ss, considerando que o conceito de consumidor médio parte de realidades imprevisíveis do comportamento humano individual e não é apropriado como standard para sanções legislativas ou judiciais. Pegado Liz, 2006. Em português, MARIA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER, “O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais”, em JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida I*, Almedina, Coimbra, págs. 521 e ss.

⁸⁶ O Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, no seu artigo 14.º, determina que: “1. A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de: a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores. 2 - Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado”.

Já no artigo 20.º pode ler-se: “É proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico em estabelecimentos de ensino, bem como em quaisquer publicações, programas ou actividades especialmente destinados a menores”.

Atente-se ainda no artigo 21.º: “1 - A publicidade de jogos e apostas deve ser efetuada de forma socialmente responsável, respeitando, nomeadamente, a proteção dos menores, bem como de outros grupos vulneráveis e de risco, privilegiando o aspeto lúdico da atividade dos jogos e apostas e não menosprezando os não jogadores, não apelando a aspetos que se prendam com a obtenção fácil de um ganho, não sugerindo sucesso, êxito social ou especiais aptidões por efeito do jogo, nem encorajando práticas excessivas de jogo ou aposta. 2 - É expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas que se dirija ou que utilize menores enquanto intervenientes na mensagem. 3 - É expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas no interior de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores. 4 - É ainda expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas a menos de 250 metros em linha reta de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores. 5 - Nos locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos, não devem existir menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas. 6 - As concessionárias e ou as entidades exploradoras de jogos e apostas não podem ser associadas a qualquer referência ou menção publicitária à concessão de empréstimos. 7 - O disposto no n.º 4 não se aplica aos jogos sociais do Estado”.

Vide ainda a Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido.



poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo⁸⁷. O padrão do consumidor vulnerável exige que o grupo seja *perfeitamente identificável*⁸⁸, quer *que o profissional o pudesse razoavelmente ter previsto*⁸⁹.

Na proposta da Directiva, a Comissão⁹⁰ incluiu uma definição de consumidor médio que pela primeira vez citava a jurisprudência firmada do Tribunal de Justiça numa norma legislativa. Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 13 de Janeiro de 2000, proferido no Processo C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contra Lancaster Group GmbH*. A questão suscitada dizia respeito a um litígio entre a *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG* (a seguir “*Estée Lauder*”) e a *Lancaster Group GmbH* (a seguir “*Lancaster*”) a propósito da comercialização do produto cosmético “*Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme*”, em cuja denominação figura o termo “*lifting*”.

No processo principal, a *Estée Lauder* argumentava que o termo “*lifting*” era enganoso, uma vez que dava a impressão ao comprador de que o produto tinha efeitos idênticos ou comparáveis, sobretudo quanto à duração, a uma operação cirúrgica de *lifting* da pele, quando não é esse o caso do referido creme. A *Estée Lauder* pedia que fossem proibidas a colocação no mercado para fins comerciais, a distribuição e a promoção dos produtos cosméticos cuja denominação englobasse o termo “*lifting*” em especial o referido creme. A *Lancaster* admitia que o creme em causa no processo principal não tinha a mesma acção a longo prazo que uma operação de *lifting*, mas indicava que tinha uma acção restauradora significativa. Considerava, ainda, que as expectativas do público relativamente ao referido produto

⁸⁷ Sobre a difusão da noção de consumidor vulnerável após a adopção da Directiva, vide MARINE FRIANT-PERROT, “The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law”, in WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems”, Ashgate, 2014, págs. 93 e ss.

⁸⁸ Considerando que esta pode ser uma barreira importante na aplicação do padrão, vide BRAM B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Studies in European Economic Law and Regulation 5, 2015, pág. 25.

⁸⁹ O conceito de consumidor vulnerável não é uma salvaguarda dispensável, politicamente orientada, na medida em que a deslealdade da prática comercial depende da possibilidade de o profissional prever essas características. Cfr. CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR* (2005), pág. 1123.

⁹⁰ COM (2003) 356.



não correspondem ao alegado pela *Estée Lauder*. A *Lancaster* indicou que nada justificaria as despesas a que deveria fazer face para denominar diferentemente o produto se tivesse de proceder à modificação da embalagem apenas para o distribuir na Alemanha, uma vez que a utilização dessa denominação não era contestada nos outros Estados-Membros. A proibição solicitada constituiria um entrave desproporcionado, tendo em conta a reduzida importância do interesse geral a proteger, que era o de evitar um erro dos consumidores unicamente sobre a duração dos efeitos do produto em causa. O *Landgericht Köln* considerou que a utilização da palavra “*lifting*” na denominação do produto cosmético em causa no processo principal é contrária ao artigo 27.º, n.º 1, da LMBG, que proibia a comercialização de produtos cosméticos sob denominações enganosas e, em especial, a atribuição a esses produtos de efeitos que eles não possuem, desde que, de acordo com a jurisprudência, uma parte não negligenciável dos consumidores, isto é, cerca de 10% a 15%, fosse induzida em erro.

Assim, o *Landgericht Köln* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: “*Devem interpretar-se os artigos 30.º e 36.º do Tratado CE e/ou o n.º 3 do artigo 6.º da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, no sentido de que se opõem à aplicação de disposições nacionais em matéria de protecção da concorrência desleal que permitem proibir a importação e comercialização de um produto cosmético legalmente produzido ou legalmente comercializado num Estado-Membro da União Europeia, baseando-se a referida proibição no facto de a designação ‘lifting’, entendida como indicação dos efeitos do produto, induzir os consumidores no erro de entenderem que produz um efeito permanente, sendo que o referido produto se distribui legalmente e sem suscitar censura noutros países da União Europeia, ostentando na embalagem a mencionada indicação dos seus efeitos?*”

O Tribunal começou por sublinhar que resultava do processo principal que o engano de que os consumidores podiam eventualmente ser vítimas no caso concreto não consistia na sua convicção de que o produto tinha efeitos idênticos ou comparáveis aos de uma operação cirúrgica, antes se limitando à convicção de que o produto tinha efeitos de

*uma certa duração. Recordou ainda que: “no quadro da interpretação da Directiva 84/450, aquando da avaliação, por um lado, do risco de engano dos consumidores e, por outro, das exigências da livre circulação das mercadorias, o Tribunal de Justiça declarou que, para determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”*⁹¹. O Tribunal considerou depois que:

29 Com vista à aplicação desse critério ao caso vertente, devem ser tidos em consideração vários elementos. Há nomeadamente que verificar se factores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo “lifting” empregado a propósito de um creme restaurador seja entendido pelos consumidores alemães de modo diferente do que é entendido pelos consumidores de outros Estados-Membros ou se as condições de utilização do produto são só por si suficientes para sublinhar a natureza transitória dos seus efeitos, neutralizando qualquer conclusão contrária que possa ser tirada do termo “lifting”.

30 Embora, à primeira vista, o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não deva esperar que um creme cuja denominação comporta o termo «lifting» produza efeitos duráveis, compete no entanto ao órgão jurisdicional nacional verificar, tendo em conta todos os elementos pertinentes, se esse caso aqui se verifica.

*31 A esse respeito, não existindo qualquer disposição comunitária na matéria, compete ao órgão jurisdicional nacional, que considere indispensável ordenar um exame pericial ou encomendar uma sondagem de opinião destinada a esclarecê-lo quanto ao carácter eventualmente enganoso duma indicação publicitária, determinar, em conformidade com o seu direito nacional, a percentagem de consumidores enganados por essa indicação que lhe pareça suficientemente significativa para justificar, se necessário, a respectiva proibição (v. acórdão Gut Springenheide e Tusky, já referido, n.os 35 e 36)*⁹².

⁹¹ Considerando 27.

⁹² Não será alheia a esta referência o facto de existirem no Tribunal de Justiça vários casos em que parecia existir uma “especial susceptibilidade” do consumidor alemão para ser enganado. Referimo-nos ao Processo C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb e.V. contra Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH* [1994], em que estava em causa um litígio que opunha uma associação profissional, a *Verband Sozialer Wettbewerb e.V.*, às sociedades *Clinique Laboratories SNC* e *Estée Lauder Cosmetics GmbH*, a propósito da utilização da denominação “Clinique” na comercialização de produtos cosméticos na República Federal da Alemanha. Estas sociedades eram as filiais francesa e alemã da empresa americana *Estée Lauder* que comercializam os produtos cosméticos fabricados por esta empresa. Estes

produtos eram vendidos desde há muitos anos sob a denominação “Clinique”, excepto na República Federal da Alemanha onde eram comercializados, desde o seu lançamento em 1972, sob a denominação “Linique”. A fim de reduzir as despesas de acondicionamento e de publicidade derivadas desta diferença de denominação, a empresa decidiu difundir sob a marca “Clinique” os produtos destinados ao mercado alemão.

O artigo 27.º da *Lebensmittel-und Bedarfsgegenstaendegesetz* de 15 de Agosto de 1974 (lei alterada relativa aos produtos alimentares e aos objectos de utilidade corrente, a seguir “LMBG”) proíbe a comercialização dos produtos cosméticos sob denominações ou apresentações enganosas e, nomeadamente, a atribuição a esses produtos de efeitos que os mesmos não possuem. Assim, a associação demandante na causa principal propôs uma acção a fim de obter a cessação da utilização na República Federal da Alemanha da marca “Clinique” que poderia, segundo a demandante, fazer crer erradamente aos consumidores que os produtos em questão têm efeitos terapêuticos. O tribunal nacional considerou que esta última questão necessitava de interpretação do Tratado CEE e, em consequência, submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: *“Os artigos 30. e 36. do Tratado CEE devem ser interpretados no sentido de se oporem à aplicação de uma disposição nacional sobre concorrência desleal que permite a interdição da importação e comercialização de um produto cosmético legalmente produzido e/ou comercializado noutro Estado europeu, com fundamento em que o nome do produto - Clinique - induziria os consumidores em erro, por poder ser tomado por um medicamento, no caso de esse produto ser, com esse nome, comercializado legalmente e sem contestação em outros países da Comunidade Europeia?”*

O Tribunal lembrou que o artigo 30.º proíbe os obstáculos à livre circulação de mercadorias resultantes de regras relativas às condições a que essas mercadorias devem obedecer (como as relativas à sua designação, forma, dimensões, peso, composição, apresentação, rotulagem, acondicionamento), mesmo que essas regras sejam indistintamente aplicáveis a todos os produtos, desde que essa aplicação não possa ser justificada por interesses de ordem geral susceptíveis de prevalecer sobre as exigências da livre circulação de mercadorias. Considerou o Tribunal que a proibição, com fundamento no mesmo artigo 3.º da UWG, de lançar em circulação na República Federal da Alemanha produtos cosméticos sob a mesma denominação com que são comercializados noutros Estados-membros constituía, em princípio, um entrave desta natureza ao comércio intracomunitário. O facto de, em virtude desta proibição, a empresa em questão ser obrigada a prosseguir num único Estado-membro a comercialização dos seus produtos sob uma outra denominação e de suportar encargos suplementares de acondicionamento e de publicidade demonstra que esta medida era lesiva da liberdade das trocas. Seguidamente para determinar se, para evitar que sejam atribuídas ao produto características que este não possui, a proibição de utilizar na República Federal da Alemanha a denominação “Clinique” para a comercialização de produtos cosméticos pode ser justificada pelo objectivo de protecção dos consumidores ou da saúde das pessoas, devem ser tidas em conta as diferentes indicações contidas no despacho de reenvio, o Tribunal teve em consideração que resultava, nomeadamente, das indicações dadas que a gama dos produtos cosméticos da empresa *Estée Lauder só era comercializada na República Federal da Alemanha em perfumarias ou nas seções de produtos cosméticos das grandes superfícies comerciais, isto é, que nenhum destes produtos estava à disposição nas farmácias. Não era contestado que estes produtos eram apresentados como produtos cosméticos e não como medicamentos. Não foi alegado que independentemente da denominação dos produtos esta apresentação não respeitava as regras aplicáveis na matéria aos produtos cosméticos. Finalmente, segundo os próprios termos da questão colocada, estes produtos eram regularmente comercializados nos outros países sob a denominação «Clinique» sem que a utilização de tal denominação aparentemente induza em erro os consumidores. Perante estes dados de facto, a proibição da utilização desta denominação na República Federal da Alemanha não se revelava, considerou o Tribunal, necessária para satisfazer as exigências da protecção dos consumidores ou da saúde das pessoas, já que “a conotação hospitalar ou médica do termo ‘Clinique’ não basta para dar a esta denominação um efeito enganador susceptível de justificar a sua proibição relativamente a produtos comercializados nas condições que acabam de ser referidas”.*

No Conselho, discutiu-se se a definição deveria levar implícita a consideração dos diferentes factores “sociais, culturais e linguísticos” dos Estados-Membros que o Tribunal de Justiça mencionou no caso *Estée Lauder*. Esta extensão permitiria aos tribunais nacionais e às autoridades administrativas distinguir vários tipos de consumidor médio. Talvez por isso, o Tribunal de Justiça não referiu essa parte da fundamentação nas decisões seguintes. Assim a Directiva não inclui os factores sociais culturais e linguísticos na definição do consumidor médio, mas menciona-os no Considerando 18: *“De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais”*.

O critério do consumidor médio não é um critério estatístico; pode estar relacionado com a média de todos os consumidores, mas não será necessariamente assim. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer o seu julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.

4) Transposição e aplicação da Directiva: A protecção do consumidor individual

Como referimos acima, a Directiva 2005/29/CE foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um bem ou serviço.

Assim, respondeu o Tribunal à questão prejudicial colocada que: *“os artigos 30. e 36. do Tratado e o artigo 6.º, n. 2, da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos produtos cosméticos, devem ser interpretados no sentido que se opõem a que uma medida nacional proíba a importação e a comercialização de um produto classificado e apresentado como cosmético baseando esta proibição no facto de este produto ter a denominação ‘Clinique’*.”

Sendo o diploma de transposição de uma directiva de harmonização total, não encontramos especificidades muito significativas relativamente à Directiva⁹³. Sublinhe-se, todavia, que o Decreto-Lei n.º 57/2008, no seu artigo 1.º, n.º 2, estende a sua aplicação às relações entre empresas no que respeita às ações enganosas previstas no n.º 3 do artigo 7: nas relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do n.º 1⁹⁴.

O Decreto-Lei n.º 57/2008 também alterou o Código da Publicidade, nomeadamente o artigo 11.º, sobre publicidade enganosa⁹⁵, e o artigo 16.º, sobre publicidade comparativa⁹⁶, e

⁹³ Veja-se sobre o tema ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, em JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida I*, Almedina, Coimbra, págs. 569 e ss.

⁹⁴ Relembramos: a) A existência ou a natureza do bem ou serviço; b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço; c) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio; d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da actividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido.

⁹⁵ Que passou a ter a seguinte redacção: “1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. 2 - No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade. 3 - Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.”

⁹⁶ Que, após alteração da alínea d), passou a ter a seguinte redacção: A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições: a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º; b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos; c) Compare objectivamente uma ou

acrescentou os artigos 42.º e 43.º, o primeiro relativo à legitimidade de profissionais e concorrentes e o segundo determinando que os artigos 10.º, 11.º e 16.º do Código se aplicam apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores.

A sistematização das práticas comerciais desleais também confere alguma originalidade ao diploma português. À cláusula geral surge definida no artigo 5.º seguem-se as práticas comerciais enganosas e agressivas, referidas nos artigos 7.º, 9.º e 11.º, e o Anexo I da Directiva foi transposto nos artigos 8.º e 12.º, para as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas consideradas como tal em qualquer circunstância.

No que diz respeito às omissões enganosas, reguladas no artigo 9.º, o legislador considerou substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias⁹⁷. Igualmente

mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente; e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente; f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida

⁹⁷ É de considerar, nomeadamente, os seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril, que aprova o regime jurídico relativo à obrigação de exibição dos preços dos bens ou serviços; b) o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, sobre os contratos de crédito a consumidores; c) Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, que aprova o regime jurídico da habitação periódica; a Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, que aprova o regime jurídico de acesso e exercício da actividade seguradora e resseguradora; o Decreto-Lei n.º 61/2011, sobre o regime jurídico do acesso e o exercício da actividade das agências de viagens e turismo; f) o Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, que aprova o Código dos Valores Mobiliários; g) o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro que aprova o regime jurídico das vendas à distância; h) a Lei n.º 16/2015, que estabelece o regime geral dos organismos de investimento colectivo; i) o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que aprova o regime jurídico do comércio electrónico; j) o Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, que aprova o regime jurídico relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado da publicação e admissão à negociação do prospecto de oferta pública de valores mobiliários; l) o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, que aprova o regime jurídico da comercialização à distância dos serviços financeiros prestados ao consumidor; m) o Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, que aprova o regime jurídico da mediação de seguros; n) o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, que aprova o regime jurídico relativo aos medicamentos para uso humano; e o) Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, relativa aos mercados de instrumentos financeiros.



no que à proposta contratual ou convite a contratar diz respeito, no artigo 10.º são consideradas substanciais para efeitos do artigo anterior, se não se puderem depreender do contexto, as informações seguintes: a) As características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço; b) O endereço geográfico, a identidade do profissional e a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico, a identidade e a designação comercial do profissional por conta de quem actua; c) O preço, incluindo impostos e taxas, ou quando, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, o modo como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição, de entrega e de serviços postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficam a cargo do consumidor; d) As modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, na medida em que se afastem das obrigações de diligência profissional; e) A existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato.

Quanto à aplicação da Directiva, o artigo 11.º determina 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 Directiva no interesse dos consumidores⁹⁸. Estes meios devem incluir disposições legais nos termos das quais as pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, incluindo os concorrentes, possam: intentar uma acção judicial contra tais

⁹⁸ Sobre a temática, vide DÖRTE POELZIG, “Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, págs. 235 e ss. A falta da dimensão individual no escopo de protecção da Directiva reforça a sua configuração como um instrumento de regulação colectiva do mercado. Assim, HANS-W. MICKLITZ, “A Common Approach to the Enforcement of Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, pág. 195.

práticas comerciais desleais e/ou submetê-las a uma autoridade administrativa competente para decidir as queixas ou para mover os procedimentos legais adequados. Competia a cada Estado-Membro decidir por uma destas vias e se o tribunal ou a autoridade administrativa teriam poderes para exigir o recurso prévio a outras vias estabelecidas para a resolução de litígios. Os Estados-Membros deviam conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas as competências que os habilitassem, no caso em que estes considerem que estas medidas são necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo e, em especial, o interesse geral: a) a ordenar a cessação de uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais adequados para que seja ordenada a cessação dessa prática comercial desleal, ou b) a proibir uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais ou adequados para que seja ordenada a sua proibição nos casos em que esta prática não tenha ainda sido aplicada, mas essa aplicação esteja iminente mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do profissional. Os Estados-Membros podem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem a exigir a publicação desta decisão, no todo ou em parte e da forma que considerem a adequada; b) a exigir, além disso, a publicação de um comunicado rectificativo⁹⁹.

O nosso legislador determinou, no artigo 16.º, que qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas, pode intentar a acção inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas.

⁹⁹ Nos termos do artigo 12.º, os Estados-Membros devem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem, aquando do processo judicial ou administrativo referido no artigo 11.º: a) a exigir que o profissional apresente provas da exactidão dos factos que alegue relativos à prática comercial se, atendendo aos interesses legítimos do profissional e de qualquer outra parte no processo, essa exigência se revelar adequada à luz das circunstâncias do caso em apreço; a considerar inexactas as alegações factuais se as provas exigidas nos termos da alínea a) não forem apresentadas ou forem consideradas insuficientes pelo tribunal ou pela autoridade administrativa.

O artigo 13.º determina que os Estados-Membros devem determinar as sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais aprovadas em aplicação da Directiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das referidas disposições. Essas sanções devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas.



No que respeita às medidas cautelares, o artigo 20.º estabelece que qualquer pessoa, incluindo os profissionais concorrentes, que tenha um interesse legítimo em opor-se às práticas comerciais desleais proibidas pode submeter a questão, por qualquer meio ao seu dispor, à autoridade administrativa competente¹⁰⁰, que pode ordenar medidas cautelares de cessação temporária da prática comercial desleal ou determinar a proibição prévia de uma prática comercial desleal iminente independentemente de culpa ou da prova da ocorrência de um prejuízo real. A aplicação destas medidas cautelares está sujeita a um juízo prévio de previsibilidade da existência dos pressupostos da ocorrência de uma prática comercial desleal e deve, sempre que possível, ser precedida da audição do profissional, o qual dispõe, para o efeito, de três dias úteis após ter sido notificado por qualquer meio pela autoridade administrativa competente. Esta audição não terá lugar quando a decisão for urgente, seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão, ou o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada. A medida cautelar extingue-se no termo do prazo nesta determinado, caso seja anterior à decisão final proferida pela autoridade administrativa competente no âmbito do respectivo processo de contra-ordenação, ou pelo tribunal competente em sede de recurso. Da medida adoptada pela autoridade administrativa cabe sempre recurso para o tribunal judicial da área onde ocorreu a prática comercial desleal.

No que à prova diz respeito, o artigo 22.º determina que os tribunais e as autoridades administrativas competentes podem exigir aos profissionais provas de exactidão material dos

¹⁰⁰ O artigo 19.º define como a autoridade administrativa competente para ordenar as medidas previstas no artigo seguinte é a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) ou a entidade reguladora do sector no qual ocorra a prática comercial desleal. O Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal são considerados autoridades administrativas competentes para a aplicação do disposto neste artigo às práticas comerciais desleais que ocorram no âmbito dos respectivos sectores financeiros. Tratando-se de uma prática comercial desleal em matéria de publicidade, a autoridade administrativa competente para aplicar as medidas previstas no artigo seguinte é a Direcção-Geral do Consumidor (DGC), que pode solicitar a intervenção da ASAE para a efectiva execução da sua acção.

dados de facto contidos nas práticas comerciais se, atendendo aos interesses legítimos do profissional e de qualquer outra parte no processo, tal exigência for adequada às circunstâncias do caso. Os dados consideram-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou se forem consideradas insuficientes pelo tribunal ou pela autoridade administrativa. O artigo 19.º estabelece o regime das contra-ordenações a aplicar, bem como das sanções acessórias.

Tratando da protecção do consumidor individual, o artigo 15.º determina que o consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida é ressarcido nos termos gerais. Mas o nosso regime jurídico tem nesta sede um cariz originário, de destacar no âmbito da União Europeia. Apesar de a Directiva não visar alterar o direito dos contratos¹⁰¹ - recorde-se que o artigo 3.º, n.º 2, expressamente determina que: “*A presente directiva não prejudica o direito contratual e, em particular, as normas relativas à validade, à formação ou aos efeitos de um contrato*”¹⁰² - o artigo 14.º regulou expressamente que *os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor*, nos termos do artigo 287.º do Código Civil.

A solução portuguesa é pouco comum nos outros países europeus e merece o nosso aplauso pela sua conformidade ao Direito Europeu¹⁰³. A questão passa por o consumidor além de poder optar pela protecção resultante dos actores institucionais, poder agir individualmente, numa adequada concretização do

¹⁰¹ HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL* (2005), pág. 425, antecipa dois efeitos fundamentais que resultariam de uma solução contrária: a presença deste diploma necessariamente afectaria o desenvolvimento do direito privado europeu, quer na apreciação da validade do contrato, quer no desenvolvimento dos remédios. Por outro lado, a boa fé passaria a constituir o *acquis communautaire*.

¹⁰² O que é entendido como uma cláusula de favor ao direito privado interno. Cfr. WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), “Introduction”, *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, pág. 4.

¹⁰³ HANS-W. MICKLITZ, “A Common Approach to the Enforcement of Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, págs. 186, onde o autor distingue o esvaimento de uma abordagem fundada na distinção entre *public* e *private enforcement*.



artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁴ (Direito à ação e a um tribunal imparcial), que determina que: “*Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo*”, e do artigo 19(1) 2 do Tratado da União Europeia: “Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União”¹⁰⁵.

O consumidor tem legitimidade para requerer a anulação do contrato, tendo para o efeito o prazo de um ano a contar da cessação do vício (artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil). No caso de o contrato ainda não ter sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção (artigo 287.º, n.º 2)¹⁰⁶.

Em vez da anulação, pode o consumidor requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Numa solução pouco comum, a lei admite, no entanto, que o consumidor possa, em lugar da anulação, requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade (artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008). Esta solução não consta da Directiva 2005/29/CE e, segundo Menezes Leitão¹⁰⁷, é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais, as quais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração

¹⁰⁴ Que, recorde-se, desde 1 de Dezembro de 2009, tem força vinculativa igual à dos Tratados e cujas disposições, nos termos do artigo 51.º, têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, aqueles devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.

¹⁰⁵ O princípio *ibi ius ibi remedium* tem sido confirmado em muita jurisprudência do Tribunal de Justiça. Vide, para mais desenvolvimentos, HANS-W. MICKLITZ, “A Common Approach to the Enforcement of Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms”, em WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, págs. 192 e 193.

¹⁰⁶ LUIS MENEZES LEITÃO, “As práticas Comerciais Desleais nas Relações de consumo, em artigo publicado na ROA e disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>

¹⁰⁷ LUIS MENEZES LEITÃO, “As práticas Comerciais Desleais nas Relações de consumo, em artigo publicado na ROA e disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>

dos contratos com base em acções ou omissões enganosas ou agressivas. Dificilmente por isso a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores¹⁰⁸. Cremos, todavia, que a norma terá aplicação especial quando a prática comercial leve o consumidor a contratar em termos diversos daqueles em que contrataria sem o efeito da prática comercial desleal, porquanto a decisão de transacção inclui, nos termos do artigo 2.º, alínea k) da Directiva, a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e *em que condições* adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir¹⁰⁹.

O n.º 3 determina que, se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido. Esta disposição desvia-se do regime geral da redução negocial, previsto no artigo 292.º do Código Civil, que estabelece que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada, pois a invalidade parcial afecta, no âmbito das práticas comerciais desleais todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução.

II. A protecção do consumidor - de volta aos casos

A protecção do consumidor individualmente considerado, tal como decorre do regime português das práticas comerciais desleais, é fundamental para destruir o desequilíbrio criado pela prática comercial e que se traduziu na distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. A anulação do contrato vai permitir ao consumidor desvincular-se de um compromisso que não quereria se não fosse a deslealdade do profissional e, nessa medida, é inegavelmente um instrumento de boa política legislativa. Note-se, todavia, que a protecção

¹⁰⁸ Luis MENEZES LEITÃO, "As práticas Comerciais Desleais nas Relações de consumo, em artigo publicado na ROA e disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>.

¹⁰⁹ Sublinhado nosso.



concedida é meramente *negativa*, desonerando o consumidor dos deveres contratuais assumidos. Mas, se atentarmos, nos casos apresentados acima, e que levaram à aplicação de sanções pela ANACOM, foram feitas várias ofertas contratuais aos consumidores que, todavia, não foram possíveis de concretizar contratualmente (relembre-se que: “*vendedores porta-a-porta de serviços comercializados pela arguida, agindo por sua conta, abordaram, nas respetivas residências, três (...) e, mediante a invocação da existência de um acordo entre a arguida e a referida empresa, ao abrigo do qual os inquilinos daqueles bairros poderiam usufruir da prestação gratuita do serviço de televisão (numa oferta de 35 canais) e do serviço de Internet e de descontos no serviço de telefone*”). E não foram, precisamente, porque a tutela conferida ao consumidor pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 é meramente negativa: permite ao consumidor pedir a anulação do contrato, mas *não lhe permite exigir o cumprimento daquilo que foi efectivamente oferecido*.

A situação descrita não é exclusiva da utilização de práticas comerciais desleais. A título de exemplo, vejamos duas sentenças arbitrais, ambas no sector das telecomunicações¹¹⁰.

a) Casos jurisprudenciais

Na Decisão 21/2016 do Tribunal Arbitral de Conflitos do Consumo (CICAP) do Porto, a funcionar em Vila Nova de Gaia¹¹¹ foram dados como provados os seguintes factos:

- a) No dia 19 de Dezembro de 2015, o Requerente recebeu na sua habitação uma visita de um comercial da Requerida, que lhe apresentou uma proposta comercial;
- b) Nos termos da proposta apresentada, a Requerida obrigava-se a prestar os seus serviços de comunicações electrónicas (Pacote 4Pro Fibra, que incluía os serviços de televisão empresarial, internet fixa, telefone fixo e telemóvel) na habitação do Requerente, na Rua XXXXX;

¹¹⁰ Outras decisões poderiam ter sido consultadas: o Processo 648/2016: <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2016/06/24-05-2016-Telecomunica%C3%A7%C3%B5es.pdf> (IVA) ou o Processo 2945, disponível em: <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2016/04/15.3.2016.pdf> (violação do dever de comunicação).

¹¹¹ Disponível em <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2016/06/24.5.2016-Telecomunica%C3%A7%C3%B5es.pdf>

- c) O Requerente aceitou a proposta e assinou o formulário de adesão, mas não recebeu qualquer cópia do contrato;
- d) A Requerida emitiu, em 23 de Novembro de 2015, uma factura no montante de 84,26 Euros;
- e) O Requerente resolveu o contrato, por escrito, no livro de reclamações da Requerida, no dia 5 de Janeiro de 2016;
- f) No formulário de adesão pode ler-se XXX Empresas;
- g) Em letras mais pequenas, pode ler-se: “Formulário de adesão destinado a clientes empresariais ou para utilização no âmbito da actividade comercial do cliente”;
- h) O Requerente acreditava que XXX Empresas era o nome comercial da Requerida XXX Comunicações, S.A.;
- i) Não foi entregue ao Requerente uma cópia do contrato;
- j) Não foi dito ao Requerente que podia exercer o direito de livre resolução do contrato, nem as condições em que o poderia fazer;
- k) De acordo com o Formulário de Adesão ao serviço, a prestação de serviço pressupunha um período de permanência de 24 meses;
- l) O Requerente declarou conhecer e aceitar as condições gerais e específicas do serviço, bem como conhecer e aceitar as condições de preço, de pagamento, de duração do contrato, bem como as consequências do seu incumprimento;
- m) O comercial da Requerida não informou a Requerente de que o preço indicado não incluía o IVA devido;
- n) No Formulário de Adesão, a referência ao preço total da solução apresenta uma nota de rodapé, onde se lê: “Acréscimo mensalidades de equipamento”;
- o) Sob a nota de rodapé, existe uma nota onde se lê: “A todos os valores acrescentados acresce IVA à taxa legal em vigor”;
- p) O valor total da mensalidade é de 82,16 Euros, que a Requerida facturou;
- q) A XXX Comunicações S.A. desconhece, sem obrigação de conhecer, as conversações mantidas entre a Requerente e o agente que promoveu a celebração do contrato de prestação de serviços em causa nos autos;
- r) O serviço foi prestado com qualidade, sem qualquer reporte de anomalia;



- s) O serviço foi desligado a 18 de março de 2016, por mora no pagamento da facturação emitida;
- t) A penalização pela resolução antecipada do contrato está prevista na cláusula 14.1. das Condições Gerais do serviço.

Já na Decisão 648/2016¹¹² foram dados como provados os seguintes factos:

- a) Em 7 de Julho de 2015, a Requerente foi contactada, no domicílio da sua mãe, sito no concelho de Gondomar, por um comercial da Requerida;
- b) O comercial referiu à Requerente que se encontrava em vigor um preço promocional, de cerca de 56,00 Euros mensais, contemplando um conjunto de serviços composto por internet fixa, televisão, telefone fixo e três cartões para realização de comunicações móveis;
- c) A Requerente subscreveu um contrato para a prestação do produto 4 Pro Fibra, com três cartões móveis associados;
- d) Foi convencionada a instalação dos equipamentos na Rua XXXX, onde se situa a residência da Requerida;
- e) A Requerida está desempregada;
- f) No formulário de adesão pode ler-se XXX Empresas;
- g) Em letras mais pequenas, pode ler-se: “Formulário de adesão destinado a clientes empresariais ou para utilização no âmbito da actividade comercial do cliente”;
- h) A Requerente acreditava que XXX Empresas era o nome comercial da Requerida XXX Comunicações, S.A.;
- i) Não foi entregue à Requerente uma cópia do contrato;
- j) A Requerente obteve cópia do contrato quando se dirigiu às instalações da Requerida;
- k) Não foi dito à Requerente que podia exercer o direito de livre resolução do contrato, nem as condições em que o poderia fazer;
- l) De acordo com o Formulário de Adesão ao serviço, a prestação de serviço pressupunha um período de permanência de 24 meses;
- m) A Requerente declarou conhecer e aceitar as condições gerais e específicas do serviço, bem como conhecer e aceitar as

¹¹² Disponível em <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2017/06/senten%C3%A7a-24.05.2016-CE.pdf>

- condições de preço, de pagamento, de duração do contrato, bem como as consequências do seu incumprimento;
- n) A requerida procedeu à instalação na habitação da requerente dos equipamentos para prestação dos serviços de telefone fixo, internet e televisão, em Julho de 2015;
 - o) Na factura emitida em 16 de Agosto de 2015, o custo total do serviço 4Pro Fibra é de 69,06 Euros, e não apenas os cerca de 58,00 Euros indicados à Requerente;
 - p) Ao montante proposto à Requerente acrescia o valor do IVA, à taxa de 23%;
 - q) O comercial da Requerida não informou a Requerente de que o preço indicado não incluía o IVA devido;
 - r) No Formulário de Adesão, a referência ao preço total da solução apresenta uma nota de rodapé, onde se lê: “Acresce mensalidades de equipamento”;
 - s) Sob a nota de rodapé, existe uma outra nota onde se lê: “A todos os valores acrescentados acresce IVA à taxa legal em vigor”;
 - t) A XXX Comunicações S.A. desconhece, sem obrigação de conhecer, as conversações mantidas entre a Requerente e o agente que promoveu a celebração do contrato de prestação de serviços em causa nos autos;
 - u) O serviço foi prestado com qualidade, sem qualquer reporte de anomalia;
 - v) Em 19 de Novembro de 2015, a Requerente entregou à Requerida um formulário de denúncia, invocando como razões a insatisfação com informações comerciais;
 - w) Os serviços foram desligados em 9 de Dezembro de 2015;
 - x) Em 25 de Janeiro de 2016, a Requerente efetuou nova reclamação junto da Requerida;
 - y) A penalização pela resolução antecipada do contrato está prevista na cláusula 14.1. das Condições Gerais do serviço.

2) A insuficiência da protecção negativa do consumidor

Nos casos acima descritos, o consumidor veio a ser desvinculado do contrato, em resultado das faltas ocorridas durante a negociação do contrato. Não é raro tal acontecer.



Sendo *contratos de adesão*, estes contratos cabem no âmbito do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que se aplica às cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, mas também às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar. É sabido que muitos dos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais são contratos de adesão. Nos termos do artigo 8.º, consideram-se excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes. Havendo cláusulas excluídas poderá ser posta em causa a subsistência dos contratos singulares. Estes mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. São, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.

Em termos substanciais, as cláusulas contratuais gerais proibidas são nulas nos termos nele previstos¹¹³. O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas. A manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. Se esta faculdade não for exercida ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos.

¹¹³ Cfr. artigos 12 e ss.

Também é sabido que grande parte dos contratos são *celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial* e sujeitos à regulamentação do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro. Contrato celebrado à distância é um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração. Já é um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos: i) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços; ii) Celebrados no domicílio do consumidor; iii) Celebrados no local de trabalho do consumidor; iv) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; v) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial; vi) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário.

O artigo 5.º, n.º 7, sobre os requisitos de forma nos contratos celebrados à distância, determina que: “Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos



casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor”. O n.º 8 estabelece que se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não observar o disposto nos n.ºs 2, 3 e 4, [quanto à obrigação de pagamento] o consumidor não fica vinculado ao contrato. Os contratos celebrados à distância devem ser confirmados nos seguintes termos: O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço; a confirmação do contrato a que se refere o número anterior realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º em suporte duradouro. Encontra-se dispensado do dever de confirmação do contrato o fornecedor de bens ou prestador de serviços que, antes da celebração do contrato, forneça ao consumidor as informações pré-contratuais em suporte duradouro.

O artigo 9.º, sobre a forma do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, estabelece que este é reduzido a escrito e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4.º. O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve ainda entregar ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutra suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento, nos termos da alínea l) do n.º 1 do artigo 17.

Mas a questão que levantámos acima mantém-se. É certo que o consumidor se desvincula de um contrato que não quis, ou não quis nos termos em que veio a ser concluído, mas esta desvinculação não o protege da melhor forma. Na verdade, o que realmente acautelaria o interesse do consumidor seria que *a empresa fosse obrigada a cumprir o contrato nos precisos termos em que lhe foi proposto*: isto é, se foram oferecidos determinados serviços, se foi proposto um determinado preço, se foi feita uma determinada promoção comercial, que o consumidor aceitou, ao consumidor interessava que a empresa fornecedora fosse obrigada

a cumprir. A invalidação do contrato, através da sua anulação ou declaração de nulidade, funcionaria, nesta situação, em detrimento dos interesses do consumidor.

A efectiva protecção do consumidor, através de uma *tutela positiva*, que vincule a empresa a um contrato que propõe ao consumidor, e nos exactos termos da proposta apresentada, resultará das regras gerais da *tutela da aparência* que encontramos no Direito Comercial, nomeadamente no regime da preposição e no regime do contrato de agência. Vejamos.

III. A protecção positiva do consumidor: a procura da solução noutros ramos do Direito

O comércio em larga escala exige que o comerciante recorra a outras pessoas para o exercício da sua actividade e tal será tanto mais necessário quanto maior a actividade comercial¹¹⁴. Uma estrutura comercial de grande escala tem de confiar a sua actividade a terceiros, que passam a *integrar a própria estrutura comercial*. Sendo terceiros relativamente à pessoa do comerciante, são, todavia, vistos pelas demais pessoas como sendo o próprio comerciante. Assim, não só o comerciante se vê forçado a confiar nestes terceiros, como as demais pessoas se vêm forçadas a confiar naqueles e na sua relação com o comerciante.

Como escreveu Pedro Pais de Vasconcelos, “*O comerciante estabelecido que oferece no mercado os seus produtos ou os seus serviços beneficia de uma presunção natural de que pode fazê-lo; e quem lhe entra na loja para comprar, se tiver aspecto de capaz, é tido como tal. Daqui decorre um sistema de legitimação indiciária muito característico do comércio*”¹¹⁵. Como sublinha ainda o mesmo autor, não se compadece com o comércio a inquirição caso a caso da identidade jurídico-formal

¹¹⁴ Vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição - Da Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 7 a 10. Ver ainda CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 41 a 60.

¹¹⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 28. Escreveu ainda o autor: “*A certeza tem de ser substituída pela convicção razoável e suficiente, propiciada pela aparência e é assim que funciona o comércio no dia a dia*”. Neste sentido, e com desenvolvimento, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 7 e ss. Ainda, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil V*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 145, e RAÚL GUICHARD, *A representação sem poderes no Direito Civil português. A Ratificação*, Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Católica – Escola do Porto, 2009, págs. 935 e ss.



da contraparte negocial. Cassiano dos Santos¹¹⁶ refere-se a um princípio geral do direito comercial que decorre e se funda na tutela da segurança, da previsibilidade e da confiança, princípio esse segundo o qual “*no comércio (em sentido jurídico) profissional, a aparência criada genérica ou especificamente pelo comerciante (empresário) no quadro da sua actividade (da qual tira benefícios, naturalmente) produz consequências na sua esfera jurídica, designadamente sendo-lhe imputadas as consequências jurídicas que a lei associaria à existência (efectiva) de uma realidade conforme com essa aparência. Esta imputação pode consistir na eficácia de negócios ou actos jurídicos, mas pode analisar-se mais genericamente na imputação das consequências da situação jurídica aparente*”.

São preposições todos os negócios nos quais uma pessoa coloca outra pessoa publicamente à frente de um seu comércio, negócio, actividade ou assunto, de modo estável, para tratar dele por sua conta. De acordo com a definição de Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, que estudou *ex professo* a figura, a preposição é o negócio jurídico, tipicamente tácito, através do qual uma pessoa coloca outra pessoa publicamente à frente de um seu comércio, negócio, actividade ou assunto, de modo estável, para tratar dele por sua conta. Os actos do preposto praticados por conta do preponente produzem efeitos diretos na esfera deste, mesmo que o preposto actue em nome próprio¹¹⁷.

Sendo a preposição um negócio jurídico através do qual uma pessoa coloca outrem à frente de uma sua actividade de modo estável e público, produzirá os efeitos que as partes acordarem, de acordo com a sua autonomia negocial. Mas a colocação dessa pessoa como proposto desencadeia um regime legal que opera automaticamente nestes casos, e do qual resulta um conjunto de regras com enorme impacto, quer nas relações

¹¹⁶ FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português I*, Coimbra Editora, 2007, pág. 275. Afasta-se, assim o princípio do direito civil *per extraneam personam nihil acquirit potest* (sobre este princípio, por todos, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, Almedina, Coimbra, págs. 43 a 57).

¹¹⁷ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, *cit.*, págs. 16 e 20. Na pág. 26 escreve o autor: “O status de preposto protege a confiança, ao vincular o comerciante pelos actos do preposto, independentemente da relação subjacente. Este regime legal tutela todos os que integram o mercado, quer sejam comerciantes, consumidores ou outros, e que contratem com quem surge publica e estavelmente à frente de um comércio. Torna-se, assim, desnecessário confirmar quem é a pessoa com quem se contrata, que poderes tem, quem representa, quem vincula e quando. Se é preposto, vincula. Este regime é também uma marca do Direito Comercial, pois opera com base na confiança e não na vontade”.

internas, quer nas relações externas: o status de preposto¹¹⁸.

A compreensão do status de preposto no nosso ordenamento jurídico requer o conhecimento do trajecto histórico desta figura. O negócio jurídico da preposição veio a ser sancionado no Direito Romano através das acções do pretor, que ofereceu aos terceiros *actiones translativae*, ditas *adiecticiae qualitatis*, através das quais um *pater* ou *dominus* podia ser demandado pelas dívidas contraídas pelos *fili* ou *servi* em determinadas condições¹¹⁹. A *actio exercitória* era concedida pelo pretor contra um *dominus* ou *pater* (*exercitor*, o armador do barco) pelas dívidas derivadas de negócios realizados por um *servus* ou *filius* (*magister navis*, o capitão do navio) com base nos poderes outorgados na *praepositio* que explicitava a actividade comercial não-terrestre a desempenhar. Nesta *actio* criada nos finais do século II a.C., para responder a exigências das crescentes necessidades do tráfico marítimo, o *dominus negotii* (*exercitor*) respondia totalmente (*in solidum*) com o *magister navis*. A *actio* institoria, cujo nome advém de o agente negocial actuar como *institor*, alguém proposto para dirigir uma actividade negocial terrestre ou para realizar um determinado negócio, era outorgada pelo pretor contra um *pater* ou *dominus* em relação às dívidas contraídas por um *filius* ou *servus* no exercício de uma actividade comercial terrestre. A sua condução obedecia aos seguintes pressupostos: 1) a *praepositio*, devidamente publicitada, de um *filius* (mais tarde, podia ser um *extraneus*) ou *servus* no exercício de uma determinada actividade comercial; 2) a conclusão pelo *institor* de negócios respeitantes à actividade comercial prevista na *praepositio*. Verificados estes pressupostos, o credor podia demandar o *dominus negotii*, que respondia *in solidum* com o *institor*¹²⁰.

¹¹⁸ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, *cit.*, págs. 23 e 26. Como sublinha o autor, sem o contrato de preposição, o comércio seria exercido pessoalmente pelo próprio comerciante, que apenas recorreria a terceiros para a prática de actos limitados. Este sistema retiraria celeridade ao comércio, afectando uma das características específicas do Direito Comercial: a promoção da celeridade negocial.

¹¹⁹ Vide ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *As acções do pretor*, *políc.*, págs. 37-38, e GIOVANNI PUGLIESE (com a colaboração de FRANCESCO SITZIA e LETIZIA VACCA), *Instituzioni di diritto romano*, 3.^a edição, Giappichelli, Turim, 1992, págs. 251 e 302 e ss.

¹²⁰ Seguimos ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *As acções do pretor*, *cit.*, págs. 39-40. Para ler a tradução para português da *actio exercitória* e da *actio institoria* (D, 14,1,1, e D, 14,3, respectivamente), vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, *cit.*, págs. 51 e ss. Como sublinha o autor, estas acções foram concedidas em razão da protecção de terceiros



Iguais na sua essência, uma concedida para o comércio marítimo e outra para o comércio terrestre, a *actio exercitória* foi integrada no artigo 509.º do Código Comercial, entretanto revogado pelo artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 202/98, de 10 de Julho, que estabelece o regime da responsabilidade do proprietário do navio e disciplina a actuação das entidades que o representam, e a *actio institória* vigorou em Portugal desde a fundação do reino até ao primeiro código comercial português, de 1833, onde encontramos regulado o regime da preposição. No vigente Código Comercial de 1888, por influência do Digesto, do Código Comercial espanhol de 1829, do Código Comercial de 1833 e do Código Comercial italiano de 1882¹²¹, é nos artigos 248.º e ss, sobre o regime do gerente de comércio, auxiliares e caixeiros, que encontramos o herdeiro actual da *actio institória*, ainda que naquela houvesse só um *nomen* para o preposto – o *institor* – ao passo que actualmente o preposto surge dividido em três casos típicos, cada um com o seu nome¹²².

Determina o artigo 248.º do Código Comercial que: “É gerente do comércio todo aquele que, sob qualquer denominação, consoante os usos sociais, se achar proposto para tratar do comércio de outrem no lugar onde este o exerce ou outro qualquer”. Como ensina Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, gerente de comércio é uma *noção normativa* e não de facto, o gerente de comércio é aquele que trata da actividade comercial de outrem¹²³. Assim, gerente de comércio é o nome que o Cód-

e da protecção da confiança no tráfego jurídico, em especial face à celeridade e facilidade com que se fazem os negócios comerciais e criaram aquilo que hoje podemos chamar de *status* de preposto. Assim, não regularam o negócio em si, mas antes a posição social típica do preposto e as consequências que da actuação ao abrigo desta posição decorrem para o preposto, para o proponente e para terceiros (cfr. págs. 20 e 21, da mesma obra).

¹²¹ Vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 132 e ss.

¹²² Vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pag. 32. Sobre a qualidade de comerciante dos gerentes, auxiliares e caixeiros, vide JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial I*, 8.ª edição, 2011, Almedina, Coimbra, págs. 139 e ss, e MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 12.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011, págs. 107 e 108.

¹²³ Como relembra PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 150 e ss, desde 1833 até à presente data, o eixo do comércio foi abandonando o estabelecimento, passando-se a centrar na actividade. Em sintonia com esta evolução, o Direito Comercial passou o seu eixo do estabelecimento comercial para a actividade desenvolvida, tal como antes tinha passado do comerciante para o estabelecimento. A actividade da empresa, e não o estabelecimento, é, hoje, o verdadeiro eixo do comércio e do Direito Comercial. Já em Roma, não era *institor* apenas quem estava à frente de um estabelecimento ou loja (*tabernae*), mas também quem estivesse à frente de qualquer negócio (*alii negotiationi*), quer

go Comercial atribui ao regime jurídico aplicável a determinada pessoa que actua em determinada qualidade, ocupa determinada posição socialmente típica. O gerente de comércio é um *nomen* para efeitos exclusivos de delimitação do campo de aplicação de um dos regimes jurídicos legais de preposição, que se distingue dos demais por ser o mais típico e mais importante regime de preposição, que opera como regime subsidiário nesta matéria. Gerente de comércio, ou melhor, preposto é uma pessoa que surge pública e estavelmente à frente de um determinado comércio, no todo ou em parte, no lugar onde este é exercido ou em qualquer outro lugar. Ou seja, o gerente de comércio é mais do que um preposto, é “o” preposto típico¹²⁴.

Os regimes de preposição têm como fim proteger terceiros. A solução a que se chegou, e que já era a solução do Direito Romano, é a da vinculação do comerciante pelos actos do seu preposto. Pedro Leitão Pais de Vasconcelos chama a este sistema de heterovinculação representativa de *representação instituída*¹²⁵. O principal critério de imputação na representação instituída é a actuação por conta alheia (sendo que a actuação em nome alheio presume essa actuação por conta alheia), aquela em que o preposto está à frente de um comércio, de uma empresa, cujos benefícios não lhe sejam destinados em exclusivo¹²⁶.

Segundo o artigo 249.º do Código Comercial: “*O mandato conferido ao gerente, verbalmente ou por escrito, enquanto não registado, presume-se geral e compreensivo de todos os actos pertencentes e necessários*

o negócio fosse exercido num local fixo ou determinado quer fosse exercido sem qualquer local determinado. O comércio é a actividade comercial e não o estabelecimento comercial. O gerente de comércio trata da actividade comercial de outrem. Quem está integrado na actividade, celebrando negócios no âmbito dessa actividade, estará também integrado num estabelecimento e poderá mesmo estar presente num determinado estabelecimento local. Mas o ponto fulcral do regime do gerente do comércio é a actividade comercial e não o estabelecimento comercial. É a integração na actividade, e a integração dos negócios por si celebrados nessa actividade, que o fazem gerente de comércio. Não é a sua integração no estabelecimento, nem a coincidência de estar fisicamente no local de um determinado estabelecimento que lhe atribuem essa qualidade. A função do preposto não consiste na prática de actos, mas antes no exercício de uma actividade, enquanto conjunto ordenado de actos funcionalmente ordenados à empresa ou sub-empresa do preponente. Pode instituir-se um preposto para uma sub-actividade organizada pelo tipo de actividade, por exemplo um preposto para a área comercial.

¹²⁴ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 149.

¹²⁵ Sobre a distinção deste sistema dos casos de representação em geral, vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 160 e ss.

¹²⁶ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 226.



ao exercício do comércio para que houvesse sido dado, sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram”, isto é, a preposição do gerente de comércio não registada presume-se geral e compreensiva de todos os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dada¹²⁷. Esta presunção é extremamente forte, sendo quase inidêntica, pois é necessário provar que, à data em que o terceiro celebrou o contrato com o preposto, tinha conhecimento efectivo do conteúdo da preposição, instruções ou limitações. No *status* de preposto, em regra, o âmbito dos poderes da preposição é determinado pela publicidade da actividade estável desenvolvida. Dito de outro modo, *o preposto tem poderes para aquilo que publicamente faz de modo estável*. Só assim não será nos casos registados, e nos casos de terceiros de má fé. Perante terceiros, repete-se, não são invocáveis quaisquer questões relativas à relação interna de um preposto com o seu preponente, excepção feita aos terceiros com conhecimento efectivo dessa questão à data da prática do acto, correndo o ónus da prova integralmente pelo comerciante e nunca pelo terceiro.

É frequente que um comerciante (individual ou colectivo) coloque uma sociedade comercial à frente do seu comércio, de modo estável e público. São casos nos quais o comércio pertence efectivamente a uma pessoa, mas é desenvolvido por outra pessoa por conta desta. Sendo a actividade desenvolvida em nome alheio, ou por conta alheia, *o público afecta essa actividade ao preponente, como sendo desenvolvida por sua conta*¹²⁸. Assim sucede, como clarifica PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, nos casos de comerciantes (individuais ou colectivos) que recorrem a sociedades comerciais¹²⁹ que operam *call centres*. Nestes casos, a

¹²⁷ Seguimos muito de perto PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 274-275, 277 e 280.

¹²⁸ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 251.

¹²⁹ Uma sociedade comercial é um preposto, quando está de modo público e estável à frente de comércio alheio, quando assim é perceptível pelo público desse comércio, como por exemplo, clientes, fornecedores, colaboradores ou, ainda, pelo tribunal. Naturalmente que a preposição poderá resultar de uma miríade de relações jurídicas, incluindo relações de grupo, relações de franchising, relações de prestação de serviço, ou outras. Para o regime dos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial não releva a natureza destas relações, sendo aplicável independentemente da natureza jurídica da relação subjacente. O que releva é surgir na posição social típica de quem está estável e publicamente à frente de

sociedade comercial que explora o *call center* é um preposto da sociedade sua cliente, sendo que, por sua vez, exerce actividade através dos seus funcionários, que são prepostos daquela sociedade e, eventualmente, de outras sociedades.

Outra das consequências da técnica usada no regime legal da preposição é a irrelevância da figura do sub-preposto. No regime legal da preposição dos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial, apenas pode ocorrer este último caso. Um preposto pode celebrar contratos com outras pessoas, que assim passam a ser prepostos. Contudo, um preposto não delega ou subestabelece os seus poderes num outro preposto. Quando um preposto institui outro preposto para o mesmo comerciante, a relação de preposição ocorre directamente entre o comerciante e o novo preposto, como consequência do regime legal da preposição¹³⁰. Se uma empresa de telecomunicações contratar uma empresa de *call center* para proceder à negociação e celebração de contratos, colocando esta empresa pública e estavelmente à frente da actividade de contratação da empresa de telecomunicações, estes serão prepostos da empresa de telecomunicações. Assim, quando agem vinculam a empresa de telecomunicações e não a empresa de *call center*¹³¹. *Na relação externa de preposição, regulada pelos arts. 248.º e seguintes do Código Comercial, a relação é sempre directa entre o preposto e o preponente, mesmo que o preposto não tenha sido instituído directamente pelo preponente.* O que releva não é o modo de instituição, mas sim que a instituição se tenha verificado, e que o preposto surja pública e estavelmente à frente do comércio em causa¹³².

Em síntese, *a preposição tem o âmbito da actividade desenvolvida pelo preposto e inclui todos os poderes necessários para a prática de todos os actos inerentes a essa actividade.* Compete ao terceiro provar que se está perante um preposto, ou seja, provar que determinada pessoa está pública e estavelmente colocada à frente de determinado comércio. Provado este facto, aplica-se o regime dos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial, aplica-se o *status*

determinado comércio. Cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 252 e 253.

¹³⁰ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 261.

¹³¹ Cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 261 e págs. 567-569.

¹³² PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 262.



de preposto àquela pessoa¹³³, *id est*, tem lugar a heterovinculação do *dominus negotii* perante os terceiros que com eles negociaram e concluíram contratos. Nos casos que acima analisámos, a empresa de telecomunicações estaria vinculada – provando-se que agiu um preposto, ou seja, determinada pessoa que desenvolvia pública e estavelmente uma determinada actividade comercial – aos negócios celebrados no âmbito dessa actividade.

A relação entre o *dominus negotii* e o preposto pode ainda ter por base um *contrato de agência*. O contrato de agência, regulado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, vem definido no artigo 1.º, n.º 1, daquele diploma como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

Como ensina ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹³⁴, a obrigação principal do agente é a de promover contratos, “envolvendo toda uma complexa e multifacetada actividade material, de prospecção do mercado, de angariação de clientes, de difusão de produtos e serviços, de negociação, etc., que antecede e prepara a conclusão dos contratos, mas na qual o agente já não intervém”¹³⁵. O poder para celebrar contratos não é inerente ao contrato de agência; ao agente cabe promover a sua conclusão e a prepará-los, apenas tendo o poder para os celebrar quando lhe tiverem sido concedidos os indispensáveis poderes para tal¹³⁶.

¹³³ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, cit., pág. 310.

¹³⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 50 e ss.

¹³⁵ O n.º 2 do artigo 1.º clarifica que: “Qualquer das partes tem o direito, a que não pode renunciar, de exigir da outra um documento assinado que indique o conteúdo do contrato e de posteriores aditamentos ou modificações”.

¹³⁶ Nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ibidem*, “Não se confunde a agência, por isso, com o mandato, contrato esse que envolve, tipicamente, a prática de actos jurídicos (artigo 1157.º do Código Civil). Mesmo que o agente esteja autorizado a celebrar contratos, tratar-se-á de simples actividade acessória, complementar da obrigação fundamental de promover a celebração de contratos?”. Para uma delimitação do contrato de agência de outros contratos, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial. Relatório*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 99 e ss. Sobre o dever de informação que impende sobre o agente relativamente aos poderes de que dispõe (que integra a relação pré-contratual de negociações estabelecida entre o cliente e o agente e que será violado se os poderes de representação de que o agente dispõe não corresponderem à informação prestada por este, ou se tal informação não chegar a ser prestada) e que gera uma mera responsabilidade pelo interesse contratual negativo, vide PAULO MOTA PINTO, “A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30

O agente desenvolve a sua actividade por conta da do principal, com o significado que os efeitos dos actos que pratica se destinam ao principal, se repercutem ou projectam na esfera jurídica deste¹³⁷.

A natureza do contrato de agência é a de um contrato de gestão de interesses alheios e, nessa medida, este surge configurado como um contrato de gestão ou de colaboração¹³⁸. Como escreveu PINTO MONTEIRO¹³⁹, “O agente exerce, com autonomia e independência, uma actividade de gestão de interesses alheios (do principal). A sua obrigação não consiste, por isso, numa mera prestação a outrem, antes coenvolve a prossecução e defesa dos interesses do principal”. O agente é um colaborador do principal, “representa-o economicamente” e por vezes também juridicamente, mas fá-lo com uma *autonomia* que, não sendo absoluta, pois deve conformar-se com as orientações recebidas, adequar-se à política económica da empresa, prestar regularmente contas da sua actividade, constitui, todavia, uma garantia imprescindível à sua actuação. Essencial é também a estabilidade com que o agente exerce a sua actividade, não desenvolvendo uma actuação pontual mas antes um “número indefinido de operações”.

Por último, o contrato de agência é um contrato oneroso. A retribuição determina-se, fundamentalmente, com base no volume de negócios conseguido pelo agente, assumindo, pois, um carácter variável, sob a forma de comissão ou percentagem calculada sobre o valor dos negócios obtidos, podendo acumular-se, no entanto, com qualquer importância fixa acordada entre as partes¹⁴⁰.

Como referimos acima, o agente só pode celebrar contratos em nome da outra parte se esta lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes. É esta a disposição do artigo 2.º,

Anos Depois”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, pág. 140.

¹³⁷ Assim ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, cit.*, pág. 54.

¹³⁸ Sobre a relação obrigacional duradoura entre o agente e o principal, vide FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Contrato de Agência e Relação Obrigacional Complexa”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, págs. 195 e ss.

¹³⁹ Seguimos o autor de perto na exposição que fazemos.

¹⁴⁰ Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, cit.*, págs. 58 e 59.



n.º 1¹⁴¹, com o efeito de o agente, que actua sempre por conta da outra parte, actuar agora também gozando de poderes de representação, em nome desta¹⁴².

Nos casos em que o agente actue sem poderes de representação, celebrando contratos em nome da outra parte, o nosso legislador¹⁴³ avisadamente não se afastou do artigo 268.º, n.º 1, do Código Civil: “*o negócio que uma pessoa, sem poderes de representação, celebre em nome de outrem é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado*”. Considera-se o negócio ratificado se a outra parte, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo essencial do mesmo, não manifestar ao terceiro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a sua oposição ao negócio.

O artigo 23.º, com a epígrafe “representação aparente”¹⁴⁴,

¹⁴¹ O preceito, todavia, determina ainda que podem ser apresentadas ao agente as reclamações ou outras declarações respeitantes aos negócios concluídos por seu intermédio. O agente tem igualmente legitimidade para requerer as providências urgentes que se mostrem indispensáveis em ordem a acautelar os direitos da outra parte.

¹⁴² Sobre o problema de saber se o agente a quem tenham sido conferidos poderes para celebrar contratos gozará, também, por isso mesmo, do poder de decidir, por si, se o contrato é ou não de concluir, e em que termos, ou se tal poder de decisão compete ao principal, vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, cit.*, pág. 61.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O contrato de agência e a boa fé”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, pág. 18, enuncia o dever acessório do agente de tutela do consumidor: agente deve tomar medidas caso verifique que os contratos a promover se reportem a bens ou a serviços que não tenham as características anunciadas ou que os negócios são nocivos para o consumidor”.

¹⁴³ Cfr. artigo 22.º, n.º 1.

¹⁴⁴ Não se olvide que o artigo 260.º determina que “1. *Se uma pessoa dirigir em nome de outrem uma declaração a terceiro, pode este exigir que o representante, dentro de prazo razoável, faça prova dos seus poderes, sob pena de a declaração não produzir efeitos. 2. Se os poderes de representação constarem de documento, pode o terceiro exigir uma cópia dele assinada pelo representante.*” E o artigo 266.º do CC: “1. *As modificações e a revogação da procuração devem ser levadas ao conhecimento de terceiros por meios idóneos, sob pena de lhes não serem oponíveis senão quando se mostre que delas tinham conhecimento no momento da conclusão do negócio. 2. As restantes causas extintivas da procuração não podem ser opostas a terceiro que, sem culpa, as tenha ignorado.*” PAULO MOTA PINTO, “A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois”, *cit.*, pág. 122, ensina que quando está em causa a tutela do consumidor, “*não sendo exigíveis a este último delicadas e morosas investigações sobre a legitimação representativa das pessoas com quem tem de contratar, investigações para as quais não disporá sequer de tempo ou competência. Seria, pois, claramente inconveniente (não seria mesmo ‘socialmente adequado’) que a facilidade – de que a contraparte do negócio representativo indubitavelmente dispõe, em termos do artigo 260.º do Código Civil – de pedir a justificação dos poderes do representante fosse sempre acompanhado do correspondente ónus. O princípio de que aquele que contrata não deve ignorar a condição da contraparte, que poria sempre a seu cargo o risco de encontrar um representante sem poderes, tem de receber correções, resultantes dos interesses em jogo, pelo menos nas áreas que referimos.*” Sobre a insuficiência das normas do mandato comercial, 242.º, 249.º, 259.º e 260.º do Código Comercial,

estabeleceu um regime específico para esta situação¹⁴⁵, determinando que: “1 - O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro (...).”

Como ensina ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁴⁶, o legislador “estabeleceu uma cláusula geral que, em termos prudentes, visa tutelar a boa fé de terceiros, desde que a confiança do cliente na representatividade do agente (...) se funde em razões objectivas e ponderosas, associadas ao próprio comportamento (por acção ou omissão) do principal”. A protecção concedida pelo artigo 23.º depende, pois, da ocorrência, cumulativa, de *requisitos objectivos* (embora ponderosos à luz do caso concreto e das circunstâncias que o rodeiam) e de *requisitos subjectivos*, deixando-se ao tribunal a indispensável margem de liberdade na apreciação da conduta das partes e na decisão a tomar. Verificados os pressupostos de que depende a relevância jurídica da representação aparente, o negócio torna-se eficaz¹⁴⁷

vide PAULO MOTA PINTO, “A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois”, *cit.*, pág. 120. Sobre outros instrumentos de protecção de terceiros, PAULO MOTA PINTO, *idem*, págs. 124 e ss.

¹⁴⁵ PAULO MOTA PINTO, “Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros: Reflexão a Propósito do Artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, *BFD* 69 (1993), págs. 587, elenca os vários tipos de casos que podem estar aqui em presença: falta absoluta e desde sempre de poderes representativos; pode o representante dispor de certos poderes de representação, tendo estes, porém, sido ultrapassados no caso concreto; abuso de representação, quando o representante age nos poderes, isto é no quadro formal dos seus poderes, apenas agindo materialmente contra os fins da representação; podem existir instruções dadas ao representante *a latere* da procuração, limitativas dos poderes do agente, que se tenta opor ao terceiro; pode já não existir legitimação representativa.

¹⁴⁶ PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, págs. 115 e ss.

¹⁴⁷ PAULO MOTA PINTO, “Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros: Reflexão a Propósito do Artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, *BFD* 69 (1993), págs. 587, oferece-nos a análise dos interesses em presença: o interesse do representante principal é o de não ficar vinculado contra a sua vontade, concretamente, o interesse em poder rejeitar o negócio representativo tal como foi concluído sem poderes para tal; o interesse do *falsus procurator*/agente: eximir-se à responsabilidade do representante sem poderes face ao terceiro, quer à responsabilidade pelo não cumprimento dos deveres resultantes da relação jurídica que serve de base aos poderes representativos (responsabilidade face ao principal por violação do contrato de agência); o interesse do terceiro, contraparte no negócio representativo, opondo-se ao interesse do *dominus negotii*, apontará para a vinculação deste, correspondente à confiança ou expectativa que criou com base na aparência de poderes de representação. Ao lado destes interesses individuais, haverá interesses gerais, do comércio jurídico impondo também que se protejam as legítimas expectativas e



e produz os seus efeitos¹⁴⁸.

Objectivamente, o legislador exige uma fundada situação de confiança, remetendo para as circunstâncias do caso, nomeadamente o enquadramento empresarial da actuação do agente (por exemplo, apresentação como representante do principal, uso das suas marcas ou sinais distintivos, o emprego de sinais como papel timbrado)¹⁴⁹. Em termos subjectivos, a boa fé do terceiro, contraparte no contrato celebrado pelo agente, deverá traduzir, pelo menos, o desconhecimento da ausência de poderes de representação¹⁵⁰. Já a contribuição do principal para fundar a confiança do terceiro, parece não exigir “qualquer actuação culposa, podendo bastar à causação da aparência mesmo que sem culpa”¹⁵¹. O que a lei não exige certamente é o conhecimento

a confiança de terceiros – embora uma tutela dos terceiros excessivamente alargada, além de pôr em causa o interesse individual do representado, também prejudicasse o interesse geral do comércio jurídico, agora pela falta de iniciativa que geraria, designadamente devido ao receio em recorrer à colaboração de terceiros na actividade negocial, para evitar vinculações contra a vontade própria.

¹⁴⁸ PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, págs. 147 e ss, ensina que: “Verificados os requisitos do artigo 23.º, a sua consequência jurídica traduz-se em o negócio produzir efeitos perante o principal, como se tivesse sido celebrado por um agente com poderes de representação. A aparência jurídica substitui, pois, a concessão voluntária de poderes representativos, de tal modo que, independentemente de ratificação, o negócio celebrado é válido e eficaz perante o representado, caso não existam quaisquer outros motivos de invalidade ou ineficácia. Tratando-se de um contrato, a contraparte tem, pois, direito ao cumprimento por parte do representado e fica por sua vez vinculada à contraprestação, dispondo, também, de uma indemnização por não cumprimento (interesse contratual positivo), se este for imputável ao representado”. Sobre as relações internas e as consequências, vide a pág. 147, nota 77. Se faltar algum dos requisitos de representação aparente, o negócio representativo não será eficaz em relação ao representado, pelo que a contraparte não terá direito ao cumprimento, ou a indemnização por não cumprimento, contra o representado. Apenas poderá existir direito a uma indemnização contra o representante, mas pelo interesse contratual negativo.

¹⁴⁹ Vide RUI ATAÍDE, “O regime de protecção de terceiros na lei do contrato de agência”, *O Direito* 164 (2014), págs. 605-620.

¹⁵⁰ PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, pág. 143, propõe que há-de tratar-se de uma ignorância não culposa, segundo um padrão de um terceiro com diligência média, embora devendo esta ser apreciada em concreto, para ter em conta fatores como, por exemplo, a experiência comercial ou profissional do terceiro, etc. apenas em caso de atuação dolosa ou intencional do principal ou do agente, no intuito de enganar o terceiro, poderá este merecer protecção ainda que tenha culpa no desconhecimento da falta de poderes de representação.

¹⁵¹ Seguindo novamente PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, págs. 144 e 145: “O contributo do representado para fundar a confiança do terceiro poderá resultar, por exemplo, de ele ter atribuído ao representante certa posição ou função, de ter permitido que utilizasse elementos de identificação da empresa do representado (carimbos, papel timbrado, nome do utilizador e palavras-passe de contas online, etc.), ou de não ter controlado declarações externas (ou destinadas a ser apresentadas externamente, a terceiros), das quais resultasse a

efectivo da actuação do principal¹⁵².

Quanto ao ónus da prova, questão sempre nuclear, quanto aos factos que integram a situação de aparência (que configuram as ‘razões ponderosas...’, ou situação objectiva despertadora da confiança) este caberá ao terceiro, porquanto é um facto constitutivo do seu direito face ao principal. O terceiro tem também o ónus *probandi* de que conhecia esses factos e de que esse conhecimento foi causal para a sua actuação. Já quanto à boa fé, sugere PAULO MOTA PINTO¹⁵³ que, provado que o terceiro conhecia os factos susceptíveis de fundar a sua confiança, parece de ponderar seriamente uma inversão do ónus da prova (pois caso contrário estar-se-ia a impor ao terceiro uma verdadeira *probatio diabolica*, de factos negativos). No que se refere aos factos que integram a “*contribuição do principal para fundar a boa fé*”, o ónus da prova parecerá também incumbir ao terceiro. No entanto, o tribunal deverá bastar-se aqui com uma prova não muito exigente, quanto a essa contribuição, já que a imputabilidade da aparência de representação radica na esfera do representado, sendo em regra mais fácil a este demonstrar que aquela lhe não é imputável, do que ao terceiro mostrar essa imputação. O representado poderá, depois, perante a prova efectuada pelo terceiro, provar que ignorava a actuação do representante, e como estava relacionado institucional e pessoalmente com este¹⁵⁴.

A solução legal do artigo 23.º foi desde cedo a solução alargada pela doutrina a todos os contratos de cooperação ou de colaboração (como decidiu o Ac. TRP, de 6 de Outubro de 1992), ou, até, aos contratos de gestão em geral (na linha do já citado Ac. TRLisboa, de 23 de Outubro de 1993), ou, ainda, à generalidade dos casos em que apresente a mesma razão de ser

aparência de legitimidade representativa. Essa contribuição será tanto mais relevante quanto mais frequente e duradoura”.

¹⁵² Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, pág. 145, sublinhando o autor que pode bastar o facto de que, se tivesse procedido com a devida diligência, o representado teria podido e devia conhecê-la. Por outro lado, é certo que pode bastar um comportamento omissivo do principal. Vide, ainda, PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, *cit.*, artigo 23.º, n.º 3.

¹⁵³ PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, págs. 146 e 147.

¹⁵⁴ Seguimos PAULO MOTA PINTO, “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, *cit.*, págs. 146 e 147.



(Ac. STJ, 15 de Março de 2005)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Revisitando a Lei da Agência 30 Anos Depois”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, pág. 57 e 79 e ss, sobre o capítulo III, dedicado à protecção de terceiros: “de grande importância para a tutela de clientes e para a afirmação da doutrina da *confiança*” (sublinhado no original). Veja-se ainda OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, *Revista Direito e Economia*, 1990-1993; RAÚL GUICHARD, “O instituto da ‘procuração aparente’ – algumas reflexões à luz do direito alemão”, *Iuris et de Iure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Coimbra Editora, 1998, págs. 223 e ss; MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra, 1999, pág. 139; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, cit., pág. 991, ss, esp. 1054, ss; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., págs. 44 e ss, esp. 52 e ss. e 56 ss, nota 41; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Distribuição Online e Concorrência: As Restrições Verticais no Mercado Digital, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, págs. 179 e 180, entendendo que o diploma é aplicado por analogia aos contratos de distribuição que permanecem desprovidos de regime legal próprio, nomeadamente a concessão comercial e o contrato de franquia (franchising) e apontando-lhe a aptidão para regular adequadamente outros contratos de gestão de interesses alheios, em especial o mandato que subjaz a contratos como a cessão financeira (ou factoring) ou a serviços como os prestados pelas agências de publicidade. PAULO MOTA PINTO, no seu *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo II*, Coimbra Editora, 2008, pág. 1304, nota 3654, considerou que a solução do artigo 23.º é de alargar nos casos em que a representação se verifica no quadro de contratos de cooperação ou de colaboração, no domínio comercial. No seu “*A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois*”, cit., pág. 176, esclarece que: “Justifica-se a aplicação analógica do artigo 23.º apenas quando procederem na hipótese concreta as razões justificativas do caso previsto na lei (artigo 10.º, n.º 2, CC), não considerando convincente a elaboração, por generalização, de um princípio geral da protecção da aparência no direito privado. Para a analogia com a situação regulada pelo artigo 23.º, n.º 1, será, pois, indispensável que exista uma relação (designadamente, uma relação duradoura) de cooperação ou colaboração entre representante e representado, pelo qual o primeiro desenvolve uma actividade externa de contacto com terceiros, e que estejamos no domínio comercial ou empresarial (embora não necessariamente perante relações de distribuição comercial, podendo também aplicar-se, por exemplo, a relações de mandato, gestão, etc., de outro tipo). No direito civil, a solução será diversa.

Sobre a adequação do regime da cessação do contrato de agência como possível regime padrão da cessação dos contratos duradouros, FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Cessação dos Contratos Duradouros”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, págs. 225 e ss. Sobre a vocação para uma aplicação analógica do regime do contrato de agência, RUI DIAS, “Indemnização de Clientela no Contrato de Concessão Comercial: Cálculo do Montante e Fixação do Limite Máximo”, in *Actas do Colóquio “Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência”*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, pág. 307. Por último, refira-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em *Tratado de Direito Civil V*, 2.ª edição, 2015, pág. 145, “Mas se a situação for institucional – no sentido de surgir enquadrada numa organização permanente, com trabalhadores ou agentes e serviços diferenciados – a realidade sócio-cultural é diversa. Ninguém vai, num supermercado, invocar perante o empregado de caixa o artigo 266.º, exigindo-lhe a justificação dos seus poderes e isso para evitar a hipótese de uma ‘representação’ sem poderes, e não seguida de ratificação (268.º/1). A confiança é imediata, total e geral. Compete ao empregador/empresário manter a disciplina na empresa, assegurando-se da legitimidade dos seus colaboradores. Quando não: sibi imputet. Falaremos, então, numa procuração institucional. Esta surge sempre que uma pessoa, de boa fé, contrate com uma organização em cujo nome actue um ‘agente’ em termos tais que, de acordo

O próprio legislador¹⁵⁶ alargou a doutrina deste preceito a outras áreas, nomeadamente ao contrato de seguro, como resulta do artigo 30.º da Lei do Contrato de Seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008)¹⁵⁷.

O contrato de preposição é na sua estrutura básica um contrato de autorização gestória¹⁵⁸. A agência é uma preposição

com os dados sócio-culturais vigentes e visto a sua inserção orgânica, seja tranquila a existência de poderes de representação. Trata-se de um prudente alargamento do artigo 23.º/1 do Decreto-Lei n.º 178/86 o qual, amparado na boa-fé, nada tem de excepcional". ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "O contrato de agência e a boa fé", in *Actas do Colóquio "Distribuição Comercial – Nos 30 Anos da Lei do Contrato de Agência"*, Instituto Jurídico da FDUC (editor), Coimbra, 2017, págs. 7 e 8: "O regime da agência funciona ainda como uma matriz normativa aplicável, diretamente ou por analogia, aos contratos de distribuição, com relevo para a concessão e a franquia, comportando igualmente elementos úteis para as relações contratuais duradouras e para a teoria geral da representação". O recente Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, de 5 de Julho de 2016, uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos: "Age com abuso de direito, na vertente da tutela da confiança, a massa falida, representada pelo respectivo administrador, que invoca contra terceiro - adquirente de boa fé de bem imóvel nela compreendido - a ineficácia da venda por negociação particular, por nela ter outorgado auxiliar daquele administrador, desprovido de poderes de representação (arts. 1211º e 1248º do CPC, na versão vigente em 1992), num caso em que é imputável ao administrador a criação de uma situação de representação tolerada e aparente por aquele auxiliar, consentindo que vários negócios de venda fossem por aquela entidade realizados e permitindo que entrasse em circulação no comércio jurídico certidão, extraída dos autos de falência, em que o citado auxiliar era qualificado como encarregado de venda". Considerando que a jurisprudência consumou, fora do direito comercial, uma convergência entre os institutos da representação aparente e do abuso de direito, vide PAULO MOTA PINTO, "A Representação Aparente e a Lei do Contrato de Agência – 30 Anos Depois", *cit.*, págs. 168 e ss, para críticas. O autor conclui que o artigo 23.º constitui um afloramento da responsabilidade pela aparência jurídica que, nas palavras de Larenz e Canaris, vem complementar a vinculação enquadrável dentro de uma dogmática jurídico-negocial não desfigurada com ficções.

¹⁵⁶ Sobre a influência da lei do contrato de agência no regime jurídico instituído em países da lusofonia, vide, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Revisitando a Lei da Agência 30 Anos Depois", *cit.*, pág. 82.

¹⁵⁷ Este preceito estabelece que: "1 - O contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado, sem prejuízo do disposto no n.º 3. 2 - Considera-se o contrato de seguro ratificado se o segurador, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo do mesmo, não manifestar ao tomador do seguro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a respectiva oposição. 3 - O contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é eficaz em relação a este se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do tomador do seguro de boa fé na legitimidade do mediador de seguros, desde que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro". Vide a anotação de EDUARDA RIBEIRO, em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 3.ª edição, por PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., Almedina, Coimbra, 2016, págs. 191 e ss. A jurisprudência já seguia a doutrina aí consagrada ainda antes da entrada em vigor do artigo 30.º, como se pode ver no Acórdão do STJ de 1 de Abril de 2004, anotado por PEDRO ROMANO MARTINEZ, em *Jurismat* 5 (2004), págs. 27 e ss. Considerando que esta norma pode ser aplicada noutras áreas, designadamente através da ideia de representação institucional, já identificada supra, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, pág. 711.

¹⁵⁸ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, *cit.*, pág. 312.



especial, para uma parte específica da actividade do comerciante, que é fundamental no comércio: a angariação de negócios. Um agente surge sempre, e necessariamente, à frente da actividade comercial de outrem, agindo por conta deste, de modo estável e público. Ao surgir nesta posição desencadeia o regime da preposição, porquanto os agentes são todos, e sem excepção, prepostos (seja apenas para a angariação, para a negociação, ou também para a celebração de contratos)¹⁵⁹. Como tal, o regime dos artigos. 248.º e seguintes do Código Comercial aplica-se independentemente da efectiva relação subjacente.

Como ensina PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS¹⁶⁰, o regime específico do contrato de agência aplica-se quando o contrato é de agência, mas não ficciona, não presume, nem altera o regime probatório no que respeita aos factos dos quais resulta a qualificação do contrato. Por esta razão, cabe ao terceiro provar que o agente tem essa qualidade, caso se pretenda aproveitar do respectivo regime, o que, na prática, pode causar inaceitáveis dificuldades aos terceiros, e uma inerente quebra da confiança no comércio. Já o regime dos artigos 248.º e ss. do Código Comercial resolve os casos nos quais o terceiro não sabe qual é a relação subjacente ou, ainda, em que sabe qual é a relação subjacente, mas não conhece as instruções ou ordens emitidas nesse âmbito. O terceiro apenas tem o ónus de provar que o agente está pública e estavelmente à frente da actividade no âmbito da qual foi praticado determinado acto, ou celebrado determinado negócio, sem ter o ónus de provar por que razão o agente surge nessa posição. Os artigos 248.º e ss. do Código Comercial resolvem o problema da protecção do comércio, e dos terceiros, face à actuação de prepostos, através da imposição de um *status*: cria um regime jurídico de protecção dos terceiros face à actuação de prepostos, que é aplicável quando o terceiro não sabe qual é a relação subjacente, ou não conhece as instruções ou ordens emitidas no âmbito dessa relação¹⁶¹.

¹⁵⁹ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, págs. 371 e ss.

¹⁶⁰ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 375.

¹⁶¹ Segundo PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 376, no que respeita à relação externa, o regime da preposição tem precedência lógica sobre o regime do contrato de agência. O artigo 249.º do Código Comercial regula os casos em que é possível opor a terceiros a relação subjacente à preposição. Assim, num caso concreto, estando-se perante a actuação de uma pessoa, que está pública e estavelmente à frente da actividade

Conclusão

O estudo que levámos a cabo foi motivado pela notícia da existência e sancionamento de práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações em Portugal. O regime das práticas comerciais desleais que se encontra no Decreto-Lei n.º 57/2008 – e que resulta da transposição de uma Directiva-quadro, de harmonização total, a Directiva 2005/29/CE – foi mais longe do que o Direito Europeu no que à protecção do consumidor individual diz respeito. Na verdade, a Directiva, enquanto directiva de mercado, apresentou-se como um regime uniformizador necessário à remoção de obstáculos ao movimento transfronteiriço dos bens e serviços, *id est*, ao funcionamento do mercado interno, de modo a possibilitar aos consumidores a procura de negócios interessantes e produtos e serviços inovadores, procura essa que aumentaria a pressão concorrencial dentro do mercado interno, permitindo uma oferta de bens e serviços mais

de angariação de contratos (artigo 248.º do Código Comercial), antes mesmo de se aferir se a relação subjacente é, ou não, um contrato de agência, é necessário aferir se é possível invocar a relação subjacente (artigo 249.º do Código Comercial). Por esta razão, o primeiro passo consiste na qualificação da situação como de preposição, ou seja, na aplicação do artigo 248.º do Código Comercial; o segundo passo consiste na aplicação do artigo 249.º, do Código Comercial, de modo a determinar se a relação subjacente é, ou não, oponível ao terceiro; só após estes dois passos, e caso o artigo 249.º do Código Comercial permita opor ao terceiro a relação subjacente ou instruções emitidas no seu âmbito, será possível aplicar o regime jurídico subjacente, por exemplo, o contrato de agência. O regime dos arts. 21.º a 23.º do regime do contrato de agência apenas é aplicável nos casos em que o artigo 249.º do Código Comercial permite a sua oponibilidade ao terceiro. Assim, o regime dos artigos 21.º a 23.º apenas é oponível a terceiros nos casos em que a agência esteja registada, ou em que o terceiro tivesse conhecimento efectivo dos concretos poderes de representação do agente à data do contrato. Nestes casos, em que o terceiro sabe que o agente é agente, e sabe quais são os concretos poderes de representação de que beneficia, não é aplicável o regime dos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial. O mesmo sucede se a agência, e os respectivos poderes de representação, estiverem inscritos em registo comercial. Nestes casos, a protecção do terceiro, perante a atuação de um preposto, perde a sua justificação típica, valendo então o regime da agência.

Mantém-se, no entanto, a utilidade da protecção por via do artigo 23.º do regime do contrato de agência, mas apenas em casos muito especiais. Casos nos quais, apesar de o terceiro saber (ou estar registado) que o agente não tem poderes de representação, ainda assim se pode considerar que existem “razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro. Como tal, em regra, os artigos 21.º a 23.º apenas se aplicam nos casos em que a agência esteja inscrita em registo comercial, ou em que o terceiro tenha conhecimento efectivo de quais os poderes de representação do agente (e das instruções ou ordens), à data da celebração do contrato. Nos demais casos, aplica-se o regime da preposição, dos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial.



eficaz e a preços competitivos. Assim, o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva coerentemente determinou que não se visava “*prejudicar o direito contratual e, em particular, as normas relativas à validade, à formação ou aos efeitos de um contrato*”. O legislador português, todavia, não só conferiu ao consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida o direito a ser indemnizado, nos termos gerais, como regulou expressamente, no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, que os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil. Fê-lo, entendemos, numa adequada concretização do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Direito à ação e a um tribunal imparcial) e do artigo 19(1) 2 do Tratado da União Europeia. O consumidor tem legitimidade para requerer a anulação do contrato, tendo para o efeito o prazo de um ano a contar da cessação do vício (artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil). No caso de o contrato ainda não ter sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção (artigo 287.º, n.º 2). Em vez da anulação, pode o consumidor requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 57/2008, que terá aplicação especial quando a prática comercial leve o consumidor a contratar em termos diversos daqueles em que contrataria sem o efeito da prática comercial desleal. O artigo 14.º, n.º 3, determina ainda que, se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato, pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido.

A protecção do consumidor, individualmente considerado, tal como decorre do regime português das práticas comerciais desleais, é fundamental para destruir o desequilíbrio criado pela prática comercial e que se traduziu na distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. A anulação do contrato vai permitir ao consumidor desvincular-se de um compromisso que não quereria se não fosse a deslealdade do profissional e, nessa medida, é inegavelmente um instrumento de boa política legislativa. A invalidação do contrato e a desvinculação negocial do consumidor ao compromisso indesejado,

ou em termos indesejados, é a solução comum no âmbito da protecção do consumidor, como demonstrámos, a título meramente exemplificativo, no regime das cláusulas contratuais gerais, na contratação à distância ou fora do estabelecimento comercial¹⁶². Note-se, todavia, que a protecção concedida é meramente *negativa*, desonerando o consumidor dos deveres contratuais assumidos. Não lhe permite, todavia, exigir o cumprimento daquilo que foi efectivamente oferecido.

Partindo da convicção de que a protecção efectiva do consumidor requer mais do que uma protecção meramente negativa, exigindo antes uma *protecção positiva*, que se traduza na vinculação da entidade que criou no consumidor a confiança e a expectativa razoável de uma determinada posição contratual, procurámos indagar se existe essa resposta no nosso ordenamento jurídico.

A protecção positiva do consumidor encontrámo-la, então, no direito comercial, através do regime previsto no Código Comercial de 1888 para o preposto, ou, nos casos em que estejamos perante um contrato de agência e verificados determinados condicionalismos, do artigo 23.º do regime do contrato de agência.

O comércio em larga escala exige que o comerciante recorra a outras pessoas para o exercício da sua actividade, que passam a *integrar a própria estrutura comercial* e são percebidos pelo público em geral como sendo o próprio comerciante. São preposições todos os negócios nos quais uma pessoa coloca outra pessoa publicamente à frente de um seu comércio, negócio, actividade ou assunto, de modo estável, para tratar dele por sua conta. De acordo com a definição de Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, que estudou *ex professo* a figura, a preposição é o negócio jurídico, tipicamente tácito, através do qual uma pessoa coloca outra pessoa publicamente à frente de um seu comércio, negócio, actividade ou assunto, de modo estável, para tratar dele por sua conta. A colocação de uma pessoa como proposto desencadeia um regime legal que opera automaticamente nestes casos, e que encontramos nos artigos 248.º e ss do Código Comercial.

¹⁶² Outros poderia ser indicados, como, por exemplo, o artigo 13.º do Decreto-lei n.º 133/2009, sobre os contratos de crédito aos consumidores.



Os regimes de preposição têm como fim proteger terceiros, daí a vinculação do comerciante pelos actos do seu preposto. Pedro Leitão Pais de Vasconcelos chama a este sistema de heterovinculação representativa de *representação institória*. O principal critério de imputação na representação institória é a actuação por conta alheia (sendo que a actuação em nome alheio presume essa actuação por conta alheia), aquela em que o preposto está à frente de um comércio, de uma empresa, cujos benefícios não lhe sejam destinados em exclusivo. No *status* de preposto, em regra, o âmbito dos poderes da preposição é determinado pela publicidade da actividade estável desenvolvida. Dito de outro modo, e com o mesmo autor, *o preposto tem poderes para aquilo que publicamente faz de modo estável*.

É frequente que um comerciante (individual ou colectivo) coloque uma sociedade comercial à frente do seu comércio, de modo estável e público. Assim sucede, como clarifica Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, nos casos de comerciantes (individuais ou colectivos) que recorrem a sociedades comerciais que operam *call centres*. Nestes casos, a sociedade comercial que explora o *call center* é um preposto da sociedade sua cliente.

A sociedade de *call center*, isto é, de prestação de serviços através de centros telefónicos de relacionamento, por sua vez, exerce a sua actividade através dos seus funcionários, que são prepostos daquela sociedade e, eventualmente, de outras sociedades. Outra das consequências da técnica usada no regime legal da preposição, apontada pelo autor, todavia, é a irrelevância da figura do sub-preposto. Quando um preposto institui outro preposto para o mesmo comerciante, a relação de preposição ocorre directamente entre o comerciante e o novo preposto, como consequência do regime legal da preposição. Se uma empresa de telecomunicações contratar uma empresa de *call center* para proceder à negociação e celebração de contratos, colocando esta empresa pública e estavelmente à frente da actividade de contratação da empresa de telecomunicações, estes serão prepostos da empresa de telecomunicações. Assim, quando agem vinculam a empresa de telecomunicações e não a empresa de *call center*¹⁶³. Na relação externa de preposição, regulada pelos

¹⁶³ Cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição, cit.*, pág. 261 e págs. 567-569.

arts. 248.º e seguintes do Código Comercial, a relação é sempre directa entre o preposto e o preponente, mesmo que o preposto não tenha sido instituído directamente pelo preponente. O que releva não é o modo de instituição, mas sim que a instituição se tenha verificado, e que o preposto surja pública e estavelmente à frente do comércio em causa¹⁶⁴. Assim, como aconteceu nas decisões arbitrais citadas, em que o dono do negócio invoca que “*desconhece, sem obrigação de conhecer, as conversações mantidas entre a Requerente e o agente que promoveu a celebração do contrato de prestação de serviços em causa nos autos*”, não resulta afastada a imputação heterovinculativa ao dono do negócio perante os terceiros que com ele negociaram e concluíram contratos (por exemplo, se foram oferecidos determinados serviços, se foi proposto um determinado preço, ou se foi feita uma determinada promoção comercial, que o consumidor aceitou). Nos casos que acima analisámos, a empresa de telecomunicações sempre estaria vinculada – provando-se que agiu um preposto, ou seja, determinada pessoa que desenvolvia pública e estavelmente uma determinada actividade comercial – aos negócios celebrados no âmbito dessa actividade. E assim, através da tutela da aparência no Direito Comercial, se protege *efectiva e positivamente* o consumidor.

A relação entre o *dominus negotii* e o preposto pode ainda ter por base um *contrato de agência*. O artigo 23.º, do Decreto-Lei n.º 178/86, com a epígrafe “representação aparente”, estabeleceu que: “1 - O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro (...).”

Como ensina ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁶⁵, o legislador “estabeleceu uma cláusula geral que, em termos prudentes, visa tutelar a boa fé de terceiros, desde que a confiança do cliente na representatividade do agente (...) se funde em razões objectivas e ponderosas, associadas ao próprio comportamento (por acção ou omissão) do principal”. Verificados os pressupostos de que depende a relevância jurídica da

¹⁶⁴ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, cit., pág. 262.

¹⁶⁵ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., págs. 115 e ss.



representação aparente, também aqui o negócio se torna eficaz e produz os seus efeitos.

Cabe terminar lembrando que o Tribunal de Justiça, no Acórdão C-391/12, de 17 de Outubro de 2013, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contra Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, já disse expressamente que o conceito de “profissional” que consta do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2005/29/CE, permite que esta se possa aplicar “*a uma situação em que as práticas comerciais de um operador são executadas por outra empresa, que age em nome e/ou por conta desse operador, pelo que as disposições da diretiva podem, em determinadas situações, ser oponíveis quer ao referido operador quer a essa empresa, quando estes dois se insiram na definição de profissional*”.

**PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS
COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA**

Karenina Tito
Doutoranda da FDUC

PRÁTICA COMERCIAL ENGANOSA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2016 no processo C-667/15

“A Loterie Nationale é uma sociedade anónima de direito público, com sede social na Bélgica, onde está encarregada da organização das lotarias públicas. Com o recurso interposto no rechtbank van koophandel te Antwerpen, afdeling Antwerpen (Tribunal de Comércio de Antuérpia, Secção de Antuérpia, Bélgica), esta sociedade pretendia, designadamente, obter a declaração de que o sistema Lucky 4 All constitui um sistema de promoção em pirâmide proibido ou, pelo menos, uma prática comercial enganosa.”

“O órgão jurisdicional de reenvio salienta, a este propósito, que o sistema Lucky 4 All permite constituir grupos de pessoas que pretendem participar nos sorteios do Lotto propostos pela Loterie Nationale. A ideia de base subjacente a esse sistema consiste em os jogadores aumentarem mutuamente as suas possibilidades de ganho se jogarem em conjunto. Um grupo completo de jogadores, conforme previsto pelo referido sistema, constitui uma pirâmide de oito níveis e permite jogar, de uma vez, 9 841 combinações.”

“Quando se inscreve, cada novo participante no sistema Lucky 4 All efetua um primeiro pagamento de 10 euros para receber um «pacote de entrada», e depois uma contribuição mensal de cerca de 43 euros. Este último montante permite a aquisição dos boletins de Lotto. Após o pagamento da sua contribuição mensal, um jogador pode preencher online um formulário que

lhe permite escolher dez combinações de Lotto por semana. Posteriormente, um representante do referido sistema entrega os boletins de Lotto de todos os participantes num ponto de venda. Em caso de prémio, os montantes são distribuídos segundo uma fórmula predeterminada. Mais exatamente, quem acertar numa combinação, recebe 50% do montante total do prémio, e 40% são atribuídos aos oito níveis acima desta combinação, sabendo-se que o próprio sistema Lucky 4 All ocupa os quatro primeiros níveis de cada grupo, sendo os primeiros jogadores admitidos apenas a partir do nível 5. Os restantes 10% são reinvestidos na compra de novas combinações. Por último, os prémios de montante superior a um milhão de euros não são distribuídos pelos jogadores, limitando-se assim os seus eventuais ganhos.”

“O anexo I, ponto 14, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretado no sentido de que esta

disposição permite qualificar uma prática comercial de «sistema de promoção em pirâmide», mesmo na hipótese de existir unicamente uma relação indireta entre as contribuições pagas por novos aderentes a esse sistema e as contrapartidas recebidas pelos participantes ativos.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 16 de abril de 2015
no processo C-388/13**

“Resulta da decisão de reenvio que, durante o mês de abril de 2010, um particular, L. Szabó, que era assinante de longa data da UPC, uma empresa prestadora de serviços de televisão por cabo, e que pretendia resolver o contrato que o vinculava à referida sociedade, pediu a esta última que lhe indicasse o período

exato a que dizia respeito a fatura anual emitida em 2010, uma vez que essa fatura não continha nenhuma referência a esse período.”

“A UPC respondeu ao interessado que a última fatura anual se referia ao «período compreendido entre 11 de janeiro de 2010 e 10 de fevereiro de 2011 inclusive».”

“L. Szabó, que queria fazer coincidir a rescisão do contrato que havia celebrado com a UPC com o último dia da prestação de serviços já paga, pediu a resolução do contrato com efeitos a partir de 10 de fevereiro de 2011. A prestação de serviços só terminou em 14 de fevereiro de 2011 e, em 12 de março de 2011, o interessado recebeu um documento da UPC exigindo-lhe o pagamento do montante de 5 243 forints húngaros (HUF) a título de juros de mora vencidos até 14 de fevereiro de 2011.”

“L. Szabó apresentou uma reclamação no Budapest Főváros Kormányhivatala Fogyasztóvédelmi Felügyelőségénél (Inspeção da defesa do consumidor, que faz parte dos serviços governamentais desconcentrados de Budapeste), alegando que tinha recebido uma informação errada, em consequência da qual devia pagar um montante de 5 243 HUF, uma vez que era devedor de custos de assinatura junto de duas operadoras diferentes para o mesmo período, quando a própria prestação de serviços em causa era de natureza tal que não podia ser obtida junto de dois prestadores em simultâneo.”

“A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que a comunicação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errada, como a que está em causa no processo principal, deve ser qualificada de «prática comercial enganosa», na aceção desta diretiva, ainda que essa comunicação só diga respeito a um único consumidor.”

“A Diretiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial cumprir todos os critérios enunciados no artigo 6.º, n.º 1, desta diretiva para ser qualificada de prática enganosa relativamente ao consumidor, não é necessário verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional, na aceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da referida diretiva, para que possa ser validamente considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da mesma diretiva.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 03 de abril de 2014
no processo C-515/12**

“A recorrente no processo principal, 4finance, é uma sociedade que concede à distância empréstimos, a curto prazo, de montante reduzido. Por decisão de 28 de julho de 2011 do Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba, foi condenada no pagamento de uma coima no montante de 8 000 litas lituanas (LTL) por ter violado o artigo 7.º, n.º 22, da Lei relativa às práticas comerciais desleais. Resulta dessa decisão que a 4finance realizou, entre 26 de outubro de 2010 e 15 de fevereiro de 2011, uma campanha publicitária através da qual implementou «um sistema em pirâmide de distribuição de bens que oferecem aos consumidores a possibilidade de receber uma contrapartida essencialmente por terem angariado outros consumidores, e não pela venda ou pelo consumo de produtos.»”

“Quanto aos factos imputados à 4finance, o órgão jurisdicional de reenvio expõe que essa sociedade oferecia a qualquer novo cliente um prémio de 20 LTL pela inscrição de cada novo cliente que angariasse. Para se tornar cliente da 4finance, o novo cliente era obrigado, no momento do registo no sítio Internet desta última, a pagar despesas de registo no montante de 0,01 LTL.”

“O anexo I, n.º 14, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores

no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho e as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretado no sentido de que um sistema de promoção em pirâmide só constitui uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias se esse sistema exigir do consumidor uma contribuição financeira, independentemente do seu montante, em troca da possibilidade de este último receber uma contrapartida proveniente essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema, e não da venda ou do consumo de produtos.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 19 de dezembro de 2013
no processo C-281/12**

“A Trento Sviluppo gere vários grandes supermercados na província de Trentino (Itália). Estes supermercados estão ligados a um grupo de grande distribuição, a COOP Italia, do qual a Trento Sviluppo faz parte. A Centrale Adriatica presta serviços a sociedades do grupo COOP Italia, de que faz parte. Em março de 2008, a Centrale Adriatica lançou uma promoção especial em alguns pontos de venda da marca COOP Italia, no âmbito da qual alguns produtos eram oferecidos a preços vantajosos. A promoção durou de 25 de março a 9 de abril de 2008. O desdobrável publicitário indicava «descontos até 50% e muitas outras promoções especiais». Entre os produtos oferecidos a preço promocional neste desdobrável publicitário, figurava um computador portátil.”

“Em 10 de abril de 2008, um consumidor denunciou à AGCM o facto de este anúncio comercial ser, em sua opinião, inexato, uma vez que quando se deslocou ao supermercado de Trentino, durante o período de validade da promoção, o produto informático não se encontrava disponível.”

“O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto ao alcance do conceito de «prática comercial enganosa», na aceção

do artigo 6.o, n.o 1, da Diretiva 2005/29. Interroga-se, a este respeito, se para ser considerada enganosa, a prática comercial em causa deve preencher o requisito que figura na última parte da frase introdutória deste artigo 6.o, n.o 1, segundo a qual esta prática comercial pode influenciar a decisão de transação do consumidor. Questiona-se sobre se este requisito acresce aos dois requisitos alternativos referidos na primeira parte desta frase introdutória, ou seja, que as informações sejam falsas ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor, ou se o referido requisito é constitutivo de outra hipótese de prática comercial enganosa.”

“Uma prática comercial deve ser considerada «enganosa», na aceção do artigo 6.o, n.o 1, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.o 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), quando essa prática, por um lado, contiver informações falsas ou for suscetível de induzir em erro o consumidor médio e, por outro lado, for suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. O artigo 2.o, alínea k), da mesma diretiva deve ser interpretado no sentido de que o conceito de «decisão de transação» abrange qualquer decisão diretamente relacionada com a decisão de adquirir ou não um produto.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 19 de setembro de 2013
no processo C-435/11**

“Resulta da decisão de reenvio que a CHS e a Team4 Travel são duas sociedades austríacas que exploram agências de viagens em Innsbruck (Áustria), que concorrem na organização e venda de cursos de esqui e férias de inverno na Áustria para grupos de crianças em idade escolar do Reino Unido.”

“Na sua brochura publicitária em língua inglesa relativa à época de inverno de 2012, a Team4 Travel, demandada no órgão jurisdicional de reenvio, qualificou alguns estabelecimentos hoteleiros de «exclusivos», termo que significa que os hotéis em questão tinham uma relação contratual exclusiva com a Team4 Travel e não podiam, nas datas indicadas, ser disponibilizados por outro operador turístico. Esta menção relativa à reserva exclusiva de um determinado número de camas por parte da Team4 Travel constava também da sua lista de preços.”

“A Team4 Travel celebrou com vários estabelecimentos hoteleiros contratos tendo por objeto um determinado número de camas para períodos específicos de 2012. Quando da celebração desses contratos, a diretora da Team4 Travel obteve desses estabelecimentos a garantia de que não tinha sido feita nenhuma reserva por parte de outros operadores turísticos. Além disso, teve em atenção que, por falta de capacidade dos estabelecimentos hoteleiros, esses hotéis não poderiam acolher outros grupos de viagem organizada durante os períodos em questão. Os referidos contratos incluíam uma cláusula segundo a qual o número de quartos atribuído seria mantido incondicionalmente à disposição da Team4 Travel e esses estabelecimentos hoteleiros não poderiam proceder de outra forma sem autorização expressa por escrito desta. Além disso, para garantir a exclusividade, a Team4 Travel acordou com os estabelecimentos hoteleiros direitos de denúncia assim como uma cláusula penal.”

“Posteriormente, a CHS reservou também um certo número de camas nos mesmos estabelecimentos hoteleiros e para as mesmas datas que a Team4 Travel. Portanto, os hotéis em questão violaram os seus deveres contratuais para com a Team4 Travel.”

“No mês de setembro de 2010, a Team4 Travel, que desconhecia que a CHS tinha efetuado reservas concorrentes, divulgou as suas brochuras publicitárias e a lista de preços para o inverno de 2012.”

“A CHS considera que a declaração de exclusividade contida nestes documentos viola a proibição de práticas comerciais desleais.”

“A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais

desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma prática comercial preencher todos os critérios enunciados no artigo 6º, n.º 1, desta diretiva para ser qualificada de prática enganosa para o consumidor, não é necessário verificar se essa prática é igualmente contrária às exigências da diligência profissional na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea a), da mesma diretiva para que possa validamente ser considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, nº 1, da referida diretiva.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 15 de março de 2012
no processo C-453/10**

“O artigo 6º, nº1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso para uma das partes, neste caso o consumidor, da anulação do contrato em causa no seu todo. A referida diretiva não se opõe, contudo, a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, que um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas seja nulo no seu todo quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor.”

“Uma prática comercial, como a que está em causa no processo principal, que consiste em indicar num contrato de crédito uma taxa anual efetiva global inferior à realidade deve

ser qualificada de «enganosa», na aceção do artigo 6º, nº1, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), desde que induza ou seja suscetível de induzir o consumidor médio a tomar uma decisão comercial que de outro modo não tomaria. Cabe ao juiz nacional verificar se é esse o caso no processo principal. A constatação do caráter desleal dessa prática comercial constitui um elemento, entre outros, em que o juiz competente se pode basear, nos termos do artigo 4º, nº 1, da Diretiva 93/13, para apreciar o caráter abusivo das cláusulas do contrato relativas ao custo do empréstimo concedido ao consumidor. Contudo, essa constatação não tem incidência direta na apreciação, nos termos do artigo 6º, nº1, da Diretiva 93/13, da validade do contrato de crédito celebrado.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 04 de abril de 2000
no processo C-465/98**

“A Darbo fabrica na Áustria, onde se encontra estabelecida, um doce de morango que comercializa neste Estado-Membro e na Alemanha sob a marca «d’arbo naturrein» e sob a designação de «Garten Erdbeer» (morango de jardim).”

“O Verein requereu ao Landgericht Köln, que julgou o pedido improcedente, e, depois, em recurso, no órgão jurisdicional nacional, a cessação da utilização da menção «naturrein» para o doce d’arbo, com o fundamento de que esta seria contrária ao § 17, nº 1, pontos 4 e 5, da LMBG por três razões. Em primeiro lugar, o gelificante pectina seria um aditivo, na aceção do ponto 4, que o consumidor não esperaria encontrar no referido doce devido à indicação «naturrein»; em segundo, esta última menção seria susceptível de induzir o consumidor

em erro na medida em que o ar bem como os terrenos donde provêm os frutos que compõem o doce estariam contaminados pela poluição; por último, tendo em conta a presença de resíduos de chumbo, cádmio e pesticidas neste, este género não pode ser qualificado de «puramente natural».”

“No órgão jurisdicional de reenvio, a Darbo contestou o carácter enganoso da menção «naturrein», uma vez que o consumidor esperaria encontrar, tendo em conta a poluição dos terrenos e do ar, a presença de substâncias tóxicas nos alimentos e saberia que é impossível fazer doce sem gelificante, sendo, aliás, a pectina um gelificante bem conhecido. Por outro lado, a recorrida no processo principal alega que deveria poder comercializar o seu doce na Alemanha ao abrigo do § 47 a, n.º 1, da LMGB e dos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE), uma vez que este género é legalmente fabricado na Áustria sob a marca «d’arbo naturrein».”

“O artigo 2.º, n.º 1, alínea a), i), da Directiva 79/112/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1978, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor final, não se opõe ao emprego da menção «puramente natural» para designar um doce de morango que contém gelificante pectina bem como vestígios ou resíduos de chumbo, de cádmio e de pesticidas com os seguintes teores: 0,01 mg/kg de chumbo, 0,008 mg/kg de cádmio, 0,016 mg/kg de procimideno e 0,005 mg/kg de vinclozolina.”

PUBLICIDADE ENGANOSA E COMPARATIVA

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
De 05 de Dezembro de 2016
Processo n.º 4594-05-6TVLSB.L1-6**

“A Autora alegou, em suma e para o efeito, dedicar-se ao fornecimento e distribuição de gás canalizado, natural e propano e que os Réus iniciaram uma campanha contra o consumo de gás natural mediante o recurso a práticas reprováveis e que afectam a imagem da Autora e do produto por esta fornecido; que do exposto são exemplos os documentos referidos, por conterem afirmações não verdadeiras quanto as características e preço do gás natural e que afectam o bom nome e imagem da demandante...”

“Essa “campanha” traduziu-se na emissão de um “comunicado” contrariando a afirmação de o gás natural ser mais seguro e ecológico do que o propano (ou butano) e dizendo que está em causa uma publicidade (do gás natural) que “resvala para a violação da verdade” e que “contém aspectos tendenciosos e não suportados objectivamente”. Emitiu, ainda um “folheto” enunciando as características, e vantagens, do consumo do gás propano.

No jornal “Nova Guarda”, de 31 de Outubro de 2001, foi publicado um texto, no mesmo sentido, com o título “Alerta aos consumidores de gás”, chamando a atenção para as diferenças entre o gás natural e o gás propano e para as vantagens deste.

Foram acima elencados os factos provados para comparação dos dois tipos de gás, a maioria dos quais suportados por prova pericial.”

“A publicidade comparativa é lícita, entre outras situações, se não for enganosa (na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º da Directiva sobre publicidade enganosa e comparativa ou dos artigos 6.º e 7.º da Directiva sobre práticas comerciais desleais); compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos

objectivos; compare objectivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; não desacredite ou denigra marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente.”

“Não se provou que se esteja perante uma publicidade comparativa ilícita, por enganosa e com o propósito de denegrir ou desacreditar o gás distribuído e comercializado pela Autora e que a mesma promoção fosse desonesta.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 8 de Abril de 2003
no processo C-44/01**

“No início do mês de Setembro de 1997, a Hartlauer colocou em distribuição em toda a Áustria um desdobrável publicitário no qual afirmava que 52 comparações de preços de óculos efectuadas ao longo de seis anos tinham revelado uma diferença de preço total de 204 777 ATS, ou seja, 3 900 ATS em média por cada par de óculos, entre os preços praticados por si e os cobrados pelos oculistas tradicionais. O desdobrável afirmava, nomeadamente, que, relativamente a uma lente clara da marca Zeiss, os oculistas obtinham uma margem de lucro de 717%. O desdobrável publicitário continha igualmente uma comparação directa entre o preço de 5 785 ATS pedido pela Pippig por óculos Titanflex Eschenbach com lentes da marca Zeiss e o preço de 2 000 ATS proposto pela Hartlauer para óculos do mesmo modelo, mas com lentes da marca Optimed.”

“O artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na redacção dada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, opõe-se à aplicação à publicidade comparativa de disposições nacionais mais rigorosas em matéria de protecção contra a publicidade enganosa no que diz respeito à forma e ao conteúdo da comparação, não cabendo distinguir os diferentes elementos

da comparação, ou seja, as indicações relativas à oferta do anunciante, as indicações relativas à oferta do concorrente e a relação entre essas ofertas.”

“O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450, alterada, deve ser interpretado no sentido de que, embora o anunciante, em princípio, seja livre de indicar ou não numa publicidade comparativa a marca dos produtos concorrentes, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se, em circunstâncias determinadas, caracterizadas pela importância da marca na escolha do comprador e pela diferença importante, em termos de renome, entre as marcas dos produtos comparados, a omissão da marca mais conhecida é susceptível de se revelar enganosa.”

“Uma comparação de preços não desacredita um concorrente, na aceção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efectuadas. O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, não se opõe a que uma publicidade comparativa reproduza, para além do nome do concorrente, a sua sigla e uma imagem da fachada do seu estabelecimento, se essa publicidade respeitar as condições de licitude definidas pelo direito comunitário.”

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 1998 no processo C-210/96

“A Gut Springenheide comercializa ovos previamente embalados sob a designação «6-Korn — 10 frische Eier» (10 ovos frescos — 6 cereais). Segundo esta sociedade, as seis espécies de cereais em questão entram na composição da alimentação das galinhas na percentagem de 60%. Uma nota informativa, incluída em cada caixa de ovos, exalta as qualidades dos ovos produzidos com essa alimentação”.

“Para determinar se uma indicação destinada a promover as vendas de ovos pode induzir o comprador em erro, violando o

artigo 10.º, n.º 2, alínea e), do Regulamento (CEE) n.º 1907/90 do Conselho, de 26 de Junho de 1990, relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, o órgão jurisdicional nacional deve ter como referência a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, relativamente a esta indicação. Todavia, o direito comunitário não obsta a que, se tiver especiais dificuldades para avaliar o carácter enganoso da indicação em questão, o referido órgão jurisdicional possa recorrer, nas condições previstas pelo seu direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecer a sua apreciação.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 16 de Janeiro de 1992
no processo C-373/90**

“Esta questão foi suscitada no âmbito de uma queixa contra X apresentada por Jean-Pierre Richard, presidente do conselho de administração da sociedade anónima Richard-Nissan, que se constituiu parte civil, o qual é beneficiário de um contrato de importação exclusiva no território francês dos veículos da marca Nissan.”

“A referida queixa, fundada no artigo 44.º da Lei francesa n.º 73-1193, de 27 de Dezembro de 1973, relativa à orientação do comércio e do artesanato, denominada lei «Royer», tem por objecto actos de publicidade enganosa e ilegal. A referida queixa põe em causa uma garagem de Bergerac, que publicou na imprensa anúncios publicitários com a menção «compre o seu veículo novo mais barato», seguida da referência «garantia um ano construtor». Resulta, além disso, da carta de reenvio que esta publicidade se refere a veículos importados da Bélgica e matriculados para efeitos de importação, que jamais circularam, sendo vendidos em França a preços inferiores aos praticados pelos concessionários locais, em virtude do menor número de acessórios que equipa os modelos de base belgas relativamente aos modelos de base vendidos em França.”

“ A Directiva 84/450/CEE 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, deve ser interpretada no sentido de que a mesma não obsta a que a publicidade apresente veículos como sendo novos, mais baratos e beneficiando da garantia do construtor, quando estes veículos são matriculados apenas por exigências de importação, nunca circularam e são vendidos num Estado-membro a um preço inferior ao praticado pelos concessionários estabelecidos no referido Estado-membro, em virtude de o número de acessórios com que estão equipados ser menor.”

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
de 27 de Março de 1990
Processo n.º 0003565**

“A sentença que deu como provada, na sua essência, os factos assentes na decisão administrativa não está ferida de nulidade. Tendo sido cedido à RTP o direito de exploração comercial do uso de uma criação intelectual do domínio artístico, que neste domínio adquiriu, pela sua originalidade, autonomia (como aconteceu com o boneco “vitinho”), quando aquela empresa o explora, divulgando a sua imagem, junto ao público, não necessita de identificar tal actualidade como publicitária, por isso que se não trata de publicidade. A divulgação daquele “boneco” contribui para o prestígio da empresa que registou em seu nome o direito de autor sobre aquela criação artística, mas não, por indeterminação e falta de conteúdo teleológico, para a publicidade de qualquer bem ou serviço.”

OMISSÕES ENGANOSAS

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2016 no processo C-611/14

“A Canal Digital é uma empresa estabelecida na Dinamarca que fornece aos consumidores programas televisivos, nomeadamente sob a forma de pacotes de canais de televisão.”

“Esta sociedade foi acusada perante o Retten i Glostrup (Tribunal de Glostrup, Dinamarca) de ter violado, em seis ocasiões, no âmbito de uma campanha publicitária relativa à subscrição de canais de TV, realizada no outono de 2009, nomeadamente, o artigo 3.º, primeiro parágrafo, da lei relativa às práticas comerciais.”

“Segundo aquele órgão jurisdicional, essa campanha consistia em dois anúncios publicitários difundidos na televisão e na Internet, bem como em três faixas publicitárias difundidas na Internet, nomeadamente na página do sítio Internet da Canal Digital.”

“O preço da referida subscrição era composto, por um lado, por um preço mensal de 99 coroas dinamarquesas (DKK) (cerca de 13,30 euros) ou de 149 DKK (cerca de 20 euros) e, por outro, por um preço de 389 DKK (cerca de 52,30 euros) relativo a um «serviço de cartão».”

“Os seis casos acima mencionados deram origem à instauração de processos contra a Canal Digital no órgão jurisdicional de reenvio, por violação do artigo 3.º, primeiro parágrafo, da lei relativa às práticas comerciais, com o fundamento de que esta não tinha prestado aos consumidores informações suficientemente precisas quanto ao facto de que acrescia aos preços mensais de 99 DKK ou de 149 DKK uma subscrição de um «serviço de cartão» semestral no montante de 389 DKK.”

“O artigo 7.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva sobre as práticas comerciais desleais»), deve ser interpretado no sentido de que, para apreciar se uma prática comercial deve ser considerada uma omissão enganosa, há que ter em conta o contexto em que essa prática se insere, nomeadamente as limitações próprias do meio de comunicação utilizado para efeitos da referida prática comercial, as limitações de espaço ou de tempo que esse meio de comunicação impõe, bem como quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informações aos consumidores por outros meios, mesmo que esta exigência não resulte expressamente do texto da legislação nacional em causa.”

“O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que deve ser considerada enganosa uma prática comercial que consiste em fracionar o preço de um produto em vários elementos e destacar um deles, quando essa prática seja suscetível, por um lado, de causar no consumidor médio a impressão errada de que lhe é proposto um preço vantajoso e, por outro, de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do processo principal. Todavia, os constrangimentos de tempo a que podem estar sujeitos certos meios de comunicação, como os anúncios publicitários televisivos, não podem ser tomados em consideração para a apreciação do caráter enganoso de uma prática comercial, à luz do artigo 6.º, n.º 1, desta diretiva.”

“O artigo 7.º da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que, quando um profissional tenha optado por fixar o preço de uma subscrição de tal forma que o consumidor deve pagar simultaneamente um preço mensal e um preço semestral, esta prática deve ser considerada uma omissão enganosa se, na comercialização, se der especial destaque ao preço

mensal, ao passo que o preço semestral é omitido por completo ou exposto de forma menos visível, na medida em que essa omissão conduza o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, tendo em conta as limitações próprias do meio de comunicação utilizado, a natureza e as características do produto, bem como as outras medidas tomadas efetivamente pelo profissional para disponibilizar ao consumidor as informações substanciais relativas ao produto.

“O artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que contém uma enumeração exaustiva das informações substanciais que devem figurar num convite a contratar. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se o profissional em causa cumpriu o seu dever de informação tendo em conta a natureza e as características do produto, mas também o meio de comunicação utilizado para o convite a contratar e as informações complementares eventualmente prestadas pelo referido profissional. O facto de, num convite a contratar, um profissional prestar todas as informações enumeradas no artigo 7.º, n.º 4, desta diretiva não exclui que esse convite possa ser considerado uma prática comercial enganosa, na aceção dos artigos 6.º, n.º 1, ou 7.º, n.º 2, da referida diretiva.”

**Acórdão do Tribunal da Relação de Évora
de 29 de Março de 2016
Processo n.º 2404/14.2TBPTM.E1**

“À sociedade arguida foi imputada a prática de uma contraordenação p. e p. pelos arts. 6º al. a), 9º/1 al. c) e 21º/1 do DL 5712008 de 26-03, alegadamente por abordar transeuntes na via pública, aliciando-os a deslocarem-se a um dos seus empreendimentos, sob pretexto de efectuarem apenas uma visita ao local e receberem uma oferta, omitindo as finalidades comerciais dessa visita, que incluía, afinal, uma apresentação, durante cerca de 2 horas dos produtos comercializados pela empresa.”

“Resulta assim demonstrado que, por detrás da entrega das raspadinhas e dos convites, aparentemente inofensivos do ponto de vista comercial (de mera divulgação do empreendimento)

estava, afinal, uma intenção comercial (de venda de produtos, nomeadamente direitos de habitação turística, comercializados pela Recorrente referentes aos empreendimentos do grupo), intenção essa que não resultava, nem do teor dos tais raspadinhas e convites, nem das informações prestadas pelos colaboradores da recorrente, nem sequer do contexto da distribuição daqueles.”

“A Recorrente, para além de outros produtos comerciais, tinha vários empreendimentos enquadráveis na al. b) do n.º 2 do art. 45º, vendendo produtos a eles associados, comercializados nas tais acções de promoção para as quais os potenciais clientes eram convidados. Porém, nem dos convites escritos, nem das informações orais, alguma vez era ou foi mencionado aos visados a finalidade do convite ou a natureza da visita.”

“Esta prática, importa concluir, constitui, pois, uma omissão enganosa e, como tal, desleal, e sendo desleal é proibida, que constitui uma contra-ordenação.”

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 2013 no processo C-391/12

“A Stuttgarter Wochenblatt publica um semanário com o mesmo nome, ao passo que a RLvS, com sede em Estugarda (Alemanha), é editora do jornal de pequenos anúncios GOOD NEWS. Na edição de junho de 2009, esta última publicou dois artigos em contrapartida de um patrocínio financeiro.”

“O primeiro destes dois artigos, publicado na rubrica «GOOD NEWS Prominent», ocupa três quartos da página e tem o título «VfB VIP-Geflüster» («Rumores sobre as personalidades ‘VIP’ presentes no VfB»). Este artigo, acompanhado de fotografias, constitui uma reportagem fotográfica sobre as personalidades presentes no último desafio da época jogado pelo VfB Stuttgart no âmbito do campeonato federal de futebol alemão. Entre o título do referido artigo, que também contém uma curta introdução, e o corpo deste, acompanhado por 19 fotografias, consta a indicação de que o artigo em causa foi financiado por terceiros. Com efeito, é possível ler a menção «Sponsored

by» («Patrocinado por») seguida do nome da empresa «Scharr», graficamente colocado em destaque. O último quarto da página, por baixo deste artigo, é ocupado por uma publicidade assinada pela menção «anúncio» («Anzeige»), que se encontra separada do referido artigo por um traço. Esta publicidade informa que os trabalhos de reconstrução do estádio Mercedes Benz Arena já se iniciaram e promove o produto «Scharr Bio Heizöl», comercializado pelo patrocinador do artigo em questão.”

“O segundo artigo, publicado noutra página do referido jornal na rubrica «GOOD NEWS Wunderschön», faz parte da série de artigos com o título «Wohin Stuttgarter verreisen» («Para onde viajam os habitantes de Estugarda») e intitula-se «Heute: Leipzig» («Hoje: Leipzig»).

Este artigo, que ocupa sete oitavos da página em questão, consiste numa breve apresentação da cidade de Leipzig. O título do referido artigo é também acompanhado da menção «Sponsored by» seguida do nome da empresa que o financiou, neste caso, a Germanwings, graficamente colocado em destaque. Além disso, uma publicidade à Germanwings, também separada do referido artigo por um traço e identificada pela menção «Anzeige», ocupa o canto inferior direito da página. Esta publicidade lança um concurso através do qual os participantes podem ganhar, nomeadamente, dois bilhetes de avião para Leipzig caso respondam corretamente a uma pergunta relacionada com a frequência das ligações aéreas operadas pelo patrocinador entre as cidades de Estugarda e de Leipzig.

“Stuttgarter Wochenblatt considera que as duas publicações em questão violam o § 10 da Lei de imprensa do Land, na medida em que a sua natureza publicitária não está claramente indicada. Considera que, atendendo a que estas publicações foram patrocinadas financeiramente, estão em causa publicações a título oneroso, na aceção do referido artigo.”

“Em circunstâncias como as do processo principal, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE)

n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), não pode ser invocada contra editores de periódicos, pelo que, nestas circunstâncias, esta diretiva deve ser interpretada no sentido de que não se opõe à aplicação de uma disposição nacional por força da qual estes editores são obrigados a apor uma menção específica, neste caso o termo «anúncio» («Anzeige»), em todas as publicações que surjam nos seus periódicos e pelas quais recebam uma retribuição, a menos que o posicionamento ou a configuração dessa publicação permitam, de forma geral, reconhecer a sua natureza publicitária.”

**Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra
de 25 de Novembro de 2013
Processo n.º 3283/03**

“Está em causa neste recurso, apenas, o não pagamento pelo R, do serviço telefónico de valor acrescentado (SVA).Por outro lado, não tendo a A. desenvolvido, como devia, diligências no sentido de que o assinante manifestasse a vontade sobre o acesso aos serviço em causa, a mesma omitiu o cumprimento de uma obrigação legal, donde resulta, a nosso ver, que o pedido de pagamento de tais serviços, redundando em abuso de direito por parte dela, na modalidade de venire contra factum proprium (art. 334º do C.Civil). Note-se que a A. apenas celebrou com o R. um contrato para utilização dos serviços telefónicos e uso da rede pública comutada e por isso, repete-se, aquela deveria desenvolver diligências no sentido de que o assinante manifestasse a vontade sobre o acesso aos serviço em causa, o que não fez, omitindo uma obrigação que a lei lhe impunha.”

“Não pode pois agir como se nada se tivesse passado, fazendo tábua rasa da sua omissão. Somos em crer que se tivesse cumprido aquela sua obrigação, o evento (utilização do SVA e o seu não pagamento) não teria ocorrido, dado o preço exorbitante dos serviços respectivos. Ora, quanto a este aspecto, provou-se que a A. omitiu o dever de esclarecer o R. dos valores elevadíssimos da utilização de tais serviços. Se este tivesse

conhecido esses excessivos preços, muito provavelmente não teria utilizado os serviços.”

“Não existindo uma base contratual para isso e não tendo cumprido a A. (PT Comunicações S.A) as ditas obrigações legais, não poderá exigir, do R., o pagamento das chamadas de valor acrescentado.”

PRÁTICAS COMERCIAIS AGRESSIVAS

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2012 no processo C-428/11

“O n.º 31, segundo travessão, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretado no sentido de que proíbe as práticas agressivas através das quais operadores comerciais, como os que estão em causa no processo principal, dão a impressão falsa de que o consumidor já ganhou um prémio, quando o ato para reclamar o prémio, quer se trate de um pedido de informação relativa à natureza do referido prémio ou da respetiva tomada de posse, está subordinado à obrigação de o consumidor desembolsar dinheiro ou incorrer num custo.”

“É irrelevante o facto de o custo imposto ao consumidor, como o custo de um selo de correio, ser insignificante comparativamente ao valor do prémio ou não se traduzir em qualquer benefício para o operador comercial.”

“É igualmente irrelevante que os atos para reclamar

um prémio possam ser realizados segundo vários métodos propostos ao consumidor pelo operador comercial, sendo, pelo menos, um deles gratuito, sempre que um ou vários dos métodos propostos impliquem que o consumidor incorra num custo para se informar sobre o prémio ou as modalidades de obtenção do mesmo.”

“Cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar as informações fornecidas aos consumidores à luz dos considerandos 18 e 19 da Diretiva 2005/29, bem como do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), desta diretiva, isto é, tendo em conta a clareza e a compreensibilidade dessas informações para o público visado pela prática seguida.”

OFERTAS CONJUNTAS AOS CONSUMIDORES

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2009 no processo C-261/07

“Resulta da decisão de reenvio que, desde 15 de Janeiro de 2007, a Total Belgium, uma filial do grupo Total que, nomeadamente, distribui combustível em estações de serviço, oferece aos consumidores detentores de um cartão Total Club três semanas gratuitas de assistência na reparação de avarias, por cada enchimento de pelo menos 25 litros por automóvel ou de pelo menos 10 litros por ciclomotor.”

“Em 5 de Fevereiro de 2007, a VTB, sociedade que exerce actividade no domínio da reparação de avarias, requereu ao Rechtbank van koophandel te Antwerpen que ordenasse à Total Belgium a cessação dessa prática comercial, na medida em que constituía, nomeadamente, uma oferta conjunta proibida pelo artigo 54.º da Lei de 1991.”

“A Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] («directiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos litígios dos processos principais, que, salvo certas excepções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 23 de Abril de 2009
no processo C-299/07**

“O litígio do processo principal opõe a Galatea, sociedade que explora uma loja de roupa interior em Schoten (Belgique), à Sanoma, filial do grupo finlandês Sanoma, editora de vários periódicos, entre os quais o semanário Flair.”

“O número do Flair de 13 de Março de 2007 era acompanhado de uma caderneta que conferia direito, entre 13 de Março e 15 de Maio de 2007, a um desconto de 15% a 25% sobre produtos vendidos em certas lojas de roupa interior situadas na Região da Flandres.”

“Em 22 de Março de 2007, a Galatea propôs no Rechtbank van koophandel te Antwerpen uma acção de cessação da prática em causa, alegando que a Sanoma tinha violado, nomeadamente, o artigo 54.º da Lei de 1991.”

“A Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] («directiva relativa às

práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos litígios dos processos principais, que, salvo certas exceções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor.”

**Acórdão do Tribunal de Justiça
de 07 de Setembro de 2016
no processo C-310/15**

“Decorre dos autos do processo principal que, em 27 de dezembro de 2008, V.Deroo-Blanquart adquiriu em França um computador portátil da marca Sony, modelo VAIO VGN-NR38E, equipado com programas pré-instalados como, por um lado, o sistema operativo Microsoft Windows Vista edição Home Premium e, por outro, várias aplicações informáticas.”

“Na primeira utilização do referido computador, V. Deroo-Blanquart recusou-se a subscrever o «Contrato de Licença de Utilizador Final» (CLUF) do sistema operativo exibido no ecrã do computador e, em 30 de dezembro de 2008, solicitou à Sony o reembolso da parte do preço de compra do computador correspondente ao custo dos programas pré-instalados.”

“Por carta de 8 de janeiro de 2009, a Sony recusou proceder ao reembolso, alegando que os computadores VAIO formam, juntamente com os programas pré-instalados, uma proposta única e indissociável. Após negociações, a Sony propôs a V. Deroo-Blanquart, em 15 de abril de 2009, a anulação da venda e o reembolso da totalidade do preço de compra, isto é, 549 euros, mediante devolução do material comprado.”

“V. Deroo-Blanquart não aceitou a referida proposta e, por ato de 17 de fevereiro de 2011, intentou uma ação contra a Sony no tribunal d’instance d’Asnières (Tribunal de Primeira Instância de Asnières, França), para pagamento da quantia de 450 euros a título de indemnização fixa pelos programas pré-instalados e da quantia de 2 500 euros pelo prejuízo sofrido devido a práticas comerciais desleais.”

“A prática comercial que consista na venda de um computador equipado com programas pré-instalados sem haver a possibilidade de o consumidor adquirir o mesmo modelo de computador não equipado com programas pré-instalados não constitui, enquanto tal, uma prática comercial desleal na aceção do artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), a não ser que essa prática seja contrária às exigências relativas à diligência profissional e distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio em relação a esse produto, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, tendo em conta as circunstâncias específicas do processo principal.”

“No âmbito de uma proposta conjunta que consista na venda de um computador equipado com programas pré-instalados, a falta de indicação do preço de cada um desses programas não constitui uma prática comercial enganosa na aceção do artigo 5.º, n.º 4, alínea a), e do artigo 7.º da Diretiva 2005/29.”

CONCURSOS E JOGOS PROMOCIONAIS

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 2010 no processo C-304/08

“Resulta da decisão de reenvio que a Plus lançou, entre 16 de Setembro e 13 de Novembro de 2004, a campanha promocional «Ihre Millionenchance» («A sua oportunidade de ganhar milhões»), no âmbito da qual o público era convidado a comprar produtos vendidos nas suas lojas, para acumular pontos. A acumulação de 20 pontos dava a possibilidade de participar gratuitamente na extracção de 6 de Novembro de 2004 ou na de 27 de Novembro de 2004 do Deutscher Lottoblock (associação nacional de 16 sociedades de lotaria).”

“Na sua decisão de reenvio, este tribunal exprime dúvidas quanto à compatibilidade das referidas disposições nacionais com a Directiva 2005/29, na medida em que as mesmas prevêem uma proibição geral dos concursos e dos jogos promocionais com obrigação de compra. Ora, essa prática não consta das enumeradas no anexo I desta directiva, as únicas que podem ser proibidas em quaisquer circunstâncias, independentemente de uma ameaça concreta para os interesses dos consumidores. Além disso, segundo o tribunal de reenvio, não está excluído que, ao actuar dessa forma, a UWG reconheça aos consumidores uma protecção mais ampla do que a pretendida pelo legislador comunitário, mesmo apesar de a referida directiva proceder a uma harmonização completa da matéria.”

“A Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais

desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] («directiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no litígio no processo principal, que prevê uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de sum serviço.”

ÍNDICE

BREVE APRESENTAÇÃO	7
--------------------------	---

António Pinto Monteiro

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES E INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO: ALGUNAS CUESTIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA	9
---	---

Maria Ángeles Egusquiza

PUBLICIDADE COMPARATIVA, EM ESPECIAL NA INTERNET.....	35
--	----

Alexandre L. Dias Pereira

VENDAS COM PREJUÍZO: PORQUÊ PROIBIR?	57
---	----

Carolina Cunha

O REGIME DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS (NO CONTEXTO MAIS AMPLO DO ORDENAMENTO JURÍDICO): O DIÁLOGO COM OS REGIMES ESPECÍFICOS DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES E COM O REGIME DOS VÍCIOS DA VONTADE	67
--	----

Mafalda Miranda Barbosa

A PROPÓSITO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS: CONTRIBUTO PARA UMA TUTELA POSITIVA DO CONSUMIDOR	107
---	-----

Sandra Passinhas

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS
COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA 213

Karenina Tito