

# Práticas Comerciais Desleais: a Falsa Alegação que o Bem ou Serviço é Capaz de Curar Doenças, Disfunções e Malformações

Ana Isabel Ferreira da Silva Soares

**Dissertação de Mestrado em Direito**

**Especialização em Ciências Jurídico -Empresariais**

Orientação: Prof. Doutora Fernanda Neves Rebelo

Maio, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Ana Isabel Ferreira da Silva Soares

**Práticas Comerciais Desleais: a Falsa Alegação que o Bem ou Serviço é Capaz de Curar Doenças, Disfunções e Malformações**

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a Orientação da Professora Doutora Fernanda Rebelo

Departamento de Direito

Maio, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

## **AGRADECIMENTOS**

A concretização deste momento especial da minha vida académica apenas seria possível com o auxílio incondicional de várias pessoas. A todas elas o meu agradecimento por me acompanharem nesta jornada.

Um agradecimento especial à minha Mãe, que me ensinou a nunca desistir. A ti António Pinto, que és amigo e conselheiro de todas as horas. A ti Rogério, meu companheiro, que sempre ficaste do meu lado.

Por fim, mas não menos importante, um agradecimento eterno por toda a disponibilidade, dedicação e orientação da minha ilustre orientadora da dissertação, a Professora Doutora, Fernanda Neves Rebelo. Estou certa de que sem a sua valiosa orientação não tinha conseguido concluir este trabalho

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a importância das práticas comerciais desleais, enquanto lesivas dos interesses económicos dos consumidores, em especial, a prática comercial enganosa que consiste na «alegação falsa que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações». Destacamos esta prática pela sua especial gravidade e na medida em que se torna essencial elucidar o consumidor do aliciamento indevido a que se sujeita neste tipo de alegações.

Assim, neste estudo é analisado o conceito de consumidor, bem como a necessidade de o proteger contra práticas comerciais desleais. Também é abordado o enquadramento jurídico das práticas comerciais desleais decorrentes da máxima harmonização da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, nomeadamente, o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

São estudados os critérios que circunscrevem uma prática comercial como desleal, a dicotomia entre práticas comerciais enganosas (ações, omissões) e agressivas, por um lado, e as enganosas e agressivas em qualquer circunstância, por outro lado. Este estudo incide ainda sobre alguns conceitos legais, particularmente vagos e imprecisos, que poderão levantar sérios problemas ao nível da sua interpretação e consequente aplicação jurídica pelo julgador.

Conclui-se que o regime jurídico das práticas comerciais desleais estabelece uma proteção do consumidor contra essas práticas das empresas, mas não uma proteção suficiente. Será de equacionar, por um lado, um regime sancionatório mais rígido aumentando o valor pecuniário das respetivas coimas e sanções acessórias, e, por outro lado, a previsão de um regime de invalidade contratual na modalidade da nulidade, possibilitando a arguição do vício pelo consumidor a todo o tempo.

No tocante à prática comercial desleal objeto principal deste estudo, concluímos que grande parte dos consumidores não possuem a informação e o conhecimento adequados para se precaverem contra a falsidade da prática e por isso ela tem resistido; recomendando-se, assim, a necessidade de o consumidor normalmente atento e advertido, antes da decisão de transação, filtrar estes produtos, ditos “milagrosos”, submetendo-os a uma rigorosa avaliação prévia.

**Palavras-Chave:** práticas comerciais desleais; falsa alegação de cura; consumidor médio; proteção do consumidor.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the importance of unfair commercial practices as detrimental to the economic interests of consumers, in particular the misleading commercial practice consisting of the 'false claim that the good or service is capable of curing diseases, malfunctions and malformations' . We emphasize this practice for its special gravity and to the extent that it becomes essential to elucidate the consumer of the improper solicitation to which it is subject in this type of allegations.

So, in this study we analyze the concept of consumer as well as the need to protect it against unfair commercial practices. We also approach the legal framework of unfair commercial practices arising from maximum harmonization of Directive 2005/29/EC of 11 May 2005, including Decree-Law 57/2008 of 26 March on unfair companies in consumer relations.

The criteria that circumscribe a commercial practice as disloyal is studied, the dichotomy between deceptive and abusive commercial practices (actions, omissions) and aggressive ones, on one side, and the deceptive and aggressive ones in any circumstance, on the other hand. This study also focuses on some legal concepts, particularly vague and imprecise, which may raise serious problems regarding their interpretation and consequent legal application by the judge. It is concluded that the legal regime of unfair commercial practices establishes a protection of the consumer against these practices of the companies, but not a enough protection. On one hand, it is necessary to consider a more rigid sanction regime by increasing the pecuniary value of the respective fines and accessory sanctions, and, on the other hand, the provision of a system of nullity of contractual invalidity, making it possible to argue consumer addiction everytime.

With regard to the unfair commercial practice, which is the main purpose of this study, we conclude that most consumers do not have adequate information and knowledge to guard against the falsity of the practice and therefore it has resisted; like this it recommends the need for the consumer normally attentive and warned, before the transaction decision, to filter these products, called "miraculous", by subjecting them to a rigorous prior evaluation.

**Keywords:** unfair commercial practices; false claim of healing; average consumer; protection to the consumer.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Als. - Alíneas

Art. - Artigo

B2B - Business-to-Business

B2C - Business-to-Consumer

CC - Código Civil Português

CCG - Cláusulas Contratuais Gerais

CDC - Centro Direito do Consumo

CE - Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CP - Código da Publicidade

CPI - Código da Propriedade Industrial

CRP - Constituição da República Portuguesa

DGAV - Direção-Geral de Alimentação e Veterinária

Diretiva - Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005

EDC - Estudos de Direito do Consumidor

EFSA - Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos

EIDC - Estudos do Instituto de Direito do Consumo

EM - Estados-membros

FDUC - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

LDC - Lei de Defesa do Consumidor

n.º - número

p. - página

PE - Parlamento Europeu

pp. - páginas

RPDC - Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março

STJ - Supremo Tribunal de Justiça Portuguesa

TCE – Tratado Comunidade Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia

TJUE - Tribunal Justiça da União Europeia

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

UE - União Europeia

V. - Volume

# Índice

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>Capítulo I – O consumidor</b> .....	13
1. A necessidade de proteção do consumidor.....	14
1.1. O princípio da proteção do consumidor .....	14
1.2. A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais .....	18
2. O conceito de consumidor no regime jurídico das práticas comerciais desleais.....	20
2.1. O elemento subjetivo do conceito de consumidor .....	22
2.2. O elemento objetivo do conceito de consumidor .....	23
2.3. O elemento teleológico do conceito de consumidor.....	23
2.4. O elemento relacional do conceito de consumidor.....	25
<b>Capítulo II – O regime jurídico das práticas comerciais desleais</b> .....	26
1. A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais .....	27
1.1. O desenvolvimento do mercado único na União Europeia <i>versus</i> o elevado nível de proteção dos consumidores.....	27
1.2. Os objetivos .....	29
1.3. A harmonização máxima .....	31
2. O DL n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais .....	33
2.1. A regulamentação das práticas comerciais desleais anterior ao DL n.º 57/2008, de 26 de março.....	33
2.2. Âmbito de aplicação .....	35
2.3. O princípio da deslealdade como fio condutor da estrutura do regime jurídico... ..	41
2.4. O conceito de prática comercial desleal.....	42
2.4.1. A distorção do comportamento económico do consumidor .....	42
2.4.2. A premissa da diligência profissional .....	47
2.4.3. A cláusula geral de deslealdade .....	54
2.5. Práticas comerciais desleais em especial destinadas a consumidores particularmente vulneráveis .....	62
2.5.1. O <i>dolus bonus</i> .....	64
2.6. As práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas .....	67
2.6.1. Práticas comerciais enganosas.....	68



2.6.2. Práticas comerciais agressivas .....	77
2.7. As práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas em qualquer circunstância .....	82
<b>Capítulo III – A falsa alegação que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações .....</b>	<b>83</b>
1. A venda de produtos que alegam falsamente que curam “doenças”, “disfunções” e “malformações” .....	84
1.1. A exploração da vertente emocional do consumidor com a falsa alegação que o produto cura doenças, disfunções e malformações .....	84
1.1.1. Doenças .....	86
1.1.2. Disfunções .....	87
1.1.3. Malformações .....	88
1.2. Os suplementos alimentares .....	89
1.3. Imagens ilustrativas de produtos com a virtualidade de curar doenças .....	96
1.4. As terapias alternativas .....	96
2. Os instrumentos legais de proteção dos consumidores no regime jurídico das práticas comerciais desleais .....	97
2.1. Introdução .....	97
2.2. Invalidade contratual, ação inibitória e códigos de conduta .....	98
2.2.1. Invalidade Contratual .....	98
2.2.2. Ação Inibitória .....	99
2.2.3. Códigos de conduta .....	100
3. O regime sancionatório .....	101
3.1. O regime sancionatório em geral .....	101
3.2. A fiscalização da prática comercial em especial que alega falsamente que determinado produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações .....	103
4. O “ônus da diligência” do consumidor perante alegações fraudulentas .....	105
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>108</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>112</b>
<b>Anexo .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

No universo da sociedade de consumo em que vivemos, a oferta de bens e serviços excede quase sempre a procura.

As empresas, face ao mercado da concorrência cada vez mais audaz, vêm-se na contingência de criar novos mecanismos de atratividade de clientela originando a criação de estratégias de *marketing* mais arriscadas.

Delimitar a fronteira entre um mero ato de sugestão comercial e uma atuação efetiva, que seja suscetível de manipular o consumidor e modelar a sua decisão de transacionar, é um dos principais desafios do Direito do Consumidor atual.

O tema que iremos analisar prende-se com as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço. São práticas que englobam um qualquer tipo de conduta de um profissional que distorça ou seja suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor, lesando de forma direta o interesse económico deste e de forma indireta os interesses económicos dos concorrentes.

Com a transposição da Diretiva de harmonização máxima 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, através do DL n.º 57/2008, de 26 de março, para o ordenamento jurídico português, procurou-se elevar o nível de proteção do consumidor no que concerne a práticas comerciais desleais das empresas.

A enumeração de um vastíssimo leque de práticas comerciais desleais impõe junto das empresas a consciencialização de pautar as suas condutas para com o consumidor segundo regras leais e de veracidade, assegurando dessa forma a confiança do consumidor no mercado. Considerado como a parte mais fragilizada, o consumidor na relação de consumo necessita, por conseguinte, de maior proteção.

Com a necessidade de incrementar o volume de vendas, atualmente, o profissional utiliza as mais diversificadas técnicas para convencer o consumidor a adquirir o produto.

Neste sentido, os principais mecanismos de reação contra ações ou omissões ilícitas são a educação e consciência do consumidor para não tomar decisões precipitadas na hora de contratar e, por outro lado, assegurar que as empresas apliquem na relação com o consumidor práticas comerciais conforme à boa conduta e honestidade comercial.

O objetivo geral da nossa investigação irá passar, em primeira linha, pela análise do regime jurídico que regula as práticas comerciais desleais e, em segunda linha, pela análise da ação considerada enganosa em qualquer circunstância, designada por “práticas comerciais que alegam falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”.

Os objetivos específicos da nossa pesquisa passarão pelo estudo do conceito de consumidor no regime jurídico das práticas comerciais desleais, pela análise do enquadramento jurídico das práticas comerciais desleais decorrentes de uma máxima harmonização da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, através do DL n.º 57/2008, de 26 de março, e pelo estudo de uma prática comercial, talvez pouco conhecida mas que prolifera nos dias de hoje, a que publicita bens ou serviços milagrosos, que têm a virtualidade de curar doenças, disfunções e malformações mas que, na realidade, não passam de produtos naturais, alternativos aos convencionais, sem comprovação científica, com o mero intuito de explorar o medo, a crença, a superstição ou a ignorância do consumidor.

Como metodologia de pesquisa, iremo-nos socorrer da análise minuciosa dos diplomas legais, nomeadamente, da Diretiva 2005/29/CE, do regime jurídico das práticas comerciais desleais, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que assumiu papel preponderante para a clarificação dos conceitos contidos quer na Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, quer no DL n.º 57/2008, de 26 de março, bem como, de monografias capazes de

elucidar acerca da prática comercial enganosa em qualquer circunstância que nos propusemos analisar.

Pretendemos, assim, contribuir para um estudo do diploma regulador das práticas comerciais desleais, enquanto instrumento essencial para a lealdade e segurança nas transações comerciais entre profissional/consumidor e profissional/profissional.

É nosso objetivo salientar os aspetos que o consumidor deverá ter em linha de conta perante práticas comerciais que sejam desleais, dos modos de reação contra situações de práticas comerciais enganosas e agressivas, assim como deverá se opor às alegações falsas “que o bem ou serviço cura doenças, disfunções e malformações”. E da necessidade de possuir um espírito cada vez mais crítico e desconfiado perante este tipo de vendas, que não sustentam comprovações científicas e que têm como único intento moldar e manipular a decisão de contratar do consumidor.

No primeiro capítulo, faremos uma breve abordagem da necessidade de proteger o consumidor contra as práticas comerciais desleais. Ainda neste capítulo, efetuaremos uma breve referência ao conceito de consumidor no DL n.º 57/2008, de 26 de março, fazendo uma análise a todos os elementos contidos na noção de consumidor que se tornam relevantes para a averiguação da qualidade de consumidor numa determinada relação comercial.

No segundo capítulo, explicaremos o enquadramento jurídico das práticas comerciais desleais decorrentes da máxima harmonização da Diretiva 2005/29/CE através do regime jurídico das práticas comerciais desleais. Na análise do conceito das práticas comerciais desleais teremos em atenção os critérios que circunscrevem a deslealdade de uma prática comercial, como também a dicotomia entre práticas comerciais enganosas, que se desdobram em ações enganosas e omissões enganosas, bem como, as práticas comerciais agressivas e as práticas comerciais enganosas e agressivas em qualquer circunstância.

Seguidamente, abordaremos os conceitos vagos e dúbios, contidos no DL n.º 57/2008, de 26 de março, que poderão levantar sérios problemas de interpretação e consequente aplicação jurídica.

Explicaremos os instrumentos legais de proteção ao dispor do consumidor e respetivo regime sancionatório que se encontra previsto para a violação de alguma das cláusulas constantes do regime jurídico sobre práticas comerciais desleais. Regime sancionatório esse que é levado a cabo pelas autoridades administrativas competentes capazes de ordenar a proibição prévia de uma prática comercial desleal que seja iminente ou de medidas cautelares de cessação temporária da prática comercial desleal.

Procuraremos fazer uma abordagem às contraordenações aplicáveis quando estamos perante condutas desleais e, em função da gravidade da infração e culpa do agente, a aplicação de sanções acessórias.

No terceiro e último capítulo, analisaremos um dos exemplos de prática comercial enganosa, considerada ação enganosa em qualquer circunstância, que “alega falsamente que determinado bem ou serviço cura doenças, disfunções e malformações, querendo mostrar o aliciamento indevido que há neste tipo de alegações, bem como para a consciencialização da ilicitude desta prática comercial.

Por fim, aludiremos a formas de combate ao aumento de práticas comerciais desleais, especialmente, a necessidade de informação, educação e incentivo do espírito crítico do consumidor para melhor salvaguarda dos seus interesses económicos e, consequentemente, dos seus direitos

# **Capítulo I – O consumidor**

# 1. A necessidade de proteção do consumidor

## 1.1. O princípio da proteção do consumidor

“Proteger o consumidor vem sendo uma das grandes «cruzadas» dos tempos modernos<sup>1</sup>”. Trilhar o caminho de proteção do consumidor tornou-se um movimento crescente em todo o mundo reivindicando medidas capazes de equilibrar as relações de consumo.

O consumidor passou a ser um agente de mercado ativo necessitando de ver protegido os seus interesses, bem como, de poder contratar em alicerces seguros e idóneos de forma a evitar disparidades e prejuízos sérios ao nível dos contratos celebrados com as empresas.

A sociedade de consumo é uma sociedade de contrapoder que carece de intervenção estadual capaz de promover a igualdade de “armas” entre profissionais e consumidores<sup>2</sup>. Por detrás da expressão – proteção dos consumidores – podemos encontrar objetivos que visam o equilíbrio *inter partes* nas relações de consumo e de uma política de concorrência que aponta para a garantia de bom funcionamento do mercado através do controle da publicidade<sup>3</sup>.

Analisando a evolução da proteção do consumidor no âmbito europeu e a consequente transposição das suas medidas para a legislação interna de cada Estado-membro (EM), vemos que o desenvolvimento do Direito Europeu do

---

<sup>1</sup> Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Comunicação e Defesa do Consumidor, – Conclusões do Congresso*, in “Instituto Jurídico da Comunicação”, “FDUC”, Coimbra, 1996, p. 489.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra: Almedina 1882, p. 223, refere a necessidade dessa proteção: “Desde a mensagem de Kennedy ao Congresso norte-americano, todos os textos fundamentais que aos consumidores dizem respeito referem a necessidade da sua proteção. Esta ideia resulta da consciencialização de que, nas relações com as empresas suas fornecedoras, o consumidor se encontra em desvantagem, tornando aconselhável que os poderes públicos tomem medidas para um maior equilíbrio entre as posições da procura e da oferta no mercado de bens de consumo”.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., pp. 224 e 225, refere que: “Por detrás duma mesma expressão – proteção dos consumidores – ou outras semelhantes descortinam-se ainda perspectivas e objetivos bem diferenciados, que podemos, com alguma simplificação, considerar em dois grandes grupos: os neo-liberais e os críticos do sistema. Para os neo-liberais, a proteção dos consumidores visa, em primeiro lugar, a correção de situações injustas que a livre iniciativa pode provocar, (...). O segundo objetivo – e meio correspondente – da proteção dos consumidores tem já natureza global, incidindo sobre a política da concorrência e o controle da publicidade, por forma a adequar os mecanismos de mercado à garantia do bom funcionamento do sistema. Esta orientação corresponde à ideia de que a situação dos consumidores será tanto mais favorável quanto mais o mercado se aproximar do modelo de concorrência perfeita e, simetricamente, que este pressupõe a existência de uma procura abundante e com certa homogeneidade. Para aqueles que crismámos de críticos do sistema, (...) as suas propostas vão no sentido de verdadeiras e positivas medidas de compensação: criação dum contrapoder; controle público das empresas fornecedoras; informação independente das empresas; garantia efetiva dos direitos dos consumidores”.

consumo, com bases jurídicas para legislar em matéria de proteção do consumidor, surgiu com a Carta do Conselho da Europa de 1973<sup>4</sup> (carta de proteção dos consumidores enquanto titulares de direitos). A Comissão Europeia, inspirada no conteúdo da Carta e numa ótica de criação de uma política de total e ativa proteção do consumidor, aprovou um programa de proteção dos consumidores mencionando cinco direitos fundamentais: direito à informação e educação; direito à proteção da saúde e da segurança; direito à proteção dos interesses económicos; direito à indemnização por danos; direito à representação.

No entanto, a proteção do consumidor só foi vista como um objetivo autónomo a ser inserido nos Tratados com o Ato Único Europeu<sup>5</sup>. A livre circulação de pessoas e bens, dentro do mercado interno europeu, impôs a necessidade de assegurar um grau superior de eficiência nas compras e vendas comerciais.

O consumidor passou a ter maior poder de escolha dos bens e serviços, podendo *inclusive* contratar além-fronteiras, passando a ser um beneficiário ativo deste mercado interno. Por conseguinte, a atuação do consumidor no mercado interno reclamava a inserção de um mínimo razoável de regras comunitárias que assegurassem a sua atuação<sup>6</sup>.

O Tratado de Maastricht concedeu um suporte autónomo para fortalecer uma política de defesa do consumidor e, dessa forma, a Comunidade Europeia, detentora de mais poderes interventivos nesta matéria, viria a reforçar esta defesa com a introdução de capítulos de proteção do consumidor, quer ao nível da saúde quer ao nível da segurança e dos interesses dos próprios consumidores<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, p. 20.

<sup>5</sup> Assinado em 1986 e com entrada em vigor em 1987.

<sup>6</sup> CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 56, referem que: “O projeto de integração europeia, previsto no Tratado de Roma que instituiu a CEE, deveria ser realizado faseadamente, na conformidade da política de pequenos passos que fora preconizada por Robert SCHUMAN: nomeadamente: “«As Quatro Liberdades» (liberdade de circulação dos trabalhadores, direito de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e livre circulação dos capitais); a definição e aplicação das políticas comuns necessárias à realização e ao bom funcionamento do mercado comum europeu. Formara-se, assim, a consciência generalizada – a que os governos nos Estados-membros não podiam ser indiferentes – de que a Comunidade carecia de novos impulsos, na perspetiva da criação da tão falada União Europeia, e de que tais impulsos não dispensavam a adaptação do sistema institucional comunitário. Tal foi o objetivo do Ato Único Europeu”.

<sup>7</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra, *O Direito Comunitário do Consumo – Guia de estudo*, in “EIDC”, vol. I, Coimbra: Almedina, 2002, p. 72, refere quanto ao Tratado de Maastricht que: “(...) acrescentou às tarefas que a Comunidade deve desempenhar a «contribuição para reforçar a proteção do consumidor» (art. 3.º). Além disso, incluiu-se no TCE um novo capítulo (XI) atinente à proteção do consumidor. (...) a Comunidade deve contribuir para atingir um alto nível



O salto na inovação, quanto à matéria da proteção do consumidor, surge com o Tratado de Amesterdão, ao reconhecer os direitos dos consumidores pela primeira vez, no direito europeu originário. É assegurado um direito à informação, à educação e de associação, com vista à tomada de uma decisão de consumo ponderada e consciente e de salvaguarda dos seus interesses<sup>8</sup>.

Sem esquecer, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que assume um papel de excelência no que toca à matéria da proteção do consumidor<sup>9</sup>.

No ordenamento jurídico português, a proteção dos consumidores é aceite como um verdadeiro tema jurídico, ultrapassando assim a interdependência do problema com outros ramos do saber, nomeadamente, o ramo político e o ramo económico<sup>10</sup>.

A ação do Estado na defesa da proteção do consumidor passou pela atribuição de dignidade constitucional aos direitos dos consumidores. Desde a revisão constitucional de 1989, os direitos dos consumidores ficaram a constar do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, tendo passado a estar incluídos no conjunto formal dos direitos com maior relevância atribuídos a pessoas<sup>11</sup>.

---

de proteção do consumidor, através das medidas adotadas e de ações específicas que sustentem e complementem a política prosseguida pelos Estados Membros para proteger a saúde, a segurança, os interesses económicos dos consumidores e fornecer informação adequada aos consumidores”.

<sup>8</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra, *O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo*, ob. cit., p. 75, indica que, com o Tratado de Amesterdão, houve: “ (...) algumas inovações interessantes no domínio do direito comunitário do consumo. (...) os direitos dos consumidores são, pela primeira vez, referidos no direito originário. O direito à informação é o mais importante direito reconhecido pelo Tratado de Amesterdão. Intimamente ligado com o direito à informação está o direito à educação, uma vez que a educação dos consumidores nas escolas é um elemento importante no processo de lhes fornecer as armas necessárias contra a influência que pode ser exercida por vendedores e publicitários, ajudando-os a tomarem as decisões de consumo mais adequadas. A liberdade de associação é um direito fundamental reconhecido pela Comunidade. A saúde, a segurança e os interesses económicos continuam a ser considerados como interesses e objectivos da política do consumo”.

<sup>9</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra, *O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo*, ob. cit., p. 76, considera que a jurisprudência do TJUE “ assume um papel muito importante como fonte de direito comunitário, pois o carácter vago e indeterminado dos Tratados, aliado às amplas competências que este Tribunal dispõe, revelaram-se um terreno propício ao desenvolvimento de um direito jurisprudencial inovador. Assim, apesar de, só na década de 90, a política de defesa dos consumidores ter passado a estar expressamente prevista no Tratado, o Tribunal de Justiça construiu a sua jurisprudência no domínio do mercado comum, tendo em conta os interesses dos consumidores”.

<sup>10</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 21, refere que: “No direito português (...), o primeiro ato no qual se vislumbra a preocupação específica de defesa dos consumidores é a Proposta de Lei sobre a promoção e defesa dos consumidores, apresentada em 1974. Esta Proposta, que iria ser discutida no dia 25 de Abril de 1974, não teve seguimento. A Lei 29/81 aprovou a primeira LDC. Em 1982, a primeira revisão da CRP introduziu expressamente na lei fundamental alguns direitos dos consumidores. A proteção dos consumidores deixou de constituir um mero objetivo que deveria ser prosseguido pelo Estado, na medida do possível, entre outros aspetos da política económica, passando a estar previstos alguns direitos”.

<sup>11</sup> MONTEIRO, António Pinto, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 250 a 251, elucida a este nível que “Com efeito, a Constituição de 1976 colocou a *proteção do consumidor* entre as “*incumbências prioritárias do estado*” português. E com as revisões

A necessidade de proteção das pessoas, enquanto consumidores de bens ou serviços no contexto de relações económicas, justifica a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais<sup>12</sup>. Tal, não significa, no entanto, que se esteja perante “direitos naturais”, mas antes sim, diante de verdadeiros *direitos de terceira geração*, direitos sociais e económicos que se revelam como essenciais ao estatuto da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

O consumidor torna-se, assim, um sujeito carecido de tutela constitucional, em função da sua especial vulnerabilidade, na relação económica com o vendedor ou o produtor. Estudar os direitos dos consumidores, como direitos fundamentais, é defender os consumidores contra instituições poderosas que possam provocar-lhes danos e, em última análise afetar a liberdade e o desenvolvimento do seu carácter<sup>14</sup>.

A par da consagração constitucional dos direitos dos consumidores como verdadeiros direitos fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê um conjunto de regras procedimentais que tendem a acautelar possíveis lesões desses direitos, principalmente ao impor a sujeição da publicidade a uma disciplina legal, proibindo qualquer forma de publicidade dolosa<sup>15</sup>.

O Estado português, em conformidade com o dever constitucional de proteção do consumidor, desenvolveu um regime legal aplicável à defesa do consumidor – LDC -, concretizando depois uma infinidade de diplomas legislativos que concretizam em particular cada setor económico.

---

constitucionais de 1982 e 1989 os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de *direitos fundamentais*. O n.º 1 do art. 60.º da Constituição estabelece que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. O n.º 2 do mesmo art. 60.º proíbe a publicidade oculta, indirecta ou dolosa. Por último, também o art. 99.º da Constituição coloca a proteção dos consumidores entre os objectivos da política comercial”.

<sup>12</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 5, 2003, p. 139.

<sup>13</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 142, enuncia que: “Integram-se, perfeitamente no conjunto de *direitos de terceira geração* – direitos económicos e sociais -, que, sendo impensáveis na época liberal, se revelaram como atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da *sociedade técnica de massas*. Estes novos direitos, ditos «direitos sociais», são direitos à proteção estadual, que exigem dos poderes públicos prestações legislativas e materiais, no âmbito da saúde, da habitação, da segurança social, da educação e da cultura – são direitos de *circunstância*, mas que têm a matriz dos direitos fundamentais, na medida em que também visam proteger bens das pessoas e têm como intenção principal a promoção da dignidade humana individual”.

<sup>14</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 143.

<sup>15</sup> Ver art. 99.º, da CRP.

A LDC contém uma série de direitos dos consumidores, consagrando um dever geral de proteção do consumidor a cargo do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais<sup>16</sup>. Esta incumbência atribuída aos órgãos de Estado pressupõe uma intervenção legislativa e regulamentar adequada a todos os domínios. As próprias associações de consumidores, ainda que não diretamente lesadas, possuem legitimidade ativa de natureza processual para acautelar possíveis direitos lesados desses consumidores<sup>17</sup>.

É, assim, de todo aconselhável que a publicidade dos produtos se pautem por regras de verdade, clareza e exatidão, constituindo uma garantia acrescida na proteção dos direitos dos consumidores.

Na base da consagração constitucional dos direitos dos consumidores como verdadeiros direitos fundamentais económicos está o princípio mínimo da sobrevivência, princípio esse correlacionado com outros direitos económicos. Essa sobrevivência, no âmbito de uma relação jurídica de consumo, atinge-se com a igualdade material entre o consumidor e o ente empresarial<sup>18</sup>.

O consumidor não pode estar sujeito aos meios de produção das empresas, às suas práticas comerciais desleais, às formas de publicidade audazes, entre outras, sem estar protegido, pois, a sua especial vulnerabilidade face ao profissional exige tutela efetiva.

## **1.2. A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais**

As práticas comerciais das empresas devem ser pautadas por deveres de diligência e verdade para com o consumidor.

O modelo tradicional de comércio, no qual o comerciante se encontrava pacificamente alojado nas suas instalações à espera dos clientes, é,

---

<sup>16</sup> Ver art. 3.º, da LDC. MONTEIRO, António Pinto, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, ob. cit., p. 251, que refere a importância da LDC de 1981 (Lei n.º 29/81, de 22 de agosto): “Nela se estabelecem os direitos dos consumidores e os direitos das associações de consumidores, bem como as regras e os princípios por que se havia de concretizar a defesa desses direitos. A Lei n.º 29/81 foi entretanto *revogada e substituída* pela atual Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”. Continuamos na presença de uma lei-quadro, embora mais desenvolvida do que a primeira, que passa a ser a *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos”.

<sup>17</sup> Ver art. 13.º, da LDC.

<sup>18</sup> Ver Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais) da CRP, nomeadamente, art. 60.º.

atualmente, substituído por um modelo de comerciante dinâmico que vai à procura dos seus clientes e que usa as mais diversas técnicas de persuasão para os convencer a adquirir o seu bem ou serviço.

Nesta ótica de comerciante ativo, encontramos um consumidor cercado de informação, tantas vezes errónea e distorcida da realidade, que o impulsiona a contratar.

Outrora, a repressão das práticas comerciais desleais era possível com recurso à legislação comercial<sup>19</sup>. A atuação dos profissionais era pautada por deveres de diligência e cuidado que, quando incumpridos, eram sancionados com recurso ao instituto da concorrência desleal.

No entanto, o consumidor, que se encontrava no centro desta disputa concorrencial, não aparecia protegido quando, como é sabido, a concorrência, muitas vezes desleal, obrigava a maiores cuidados com a tutela do consumidor, de modo a evitar situações de monopólio de certas atividades.

De entre os muitos regimes jurídicos de proteção do consumidor, existe o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores que compila um leque enormíssimo de práticas comerciais que podem ser qualificadas de desconformes à diligência profissional e suscetíveis de distorcer, de maneira substancial, o comportamento económico do consumidor.

A ocorrência de uma prática comercial desleal, na relação estabelecida entre profissional e consumidor, carece de defesa efetiva por parte do Estado.

Há uma proibição geral única de práticas comerciais que distorçam o comportamento económico dos consumidores, quer ocorra antes, durante ou após qualquer relação contratual.

A preocupação das autoridades comunitárias passa, assim, por ganhar a confiança do consumidor, reforçando a harmonia das incumbências comunitárias na matéria das práticas comerciais desleais das empresas em

---

<sup>19</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*, in "EDC", CDC-FDUC, n.º 5, Coimbra, 2003, p. 164.

relação aos consumidores e prevendo um nível considerado adequado para a sua proteção<sup>20</sup>.

A total harmonização e um grau apropriado de tutela do consumidor procuram a sua confiança no comércio do consumo e eliminam obstáculos ao mercado interno que resultam, essencialmente, da disparidade entre as legislações internas dos EM<sup>21</sup>.

## **2. O conceito de consumidor no regime jurídico das práticas comerciais desleais**

A noção de consumidor que releva para o estudo a que nos propomos encontra-se positivada no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (RPDC), que estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço; transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, (Diretiva) e que define consumidor por: “*Qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*”<sup>22</sup>.

Circunscreve-se, assim, o âmbito de aplicação subjetivo do regime jurídico das práticas comerciais desleais às pessoas singulares.

É consumidor, para efeitos do regime jurídico das práticas comerciais, qualquer pessoa singular, mas que, nas práticas comerciais abrangidas pelo regime jurídico, atue com finalidades particulares. Porquanto, uma atuação da

---

<sup>20</sup> RODRIGUES, Luís Silveira, “*Tendências Recentes sobre a Proteção do Consumidor na União Europeia*”, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 5, 2003, p. 312, refere quanto a este respeito que: “(...) a Directiva apresenta as seguintes características principais: (...) Prevê a total harmonização das obrigações comunitárias em matéria de práticas comerciais desleais das empresas relativamente aos consumidores, bem como um nível adequado de defesa dos consumidores. Estes dois elementos são necessários para eliminar os obstáculos ao mercado interno resultantes da disparidade entre as disposições nacionais e para reforçar a confiança dos consumidores”.

<sup>21</sup> O mercado único é uma das traves-mestras da própria União Europeia, consagrada no art. 26.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível na Internet em <http://eur-lex.europa.eu/legal>.

<sup>22</sup> Ver art. 3.º, al. a), do RPDC.

pessoa singular com motivações de âmbito profissional não colhe proteção no escopo do regime jurídico.

A maioria das diretivas europeias que se ocupam dos temas relacionados ao direito do consumidor define consumidor como a pessoa singular que atua com finalidades alheias às suas atividades profissionais<sup>23</sup>.

Como não existe um conceito único de consumidor tanto a nível nacional como internacional, caso a caso é necessário perceber qual o âmbito subjetivo de aplicação do diploma convocado<sup>24</sup>.

O conceito de consumidor e toda a problemática que envolve a sua proteção tem como marco histórico o famoso discurso do presidente norte-americano JONH F. KENNEDY, proferido no Congresso a 15 de março de 1962, no qual salientou que “consumidores, por definição, somos todos nós”<sup>25</sup>.

Existe um desequilíbrio manifesto e natural na base de uma relação jurídica de consumo. A desproteção do consumidor levou a um despertar de consciência para o nítido desequilíbrio que existe na relação entre comerciante e consumidor. Por existir esse desequilíbrio na relação entre comerciante e consumidor é necessário uma proteção ativa dos interesses económicos dos consumidores.

Os consumidores, como verdadeiro grupo económico a atuar no mercado, passaram a ser ouvidos e organizados<sup>26</sup>. Como verdadeiros agentes de mercado, devem delimitar os seus próprios negócios, a forma como e em que termos contratam, antevendo-se como participantes ativos, independentes e devidamente informados.

---

<sup>23</sup> Que comporta atividades industriais, artesanais ou comerciais.

<sup>24</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 23. O autor quanto a este respeito refere que: “(...) integram a esfera do direito do consumo muitas normas que não tem o consumidor como referência para a delimitação do seu âmbito de aplicação. As noções de aderente (nas cláusulas contratuais gerais) ou de utente (nos serviços públicos essenciais) não se confundem com a de consumidor, apesar de uma grande proximidade, especialmente no objeto de proteção que todas pressupõem. Estamos, assim, perante normas de direito do consumo que não têm por referência (apenas) o consumidor, qualquer que seja o conceito adotado”.

<sup>25</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 19.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 203, refere que: “ Há duas décadas, a palavra consumidor não surgia nos textos legislativos a não ser episodicamente; a doutrina jurídica europeia que aos consumidores se refere não é ainda velha de dez anos; a primeira definição de consumidor no direito positivo será provavelmente a da Carta do Consumidor do Conselho da Europa (1973) ”.

No ordenamento jurídico português, e tendo em conta a sistematização cada vez mais crescente do direito do consumidor e da legislação específica de cada instituto jurídico, podemos encontrar várias definições de consumidor, desde as mais amplas até às mais restritas<sup>27</sup>.

A definição de consumidor no RPCD é de carácter restrito, em comparação, por exemplo, com a definição de consumidor na Lei de Defesa do Consumidor (LDC)<sup>28</sup>. Porquanto, no RPCD é consumidor “qualquer pessoa singular” e na LDC é consumidor “ todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional (...) ”.

O “todo aquele” da LDC pode incluir uma pessoa coletiva, desde que, adquira bens ou serviços para uso não profissional, enquanto que a pessoa singular no RPCD se cinge à pessoa física.

A LDC, incorporadora dos princípios gerais do direito do consumidor, é o último reduto nos casos em que determinado diploma não define o conceito de consumidor. A análise do conceito de consumidor deve ser feita através da referência a quatro elementos<sup>29</sup>. Elementos esses que devem ser confirmáveis, pois, só assim estaremos perante uma relação jurídica de consumo.

Partiremos agora para a análise desses quatro elementos, tendo como referência o conceito de consumidor contido no RPCD.

## **2.1. O elemento subjetivo do conceito de consumidor**

Verificamos que o elemento subjetivo do conceito de consumidor corresponde a “qualquer pessoa singular”. Na referência a qualquer pessoa singular reside o âmbito limitado do elemento subjetivo deste conceito.

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 24, refere que: “No direito português, podemos encontrar várias definições de consumidor, desde as mais restritas, como a do DL n.º 133/2009 (“pessoa singular que (...) atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”), até às mais amplas, como a do DL n.º 29/2016 (“o cliente final de eletricidade”).”

<sup>28</sup> Ver Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável à defesa dos consumidores.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 208, refere que: “Alguns autores e certos preceitos ousaram construir conceitos jurídicos de consumidor de apreciável generalidade. Entre aqueles que tivemos ocasião de apreciar, encontram-se alguns elementos comuns. Todas as definições incluem os seguintes elementos comuns: subjetivo, objectivo e teleológico”. Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., pp. 25 a 34.

As pessoas físicas são seguramente consumidores<sup>30</sup>. No entanto, tal como já referido anteriormente, há regimes jurídicos que ampliam a definição de consumidor consagrando as pessoas jurídicas, pessoas coletivas, como consumidores mas quando estes adquiram bens ou serviços para finalidades não profissionais<sup>31</sup>.

## **2.2. O elemento objetivo do conceito de consumidor**

O elemento objetivo do conceito de consumidor abrange a “transmissão de qualquer bem ou serviço”, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações. O consumidor é referenciado ao uso de produtos (bens ou serviços) e aqui reside o elemento objetivo da definição.

Trata-se, pois, de um elemento repetido em todas as definições de consumidor dispersas pelos diplomas do consumo. Os bens ou serviços são as coisas existentes no comércio jurídico suscetíveis de aquisição pelo consumidor.

## **2.3. O elemento teleológico do conceito de consumidor**

O elemento teleológico do conceito de consumidor demarca-se pelo uso que é dado pelo consumidor ao produto adquirido. Assim, para estarmos perante um consumidor, o uso dado ao bem ou serviço terá que consistir num uso pessoal ou privado. Um uso que não esteja incluído no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, tal como é definido no RPCD. Porquanto, o elemento teleológico exclui do conceito de consumidor qualquer pessoa física que atue no âmbito de uma atividade profissional.

A análise do elemento teleológico suscita algumas dúvidas carecidas de interpretação, uma vez que podem ocorrer variadíssimas situações que carecem de tratamento específico, sob pena de não estarmos perante um consumidor na aceção verdadeira da palavra.

---

<sup>30</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 208, diz-nos que: “O consumidor é uma pessoa; de objeto de direito tende a transformar-se em sujeito de direito. As pessoas físicas são certamente consumidores”.

<sup>31</sup> A título de exemplo, ver o conceito de consumidor na LDC.



Se é certo que do uso não profissional dado ao bem ou serviço adquirido se afere a qualidade de consumidor, pode, no entanto, acontecer que o uso dado ao bem ou serviço adquirido seja de caráter misto, simultaneamente de uso pessoal e profissional.

E aqui haverá que se aferir qual o uso predominante dado ao bem, ou seja, se este é usado essencialmente na vida pessoal ou se, pelo contrário, é usado fundamentalmente na vida profissional<sup>32</sup>. Trata-se, pois, de circunstâncias possíveis do dia-a-dia que a ocorrer devem ser devidamente alegadas, demonstradas e provadas.

A par da utilização dada pelo consumidor ao bem ou serviço adquirido, há que aferir qual o momento temporal em que podemos dar como verificada essa finalidade ou destino do bem. Por conseguinte, poderemos equacionar que o destino do bem ou serviço adquirido é dado no momento da celebração do contrato de consumo, no ato de entrega do bem ou prestação do serviço, ou, então, esse poderá ocorrer no momento em que o bem ou serviço adquirido é utilizado<sup>33</sup>.

Assim, e tendo em linha de conta que a proteção do consumidor pressupõe uma relação criteriosamente estabelecida entre profissional e consumidor, parece-nos que o momento ao qual devemos reportar para determinação do destino dado ao bem ou serviço adquirido é o momento da celebração do contrato de consumo.

A possibilidade de o contrato de consumo ser celebrado na figura de um representante é uma das questões pertinentes aquando da verificação da existência do elemento teleológico no conceito de consumidor.

Sendo o representado uma pessoa singular, é indiferente averiguar a qualidade profissional ou não profissional do seu representante. O mesmo se verificando relativamente à figura do mandato sem representação.

---

<sup>32</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit, pp. 27 a 32.

<sup>33</sup> Ver Ac. do TRL, de 08 de junho de 2006, Processo n.º 2483/2006-8, onde o julgador considera que: “relewa para se considerar se o bem, fornecido é destinado a uso não profissional o uso que o adquirente pretende dar à coisa após a sua entrega, não relevando, assim, o uso que lhe foi dado em momento anterior à entrega”. Disponível na Internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A qualidade de consumidor deve ser analisada tendo por observação o próprio mandatário e os respetivos direitos. Se o mandatário agir dentro do escopo empresarial, a relação de consumo não existe, mas, se pelo contrário, agir fora do âmbito de uma atividade empresarial, então estaremos perante uma relação de consumo, podendo o mandante exercer os direitos que primitivamente estavam na esfera jurídica do mandatário<sup>34</sup>.

#### **2.4. O elemento relacional do conceito de consumidor**

O elemento relacional do conceito de consumidor impõe que a contraparte em relação ao consumidor seja uma “qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo RPCD exerça uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, ou que, “atue em nome ou por conta desse profissional”.

Qualificar uma relação jurídica como de consumo exige que uma das partes seja um consumidor e a sua contraparte seja um profissional<sup>35</sup>. A tarefa será identificar a contraparte como profissional, independentemente da natureza pública ou privada da atividade exercida pelo profissional<sup>36</sup> e até mesmo a obtenção de benefícios por parte do profissional na específica relação estabelecida com o consumidor<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Ver Ac. do TRE, de 15 de janeiro de 2015, Processo n.º 268/ 13.2TBACN.E1, onde o julgador afirma que: “A intervenção da amiga de A. na aquisição do produto não afasta a conclusão de que o contrato de compra e venda do produto foi celebrado entre A. e R. (por via da figura do mandato sem representação); (...) essa intervenção não foi feita na qualidade de profissional, pelo que é aplicável ao caso o regime da venda de bens de consumo, sendo a A. enquadrável no conceito de “consumidora” para os efeitos do diploma”. Disponível na Internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>35</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 34, refere, quanto ao elemento relacional do conceito de consumidor, que: “Já não se encontra abrangido pela definição, por faltar o elemento relacional, o contrato celebrado entre não profissionais (ou particulares) ”.

<sup>36</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 33, refere que: “Nos termos do art. 2.º-2 da LDC, não releva para a qualificação como consumidor a natureza pública ou privada da atividade exercida pelo profissional. A circunstância de a atividade consistir no exercício de uma profissão liberal é irrelevante”.

<sup>37</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., pp. 33 e 34, refere que: “ Não resulta deste elemento que o objetivo seja a obtenção de benefícios por parte do profissional na relação concreta estabelecida com o consumidor, abrangendo-se, assim, por exemplo, a oferta de brindes, que têm um conteúdo promocional e se inserem numa atividade económica que visa a obtenção de benefícios, embora não o lucro imediato”.

## **Capítulo II –**

### **O regime jurídico das práticas comerciais desleais**

# 1. A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais

## 1.1. O desenvolvimento do mercado único na União Europeia *versus* o elevado nível de proteção dos consumidores

O estabelecimento de um quadro normativo ao nível da concorrência desleal, a par da edificação de um mercado único, é uma exigência inerente à integração nas comunidades europeias capaz de permitir o livre jogo da oferta e da procura<sup>38</sup>.

O Tratado de Amesterdão reforçou a política comunitária de proteção dos consumidores<sup>39</sup>. Foi graças a esse impulso que começaram a surgir as primeiras Diretivas com vista à proteção dos direitos dos consumidores.

A defesa dos interesses dos consumidores passou, assim, a estar nos objetivos do direito económico europeu.

O consumidor não gozava de uma proteção direta no que respeita às práticas comerciais suscetíveis de distorcer o seu comportamento económico<sup>40</sup>.

A matéria das práticas comerciais desleais era regulada internamente por cada EM com diferenças substanciais suscetíveis de obstaculizar os processos negociais no âmbito dos contratos de consumo a nível transfronteiriço e, ainda que indiretamente, o processo concorrencial proporcionando aos destinatários do mercado único uma menor segurança nas transações que os uniam<sup>41</sup>.

Com o Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia (UE) surgiu a iniciativa de desenvolvimento de uma Diretiva sobre práticas

<sup>38</sup> CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, ob. cit., pp. 266 a 267, consideram relativamente ao princípio da concorrência leal que: "Segundo o art. 3.º do Tratado CE, a ordem jurídica comunitária comporta «um regime capaz de assegurar que a concorrência não é falseada no Mercado Comum». (...) O princípio da concorrência era essencial para o funcionamento correto do mercado que se pretendia instituir - pois só a liberdade de concorrência poderia assegurar a proteção das empresas e dos consumidores e impedir que barreiras criadas pelo «dirigismo» dos cartéis e monopólios se substituíssem às fronteiras de direito público que os Estados se dispuseram a abater".

<sup>39</sup> CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, ob. cit., p. 58, referem que o Tratado de Amesterdão "(...) corresponde a um novo impulso, dado à construção de uma Europa mais unida".

<sup>40</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*, ob. cit., p. 164, refere que: "O consumidor, sendo o principal objeto da disputa concorrencial não aparece tutelado pela disciplina da concorrência".

<sup>41</sup> Ver os considerandos 4 e 8 da Diretiva.

comerciais desleais num painel de sublime necessidade de reestruturação do direito comunitário europeu, no que toca especialmente, à matéria de defesa do consumidor<sup>42</sup>.

Subsumível a esta necessidade de reestruturar a proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais, tínhamos a proliferação do processo de globalização no qual nem os consumidores nem as empresas tinham a desejável segurança que lhes permitisse celebrar negócios transfronteiriços. Era urgente o estabelecimento de relações comerciais além-fronteiras internas integradas em princípios de segurança e certeza jurídica capazes de incentivar a livre iniciativa privada numa ótica de mercado único<sup>43</sup>.

Face às novas necessidades de um mercado em espiral de evolução, o objetivo passava por criar um quadro normativo comum com a definição do que fossem práticas desonestas ou fraudulentas a todos os EM, capaz de assegurar um patamar igualitário de proteção dos consumidores no espaço económico da UE<sup>44</sup>.

Por conseguinte, a necessidade de um quadro normativo comum passaria por contrabalançar adequada e eficazmente duas realidades: por um lado, a prossecução de um mercado único essencial à vivência na UE e, por outro, a proteção dos consumidores nas suas transações intercomunitárias<sup>45</sup>.

As normas sobre as práticas comerciais desleais além de assegurar o bom funcionamento do mercado interno tiveram como intento a aproximação das legislações dos EM relativas a esta matéria.

---

<sup>42</sup> Ver Documento COM (2001) 531 final, de 2 de outubro de 2001, disponível na Internet em <http://publications.europa.eu>.

<sup>43</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais, Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 61, Coimbra, 2010, p. 52, considera a este respeito que: “(...) face ao que podem ser interesses opostos na dicotomia empresa-consumidor, surge a necessidade, de forma a promover o saudável desenvolvimento deste mercado, de garantir um elevado nível de proteção ao consumidor, que se pretende informado e esclarecido”. Ver Ac. do TJUE de 16 de abril de 2015, Processo n.º C-388/13, ponto 53, no qual refere que: “O objetivo prosseguido pela Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, que consiste em proteger plenamente os consumidores contra as práticas desta natureza, assenta na circunstância de, em face de um profissional, o consumidor se encontrar numa posição de inferioridade, designadamente no que respeita ao nível de informação, na medida em que deve ser reputado economicamente mais fraco e juridicamente menos experiente que o seu cocontratante.” Disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

<sup>44</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, in “Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos, Coimbra: Almedina, 2007, p. 143, considera que: “o objetivo declarado da Diretiva é criar um nível de regulação das práticas comerciais desleais que seja uniforme e compreensível, numa ótica de proteção e de desenvolvimento do mercado interno”.

<sup>45</sup> Ver considerandos 3, 4, 5 e 12 da Diretiva.

Cabe saber, no entanto, se o regime contemplado na Diretiva visará a defesa dos consumidores *per se* ou será antes um meio para atingir o mercado comum com o incremento das regras relativas à concorrência.

Se é seguro que a persecução da defesa do consumidor esteja patente nos considerandos da Diretiva<sup>46</sup>, seguro também é que na génese deste regime esteja uma necessidade de segurança de mercado<sup>47</sup>.

Não podemos ignorar a correlação existente entre a política de defesa dos consumidores e o mercado económico. São dois fins numa consagração europeia que se pretende sólida.

## 1.2. Os objetivos

O texto final da Diretiva foi aprovado no ano de 2005, fruto de um longo processo de padronização e simplificação capaz de aglutinar toda a matéria relativa às práticas comerciais desleais<sup>48</sup>. O intento da Diretiva foi criar um diploma aglutinador, mas suficientemente detalhado, adaptável e capaz de perdurar pelo decurso do tempo.

O objetivo da Diretiva era contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores<sup>49</sup>.

Efetivamente, o normativo comunitário teve como objetivo proporcionar um mercado único capaz de garantir os direitos dos consumidores, como também, definir quais as práticas comerciais autorizadas e quais as que não são. A par desta proteção e regulação, foi preocupação da Diretiva proteger determinados grupos de consumidores que, pelas suas características especiais, vêm a sua capacidade de decisão afetada – os designados consumidores vulneráveis.

---

<sup>46</sup> Ver considerando 8 da Diretiva.

<sup>47</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 143, considera que: “a proteção do consumidor não é nesta diretiva uma finalidade em si, mas uma finalidade convergente com o fortalecimento do mercado único. Protege-se o consumidor, porquanto se está a proteger o mercado e ao proteger-se o mercado percebe-se que é uma boa maneira de proteger o consumidor”. A autora acrescenta ainda que a “Proteção da concorrência e proteção do consumidor são objetivos convergentes na prossecução do objetivo último de desenvolvimento de mercado interno. Se noutros diplomas comunitários esta ligação pode ser mais subtil, neste caso ela é evidente”.

<sup>48</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, in “EIDC”, Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2014, p. 92, refere que “Markos Kyprianou, à data Comissário encarregado da saúde e da proteção dos consumidores”, considerou “um progresso importante para os consumidores e para a competitividade da União Europeia”.

<sup>49</sup> Ver art. 1.º da Diretiva.

Recomendou-se, assim, o recurso a uma série de conceitos imprecisos para atingir um equilíbrio entre os agentes económicos e as circunstâncias de mercado, criando segurança ao nível das transações além-fronteiras nacionais<sup>50</sup>.

Esta Diretiva, concebida pela negativa, estabelece uma cláusula geral proibitiva de práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores. A esta proibição geral, reúnem-se duas categorias de práticas comerciais desleais: as práticas enganosas (ações e omissões) e as práticas agressivas, e, ainda, acrescenta-se uma lista de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância.

As práticas comerciais desleais contidas no diploma excluem qualquer tipo de relação “business-to-business” (B2B), porque o desígnio fundamental desta Diretiva é a de regular as relações entre profissional e consumidor, isto é, as relações “business-to-consumer (B2C)<sup>51</sup>”.

A presente Diretiva lembra o estreito encontro entre duas áreas aparentemente distintas, mas que na verdade não o são: o direito comercial e o direito do consumidor<sup>52</sup>. A diretiva protege, assim, os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores. E, indiretamente, os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes<sup>53</sup>.

Decorrente do princípio da aplicabilidade direta, a Diretiva passou a vincular os EM quanto ao resultado a alcançar, porque só a definição de princípios gerais completos e vinculativos a todos os EM permitiria combater a fragmentação de regulamentação nesta matéria<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 130, refere que: “são conceitos imprecisos e subjetivos, “as noções de “diligência profissional”, de “capacidade profissional”, de “ameaça”, de “assédio”, de “influência indevida”, de “distorção substancial do comportamento económico”, que foram transpostas “qua tale” sem qualquer preocupação de integração no direito nacional”.

<sup>51</sup> Ver art. 3.º, n.º 1, da Diretiva.

<sup>52</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 142, realça que: “enquanto o direito comercial está originariamente ligado à proteção do comerciante, o direito do consumo nasceu para proteger o consumidor. O andar dos tempos levou a alguns encontros destas duas áreas do direito privado. Nalguns países mais do que noutros. Uma dessas áreas é a da concorrência desleal e o que me leva a relembrar esta ligação é a Diretiva 2005/29/CE”.

<sup>53</sup> Ver considerando 8 da Diretiva.

<sup>54</sup> CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, ob. cit., p. 323, reiteram a este respeito, que as directivas “São actos pelos quais a autoridade comunitária competente, ao mesmo tempo que fixa aos

### 1.3. A harmonização máxima

Tradicionalmente, os diplomas comunitários consagrados no direito do consumidor adotam diretivas de harmonização mínima, em que se estabelece um teto mínimo que os EM têm que respeitar, concedendo-lhes a possibilidade de introduzirem normativos mais protetores<sup>55</sup>.

No caso em estudo, e tendo em conta o fracionamento da matéria ao nível dos EM e o espírito harmonizador que presidiu à criação da Diretiva, a escolha recaiu na adoção de uma diretiva de harmonização máxima.

As diferentes abordagens legislativas sobre a matéria obstaculizavam o mercado interno e criavam deformações ao nível da concorrência.

Isto significa que foram estabelecidas regras uniformes ao nível europeu, relativas às práticas comerciais desleais, o que originou que os EM não pudessem adotar normas mais protetoras dos consumidores face ao regime imposto, na medida em que isso restrinja a livre prestação de serviços e mercadorias no mercado interno<sup>56</sup>.

A Diretiva sedimenta, assim, a regulamentação das práticas comerciais desleais, impossibilitando alterações subsequentes por parte de cada EM, tendo como expoente a fixação de um patamar máximo de proteção do consumidor, o que na prática pode fazer elevar a fasquia da proteção em alguns EM. Porque, e sem esquecer, o nível de proteção dos consumidores invariavelmente é diferente em cada ordenamento jurídico.

---

respectivos destinatários um *resultado* que no interesse comum deve ser alcançado, permite que cada um deles escolha os *meios* e as *formas* mais adequadas – do ponto de vista do direito interno, da realidade nacional ou dos interesses próprios – para alcançar o objetivo visado”.

<sup>55</sup> São disso exemplo a Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, disponível na Internet em <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>56</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., pp. 116 a 117, em jeito de crítica considera que: “(...) a Diretiva não inclui, no seu articulado, a chamada “*cláusula minimal*”, nem consequentemente, permite aos Estados-Membros, nesta matéria, preverem disposições que assegurem uma proteção mais ampla dos consumidores. A proteção acrescida que era conseguida pela adoção das chamadas “*cláusulas minimais*” aparece, assim, hoje comprometida, em cedência manifesta à conceção que pretende reduzir a proteção dos consumidores à realização do mercado único”.



Temos EM com um elevado nível de proteção dos consumidores e outros que, perante a fixação de um patamar máximo de proteção, se veem obrigados a reduzi-lo até ao patamar imposto pela UE<sup>57</sup>.

Deste modo, o estabelecimento de regras análogas para todos corresponde a um esforço acrescido na transposição da Diretiva. A sua adaptação deve ter em conta as normas pré-existentes e a realidade de cada EM<sup>58</sup>.

O sentido e alcance do princípio da harmonização plena visa um patamar igualitário de proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais ao nível de todos os EM<sup>59</sup>.

Movida por um espírito inovador e nuclear, a Diretiva propõe-se atuar como um diploma aglutinador, contemplando num só documento normativo toda a matéria relativa às práticas comerciais desleais.

Esta orientação é levada a cabo através da consagração de uma Diretiva-Quadro que suporta um quadro jurídico único com conceitos legalmente definidos a adotar por todos os EM.

Mas a criação de uma Diretiva-Quadro perspectivada numa ótica de harmonia não se adequa com a prática de mercado. Isto porque, numa sociedade de consumo e concorrência, não se pode ignorar as particularidades específicas

---

<sup>57</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 60, destaca que: “Desta forma, a segurança jurídica e a confiança do consumidor poderão ser apenas conceitos vazios, uma vez que países com tradição na defesa dos consumidores, a regulamentação pela Comunidade pelo máximo poderá consubstanciar um decréscimo na sua proteção e a consequente desconfiança destes intervenientes do mercado interno”.

<sup>58</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 145, expõe a este respeito que: “A opção por uma harmonização máxima implica para os Estados-Membros um esforço na transposição da Diretiva no sentido de identificarem toda a legislação que, nesta área, possa introduzir limitações não previstas na presente Diretiva, de maneira a procederem à respetiva compatibilização”. Ver Ac. do TJUE, de 23 de abril de 2009, Processos apensos n.º C-261/07 e C-299/07, ponto 35, onde poderá ler-se que, “Com efeito, por um lado, resulta da jurisprudência que se pode considerar que relevam do âmbito de aplicação de uma diretiva não somente as disposições nacionais cujo objetivo declarado é transpor a referida diretiva mas também, a partir da data de entrada em vigor da referida diretiva, as disposições nacionais preexistentes, suscetíveis de garantir a conformidade do direito nacional com essa diretiva”.

<sup>59</sup> Ver Ac. do TJUE, de 23 de abril de 2009, Processos C-261/07 e C-299/07, ponto 3, onde está fixado o alcance da harmonização plena da Diretiva, e consta que: “A presente Diretiva aproxima as legislações de todos os Estados-Membros relativa 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”.

de cada setor de atividade<sup>60</sup>, pelo que a opção por uma Diretiva-Quadro afigura-se, desde logo, arriscada e com propensão a desequilíbrios.

No entanto, consideramos que este amplo abarcamento de todas as práticas comerciais desleais num só documento, transversal a todos os EM, é temperado pela exclusão de certas áreas, que, pela sua especificação, não merecem inclusão na Diretiva<sup>61</sup>. A opção por uma Diretiva-Quadro merece, à cautela, uma ponderação das especificidades de cada evento e setor de atividade por parte do intérprete.

## **2. O DL n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais**

### **2.1. A regulamentação das práticas comerciais desleais anterior ao DL n.º 57/2008, de 26 de março**

Antes da transposição da Diretiva para o nosso ordenamento jurídico, através do DL n.º 57/2008, de 26 de março, a matéria das práticas comerciais desleais era tratada de forma dispersa.

Tal como já referido, a repressão das práticas comerciais desleais era possível através da legislação comercial e o incumprimento dos deveres de atuação profissional dos comerciantes eram sancionados com recurso ao instituto da concorrência desleal, bem como pelo DL n.º 143/2001, de 26 de abril<sup>62</sup> (entretanto, revogado pelo DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro<sup>63</sup>), que já

<sup>60</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 106, tece crítica a esta orientação dizendo que: "(...) ao afundar a Diretiva numa harmonização total, não se afigura possível, nem desejável, ignorar as necessidades setoriais que exigem regulamentações específicas".

<sup>61</sup> Ver art. 3.º, da Diretiva, onde está regulado que, "Ficam excluídos do âmbito da aplicação o direito contratual nacional, as normas relativas aos aspetos de saúde e segurança dos produtos, aos serviços financeiros e bem imóveis, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relacionadas com a certificação e indicação do padrão de pureza dos artefactos de metais preciosos." Ver Documento Com (2003), 356 final, de 18 de junho de 2003, ponto 39, em que refere que estão excluídas do âmbito de aplicação as, "Questões concernentes com gosto, decência e 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 Diretiva a falsa declaração de um profissional que refira que uma parte dos seus lucros relativa à venda de um cartão de Natal será transferida para uma obra de caridade". Disponível na Internet em <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>62</sup> Proibia as vendas em cadeia, forçadas e ligadas. Cfr. CUNHA, Carolina, "*Métodos de Venda a Retalho fora do estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Proteção do Consumidor*", in "Direito Industrial", Vol. IV, "APDI – Associação portuguesa de Direito Intelectual", Coimbra: Almedina, 2005, pp. 322 a 328.

<sup>63</sup> Regula os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

regulava algumas modalidades proibidas de venda de bens ou prestação de serviços.

O consumidor beneficiava de forma direta, unicamente, da tutela conferida pelas normas do direito do consumidor. O desiderato da concorrência desleal visa a atuação em mercado de forma transparente, tendo em linha de análise apenas as empresas<sup>64</sup>. Assim, o consumidor lesado por atos de concorrência desleal não podia desencadear este meio de proteção, já que o seu âmbito de aplicação não o contemplava.

Não obstante, antes da entrada em vigor do RPDC, a LDC, o Código da Publicidade (CP) e outros diplomas já penalizarem o recurso a práticas comerciais desleais punindo quem os fizesse, era necessário incluir o consumidor como objetivo final, adotando quanto a ele um elevado nível de proteção.

E assim fez o legislador nacional, transpondo quase na íntegra todo o constante na Diretiva e edificando um quadro normativo direcionado para a defesa do consumidor contra atuações desleais das empresas.

À data da publicação da Diretiva, encontrava-se em preparação, em Portugal, um Código do Consumidor com o propósito de reunir num só diploma normativo as matérias de direito do consumidor que se encontravam dispersas por inúmeros diplomas legislativos<sup>65</sup>.

Esse documento, designado “Código do Consumidor. Anteprojeto”, incorporava já um regime de práticas comerciais desleais – subsecção II, abrangendo as práticas comerciais enganosas e agressivas, correspondendo em larga dimensão ao plasmado na Diretiva.

Todavia, o Código do Consumidor não chegou a vingar e, assim, as matérias já tratadas permanecerem em diplomas avulsos, enquanto diplomas inovadores,

---

<sup>64</sup> Ver art. 1.º e art. 2.º, do Código da Propriedade Industrial, DL n.º 36/2003, de 05 de março, disponível na Internet em <http://www.pgdlisboa.pt>.

<sup>65</sup> MAIA, Pedro, *Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais*, in “EDC” CDC-FDUC, n.º 9, Coimbra, 2015, p. 144, mencionou quanto a esta questão que: “No que toca à Diretiva 2005/29/CE (práticas comerciais desleais), a transposição mediante diploma avulso não foi a primeira opção apresentada ao legislador. Na verdade, à data da publicação desta Diretiva (2005), encontrava-se em preparação um Código do Consumidor – pela “Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor”, presidida por António Pinto Monteiro”.

tais como o diploma das práticas comerciais desleais, foram transpostos através de instrumento normativo isolado - o do RPCD –, que transpôs a Diretiva das práticas comerciais desleais para o direito português<sup>66</sup>.

O RPCD acolheu, *grosso modo*, as soluções jurídicas já previstas no anteprojeto e as preconizadas pela Diretiva, mantendo, assim, o regime das práticas comerciais desleais e da concorrência desleal em enquadramentos normativos distintos, uma vez que estes prosseguiram vocações diferenciadas<sup>67</sup>.

## 2.2. Âmbito de aplicação

O RPCD consagra um conceito de prática comercial bastante amplo<sup>68</sup>, abrangendo quase todo o tipo de atividades que possam ocorrer no âmbito de uma relação de consumo.

A materialização do comportamento do profissional pode consistir numa ação<sup>69</sup> ou numa omissão.

A par do conceito vasto de prática comercial, podemos realçar a sua especial limitação ao prescrever como exigência a relação direta da ação ou omissão com um bem ou serviço, independentemente de se tratar da sua venda, fornecimento ou promoção<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Ver art. 19.º, da Diretiva - Transposição. Já depois da data fixada, 12 de junho de 2007.

<sup>67</sup> Ver arts. 14.º e 15.º da Diretiva 2005/29/CE, que alteraram o CP, passando a publicidade enganosa a remeter para os critérios de definição das práticas enganosas, revogaram algumas normas constantes do regime das vendas à distância, uma vez que, já consagram as mesmas práticas comerciais. MARTINS, Alexandre de Soveral, *A transposição da Diretiva sobre as Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março*, in “Estudos em Homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. I, Coimbra: Almedina, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 572, refere a este propósito que: “Mantém-se no Código da Propriedade Industrial, o regime da concorrência desleal, o que já foi criticado como sendo facto «arcaico e nocivo», por não haver «nenhum laço necessário entre violação de direitos industriais e concorrência desleal», e mantém-se em vigor o Código da Publicidade, agora alterado pelo diploma de transposição da Diretiva”.

<sup>68</sup> Ver art. 3.º, al. d), do RPCD, que define prática comercial como: “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”.

<sup>69</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, in “Revista de Direito das Sociedades”, ano III, 2011, 1, p. 190, afirma que: “A noção é bastante ampla no que respeita à materialização do comportamento do profissional, podendo estar em causa qualquer ação ou omissão. A conduta e a afirmação a que o preceito legal alude constituem comportamentos activos, podendo ser incluídos na noção de ação”.

<sup>70</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas Comerciais Desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 191, refere que não constitui prática comercial a recair no âmbito do presente regime “A promoção genérica feita por um profissional através de publicidade, sem referência a qualquer bem ou serviço O diploma também não é aplicável, como se pode ler no considerando 7 da directiva, às “comunicações comerciais destinadas aos investidores, como os relatórios anuais e a literatura de promoção das empresas”.

A vinculação do consumidor a uma prática comercial em relação direta com um bem ou serviço, corresponde a uma decisão tomada por ele mesmo de adquirir, pagar integralmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao bem ou serviço, independentemente, de decidir agir ou abster-se de agir<sup>71</sup>.

Assim, uma relação de consumo, que contenha práticas comerciais em relação direta com o bem suscetível de ser adquirido pelo consumidor, carece de proteção, sendo que essa proteção é o escopo base do RPCD: proteger o consumidor relativamente a atos ou omissões que sejam suscetíveis de distorcer de maneira substancial o seu comportamento económico, afetando assim, a sua decisão de transação.

O art. 3.º da Diretiva refere, expressamente, que o âmbito de aplicação do diploma abrange as práticas comerciais das empresas face aos consumidores, antes, durante e após uma transação.

No entanto, o nosso legislador, aquando da transposição da Diretiva, não utilizou a mesma técnica, o que veio gerar dúvidas. Apesar de não estar incluído no preceito, a leitura do Preâmbulo faz-nos crer que o espírito será o de consagrar que a proibição geral se aplica em toda a vigência da relação contratual de consumo.

Em bom rigor, e equacionando a existência de uma prática comercial desleal após relação contratual, se a decisão de transação já foi tomada não será possível distorcê-la. Na prática, obriga a um juízo de prognose póstuma por parte do intérprete para aferir, no caso em concreto, se o consumidor perante aquela prática ocorrida na fase pós-contratual, teria ou não, tomado aquela decisão de contratar.

Na lógica do sistema e em consonância com a harmonização máxima do instrumento normativo, terá de se atender que as práticas comerciais pós-contrato se inserem no âmbito de aplicação do regime. Embora seja de admitir a dificuldade probatória, que será acrescida, tendo em conta o nexo de

---

<sup>71</sup> Ver art. 3.º, al. I), do RPCD.

causalidade entre a prática comercial pós-transação e a distorção do comportamento económico do consumidor.

Apesar da ampla formulação atribuída ao conceito de prática comercial e da ambição de um regime-quadro, é patente o seu carácter residual no que concerne a certos setores de atividade<sup>72</sup>.

A proteção inicial, contida no RPCD, contemplava apenas as práticas comerciais exercitadas no âmbito de uma relação jurídica de consumo entre B2C.

No entanto, a extensão da proteção também foi alargada recentemente às práticas comerciais desleais praticadas numa relação estabelecida entre B2B<sup>73</sup>.

A realidade é sem dúvida a mais fértil das imaginações, e vemos isso pela análise das mutações constantes que a sociedade sofre, fruto de circunstâncias que levam à necessidade de criação de novas tutelas capazes de assegurar a sobrevivência entre os agentes de mercado.

Se inicialmente o escopo do RPCD, se circunscrevia, apenas, à proteção da relação entre B2C, com a alteração legislativa introduzida a este nível, o RPCD foi alargado às práticas comerciais executadas por empresas nas relações comerciais com outras empresas, protegendo as relações comerciais estabelecidas entre concorrentes.

De notar, que se trata de um alargamento do regime protetor de práticas comerciais desleais, pois o espírito do regime mantém-se intato: a proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais praticadas por empresas<sup>74</sup>.

O conceito de consumidor mantém-se intato, circunscrevendo-se, apenas, às pessoas singulares.

Assim, com a recente alteração ao RPCD, introduzida pelo DL n.º 205/2015, de 23 de setembro, o âmbito de aplicação do diploma no que respeita às ações

<sup>72</sup> Ver art. 3.º, da Diretiva, art. 2.º, do RPCD.

<sup>73</sup> Ver DL n.º 205/2015, de 23 de setembro que procede à primeira alteração ao RPCD, disponível na Internet em <http://www.pgdlisboa.pt>.

<sup>74</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 29, refere que: "Tem-se assistido, em alguns domínios, a um fenómeno de equiparação das empresas, nomeadamente, microempresas, aos consumidores para efeito de proteção. Essas pessoas não são, no entanto, qualificadas como consumidores".

enganosas, mais concretamente o art. 7.º, n.º 3, foi alargado à relação jurídica entre comerciantes.

Esteve na base deste alargamento a ocorrência de esquemas fraudulentos praticados por empresas nas relações com outras empresas<sup>75</sup>.

Estamos perante uma mudança no RPCD que passou a ser aplicável, quanto a certas práticas, também na relação de empresas com outras empresas<sup>76</sup>.

Estabelece o respetivo normativo que, nas relações jurídicas entre empresas, é enganosa qualquer 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 a certos elementos<sup>77</sup>.

Queremos com isto dizer que, a prestação de informação falsa ou de informações objetivamente verdadeiras, mas passíveis de no próprio contexto serem interpretadas de forma errada pela empresa consumidora, consubstancia uma prática enganosa que cabe no âmbito da proteção do RPCD.

São elementos considerados essenciais do próprio contrato que, pela importância que adquirem ao nível da negociação pré-contratual, requerem que a proteção estabelecida no RPCD seja, também, estendível à relação comercial estabelecida entre concorrentes.

Quanto às omissões enganosas e às práticas comerciais agressivas, o regime de proteção não é aplicável às relações entre empresas<sup>78</sup>, merecendo proteção ao nível do regime da concorrência desleal<sup>79</sup> e da publicidade enganosa<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Ver preâmbulo do DL n.º 205/2015, de 23 de setembro.

<sup>76</sup> MAIA, Pedro, *Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 152, refere que relativamente a esta inovação no regime das práticas comerciais desleais: "(...) o legislador não ampliou o conceito de *consumidor* usado neste diploma – que se manteve circunscrito às pessoas singulares -, tendo-se servido, sim, da ampliação parcial do seu âmbito *subjetivo*, (...) técnica com implicações, uma vez que, às relações entre empresas que agora passaram a ser também abrangidas, não deverá aplicar a Lei de Defesa do Consumidor, enquanto regime mais geral no plano do direito do consumidor (mas neste âmbito afastado pelo regime do DL n.º 57/2008)".

<sup>77</sup> Ver art. 7, n.º 3, do RPCD.

<sup>78</sup> MAIA, Pedro, *Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 154, considera que: "O que não significa, necessariamente, que tais condutas sejam lícitas, significando apenas que não são proibidas ao abrigo do disposto no DL n.º 57/2008, enquanto práticas comerciais desleais".

<sup>79</sup> Ver art. 317.º, do Código da Propriedade Industrial.

<sup>80</sup> Ver art. 11.º do CP.

Para revestir o âmbito subjetivo do regime, como já foi referido *supra*, entendeu-se por consumidor, qualquer pessoa singular que nas práticas comerciais abrangidas pelo RPCD atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional<sup>81</sup>.

A técnica legislativa, imbuída do espírito de padronização do regime previsto na Diretiva, consagrou três níveis de proteção, partindo de uma cláusula geral de proteção para cláusulas especiais de proteção.

O primeiro nível de proteção corresponde a uma proibição genérica de práticas comerciais desleais, tendo como circunstancialismo o recurso a conceitos indeterminados<sup>82</sup> que possibilitarão em, *ultima ratio*, a inclusão de uma prática comercial desleal neste preceito.

O segundo nível de proteção contempla também duas cláusulas gerais, mas que têm carácter especial face à cláusula geral, proibindo as modalidades de práticas comerciais mais comuns: as práticas comerciais enganosas – nas modalidades de ação e de omissão - e práticas comerciais agressivas. Apesar de recorrer a conceitos vagos tal como a cláusula geral, o carácter desleal deste tipo de práticas já não exige a desconformidade da mesma com a diligência profissional<sup>83</sup>.

O terceiro nível de proteção fixa um catálogo fechado de práticas comerciais que serão proibidas em qualquer circunstância. São as práticas mais recorrentes no mercado que se circunscrevem às situações mais periclitantes no âmbito de uma relação jurídica de consumo.

A inclusão no RPCD da chamada “*lista negra*”<sup>84</sup> estabelece uma segurança no sistema, não possibilitando ao intérprete qualquer margem de modificação da mesma, a qual só poderá ser alterada mediante revisão da Diretiva<sup>85</sup>. Esta

---

<sup>81</sup> Ver art. 3.º, al. a), do RPCD.

<sup>82</sup> Ver art. 5.º do RPCD, o conceito de diligência profissional.

<sup>83</sup> Ver Ac. do TJUE de 19 de setembro de 2013, Processo C-435/11, disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>, pontos 42, 43, 44 e 45.

<sup>84</sup> LIZ, Jorge Pegado, “A Lealdade” no Comércio Jurídico ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 44, 2005, p. 84, refere que: “Trata-se daquilo que no jargão jurídico comunitário se chama uma “*lista negra*”, com a particularidade de ser uma lista taxativa e fechada”.

<sup>85</sup> Ver art. 5, n.º 5, da Diretiva.



opção merece, contudo, algumas críticas, dado o seu carácter estanque e inadaptável a novas situações<sup>86</sup>.

Na atividade subsumível da prática comercial, o intérprete deverá fazer o percurso inverso ao mencionado no regime.

Assim, primeiramente, o intérprete deverá verificar se a prática comercial em causa cabe na lista de práticas comerciais enganosas ou agressivas em qualquer circunstância<sup>87</sup>. Em caso negativo, deverá conferir se o enquadramento da prática comercial recai na modalidade de prática comercial enganosa – ação ou omissão, ou na modalidade de prática comercial agressiva<sup>88</sup>.

Por fim, falhado o enquadramento da prática comercial nos dois níveis anteriores, só restará a proteção dentro do primeiro nível, que consagra a cláusula geral de deslealdade.

A cláusula geral funciona, assim, como a *ultima ratio* do instrumento normativo onde cairão todos os casos de práticas comerciais desleais que não se circunscrevem nos níveis anteriores.

De notar que a técnica legislativa, com a adoção de noções amplas, possibilita a ocorrência de divergências interpretativas colocando em causa os objetivos do regime de harmonização e padronização; originando uma perda de confiança jurídica, mas ganhando na flexibilidade de alguns conceitos, nomeadamente, no que se refere à cláusula geral<sup>89</sup>.

Inicia-se a tipificação do regime com recurso a conceitos amplos, para depois os comprimir nas duas modalidades específicas de práticas comerciais desleais: numa modalidade de práticas comerciais enganosas e agressivas e

---

<sup>86</sup> LIZ, Jorge Pegado, “A Lealdade” no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 84, menciona como principais críticas: “Desde logo a estrutura da própria lista, grande de 31 “casos”, muitos deles subdivididos, sem qualquer sistematização nem tipologia, elaborada ao correr da imaginação. (...) o “*imobilismo*” da lista, não permitindo o adicionamento de situações novas que venham a ser detectadas, em face da ausência de uma “*tipologia*” e do carácter “*casuístico*” da sua formulação, por um lado e, por outro, a ausência de uma “*lista cinzenta*” de práticas, que todos os parceiros sociais reclamam, com a identificação de práticas típicas que, segundo as circunstâncias as situações, ou o tipo de transações pudessem constituir práticas desleais, se o juiz assim o entendesse, na apreciação dos casos concretos e do contexto da transação”.

<sup>87</sup> Ver arts. 8.º e 12.º, do RPCD.

<sup>88</sup> Ver arts. 7.º, 9.º e 11.º, do RPCD.

<sup>89</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 146, refere que temos de: “traçar uma noção bastante ampla e suficientemente flexível para permitir uma constante adaptação às necessidades do tráfego jurídico”.

noutra modalidade de práticas comerciais enganosas e agressivas em qualquer circunstância.

Há ainda quem entenda que a construção de uma cláusula geral tão vaga propicia um conteúdo normativo sem aplicabilidade<sup>90</sup>.

Mas todos estes níveis têm um denominador comum: a capacidade de a prática comercial desleal distorcer ou, pelo menos, ser suscetível de alterar de maneira substancial o comportamento económico do consumidor levando-o a tomar uma decisão negocial que não teria tomado de outro modo.

Por conseguinte, num corolário de atualidade e mutação de mercado, é razoável a tentativa do RPCD querer abarcar todas as práticas suscetíveis de cair no reduto da deslealdade, sendo certo que a segurança e confiança jurídica seja sempre alcançada.

### **2.3. O princípio da deslealdade como fio condutor da estrutura do regime jurídico**

O RPCD consagra uma cláusula geral de deslealdade. Traduz-se, esta, numa abordagem genérica do que podemos considerar práticas – ações ou omissões desleais - o que resulta, *a contrario sensu*, que todos os atos não subsumíveis no conceito serão, na visão do sistema, considerados leais.

Optou-se pelo recorte pela negativa da matéria das práticas comerciais, o que gerou controvérsia logo na fase inicial de prolação da Diretiva.

Houve quem considerasse que a formulação pela negativa da cláusula geral, aliada aos conceitos e ao modo como são exemplificadas as práticas comerciais, levaria a uma redução da proteção dos consumidores<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p.189 considera a este respeito que: “A complexidade destes preceitos, associada ao grande número de requisitos exigidos e à necessidade de se ter em conta, para aplicação do art.º 5, três das definições constantes do art.º 3 do diploma (prática comercial; diligência profissional; distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores), igualmente complexas e exigentes; torna praticamente inaplicável a cláusula geral do diploma”.

<sup>91</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., pp. 109 e 110, crítica a formulação dizendo que a Directiva: “Em vez de definir o que seja a *“lealdade no comércio”* preferiu antes partir de uma caracterização de práticas desleais. Preferiu mal. Em vez de consagrar, uma cláusula geral de lealdade, optou por uma cláusula geral de deslealdade”. Se se aliarem a esta circunstância os termos das próprias definições e o modo como são enunciadas as práticas, fácil é de

Tendo em consideração que o desígnio do regime é a proteção dos consumidores contra as práticas comerciais desleais, entende-se a formulação pela negativa da cláusula geral, mormente, porque ao tipificar práticas proibitivas veda-se a sua execução aos profissionais. Todas as práticas que fujam do padrão de normalidade devem ser entendidas como desviantes e, por isso, proibidas.

Por conseguinte, as práticas comerciais leais devem ser encaradas como um padrão de normalidade<sup>92</sup>.

Partindo da análise de todo o diploma, no nosso entender, a enunciação pela positiva do que é uma prática comercial leal não se ia coadunar com o caráter proibitivo de todo o instrumento normativo. O elenco geral do diploma é, fundamentalmente, proibitivo fazendo sentido que a lei descreva as várias práticas comerciais que considera como desleais para, dessa forma, vedar a sua execução pelo profissional.

## **2.4. O conceito de prática comercial desleal**

### **2.4.1. A distorção do comportamento económico do consumidor**

A distorção do comportamento económico do consumidor aparece como condição a observar no RPCD. Para efeitos do regime, uma prática comercial distorce o comportamento económico do consumidor quando a sua realização 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<sup>93</sup>.

A criação de uma situação de engano, a atuação contrária à diligência profissional, é seguramente causa da distorção substancial do comportamento

---

ver que o alcance da proteção dos consumidores é reduzido. Foi essa a razão que levou várias instituições e organizações a pronunciarem-se contra esta orientação”.

<sup>92</sup> MASSAGUER, José, *El Nuevo Derecho Contra La Competencia Desleal: la directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006, p. 61, refere que: “La primeira indicación avanzada por la Comisión advirtió que la prohibición general de las prácticas comerciales desleales podría inspirarse en el «buen comportamiento comercial» (...) «buena conducta comercial», al «grado de cuidado y pericia aplicados por el buen empresario”.

<sup>93</sup> Ver art. 3.º, al. e), do RPCD.

do consumidor. De mãos dadas com a distorção substancial do comportamento económico do consumidor está uma decisão de transação<sup>94</sup> feita pelo próprio.

Por conseguinte, tendo em conta o princípio da autonomia privada<sup>95</sup> e uma consciencialização económica detida pelo consumidor, essa decisão de transação deve ser real, efetiva, livre e psicológica.

A aceitação pelo consumidor de uma proposta contratual deve corresponder a uma vontade exteriorizada, desprendida de qualquer elemento externo.

Numa relação jurídica de consumo, a decisão de transação do consumidor corresponderá à apreensão de toda a informação respeitante ao bem ou serviço que poderá vir a adquirir (elemento intelectual) e a uma vontade livre e esclarecida de celebrar o negócio (elemento volitivo).

Na práticas comerciais desleais há uma afetação da liberdade do consumidor para decidir, que tanto pode ser causada pela insuficiência da informação originando uma conceção errada ou incompleta da realidade, como pode ser causada pelo recurso a meios externos<sup>96</sup> que possam compelir o consumidor a contratar.

Mas essa afetação terá que ser substancial na medida em que muda o sentido inicial da tomada de decisão. Quer isto dizer que a prática só é considerada desleal e, conseqüentemente, proibida se for essencial para a decisão de transacionar<sup>97</sup>.

Assim, é exigível que a prática comercial gere a distorção do comportamento do consumidor. Haverá que ser potencialmente essencial para a decisão de

---

<sup>94</sup> Ver art. 3.º, al. l), do RPCD.

<sup>95</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, p. 102, referem como expressão fundamental do direito civil o “princípio da autonomia privada com a sua dimensão mais visível na liberdade contratual (art. 405.º CC). (...) poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*. Significa tal princípio, que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respetivas relações jurídicas”.

<sup>96</sup> São exemplos, a coação, o assédio e a influência indevida.

<sup>97</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 147, refere este requisito como: “requisito de essencialidade”, dizendo que, “esta essencialidade é o segundo requisito da definição genérica de prática comercial desleal e é repetido nos artigos que contemplam a proibição, em especial, das práticas comerciais enganosas e agressivas. Em qualquer caso, se a prática não for no mínimo, suscetível de determinar o comportamento do consumidor, ou seja, se não for potencialmente essencial na tomada de decisão do consumidor, ela não tem relevância”.

contratar e dessa forma cair no escopo da proteção do regime. Tal será aferido pelo nexos causal entre a prática comercial e a distorção da decisão.

Este facto traz à colação a necessidade de meios de prova que confirmem a aludida substancialidade.

O regime da prova, ao contrário do que seria desejável e espectável, impõe ao consumidor o ónus probatório da deslealdade da prática comercial<sup>98</sup>. Sendo, no entanto, atenuado com certas incumbências que podem recair sobre o profissional<sup>99</sup>.

Deveria, sim, impor aos profissionais a demonstração da correção das suas práticas, consagrando dessa forma um equilíbrio de forças, já que o regime probatório de qualquer facto é sempre mais penoso para a parte que detém o seu ónus; pois como vimos numa relação jurídica de consumo, o consumidor, face ao profissional, encontra-se numa posição bem mais fraca e desfavorável<sup>100</sup>.

De realçar que qualquer contraente pode estar sujeito a influências externas que afetem a sua decisão negocial. Bastará para isso pensarmos no Código Civil Português (CC) que prevê um regime de anulabilidade quando ocorram vícios na formação da vontade de contratar, com o intuito de proteger os contraentes contra intromissões no seu processo de formação de vontade negocial<sup>101</sup>.

No entanto, o RPCD deve funcionar como regime de excelência e de proteção mais fortalecida, porquanto, estamos perante uma relação jurídica de consumo em que uma das partes da relação é mais frágil e dispõe de menos meios de

---

<sup>98</sup> LIZ, Jorge Pegado, "A Lealdade" no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 88, explica quanto a este ponto que: "se traduzirá na prova de fatos negativos, considerada, desde o direito romano como praticamente impossível (prova diabólica)".

<sup>99</sup> Ver art. 12.º, da Diretiva, art. 22.º, do RPCD.

<sup>100</sup> LIZ, Jorge Pegado, "A Lealdade" no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica à Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 89, refere que: "Este regime de prova a cargo do consumidor apenas é atenuado pela obrigação de os Estados-membros preverem na transposição da Diretiva que as entidades competentes para dirimir os conflitos possam exigir aos profissionais a prova de factos que aleguem relativamente à prática comercial, no caso de "essa exigência se revelar adequada à luz das circunstâncias do caso", podendo considerar "inexatas as alegações factuais se as provas não fossem apresentadas ou fossem julgadas insuficientes" (artigo 12.º)".

<sup>101</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria geral do Direito civil*, ob. cit., pp. 498 e 499, explicam quanto a este respeito que: "Trata-se de perturbações do processo formativo da vontade, operando de tal modo que esta, embora concorde com a declaração, é determinada por motivos anómalos a valorados, pelo direito, como ilegítimos. A vontade não se formou de um «modo julgado normal e são»".

informação face ao profissional devendo, por isso, beneficiar de um regime mais protetor.

#### **2.4.1.1. O advérbio “substancialmente” aplicado no conceito de distorção do comportamento económico dos consumidores**

O RPCD, nas três vertentes de proteção do consumidor (cláusula geral de deslealdade, práticas comerciais enganosas ou agressivas, práticas enganosas ou agressivas em qualquer circunstância), abarca várias práticas comerciais potencialmente distorcidas do comportamento do consumidor.

O requisito da distorção substancial do comportamento económico do consumidor está plasmado nos três níveis de proteção, mormente na cláusula geral, na identificação de práticas agressivas e enganosas e, ainda que não esteja expresso na lista de práticas comerciais desleais em qualquer circunstância, sejam enganosas ou agressivas, podemos considerar que o seu evento está implícito<sup>102</sup>.

Estas distorções visam alterar o comportamento do consumidor, conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria.

O que chama à colação a definição de decisão de transação<sup>103</sup>, que corresponde invariavelmente à decisão de atuar, de adquirir através de um contrato um produto ou serviço. Esta decisão não é vista em termos abstratos, antes, sim, na relação com um bem em concreto<sup>104</sup>.

A prática comercial, para relevar no espírito do regime, terá que distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor. Não basta uma mera influência ainda que relevante.

---

<sup>102</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 147, enuncia que: “Todos estes níveis têm um elemento em comum: a condução ou suscetibilidade de condução do consumidor a tomar uma decisão negocial que este não teria tomado de outro modo. Ou seja, a prática comercial só é considerada desleal, e por isso proibida, se for potencialmente essencial para a decisão o consumidor relativamente à celebração e ao conteúdo de um contrato ou ao exercício de um direito contratual, independentemente de o consumidor decidir ou não agir (“decisão negocial”).”

<sup>103</sup> Ver art. 3.º, al. l), do RPCD.

<sup>104</sup> Ver art. 2.º, al. k), e considerando 7 da Diretiva.

A opção de adquirir o bem ou serviço deve ser moldada pela prática, de forma a prever que, na ausência da prática comercial, o consumidor não teria decidido adquirir o bem ou serviço<sup>105</sup>.

Em súmula, se não tivesse ocorrido desvirtuação no processo formativo da vontade do consumidor, não haveria adesão à proposta contratual.

O consumidor atua como verdadeiro agente no mercado, no entanto, o que molda a sua decisão de transação não são motivações exclusivamente económicas, antes decisões livres e ponderadas num verdadeiro exercício da sua autonomia<sup>106</sup>.

Ainda que possam existir práticas suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor, interferindo no seu processo formativo de decisão, a opção de transacionar é um processo puramente privado.

Toda a construção de um negócio de consumo se desenrola na mente do consumidor, fruto da informação obtida e da interação com o profissional.

Assim, na maioria das vezes, a decisão do consumidor forma-se pela junção de diversos fatores. As práticas comerciais desleais não são as únicas circunstâncias que podem determinar o sentido da decisão.

Apreciar a substancialidade da distorção passa por demarcar qual o peso que a prática comercial teve no processo de formação da decisão de transação<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 91, explica que: “a distorção substancial do comportamento económico do consumidor resulta de uma redução sensível da sua aptidão para tomar uma decisão livre, ponderada e esclarecida, ou seja, o impacto daquela distorção toda o discernimento do consumidor ao ponto de o fazer tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado, na medida em que a sua vontade, por não reunir os requisitos essenciais da sua formação, está viciada”. MASSAGUER, José, *EL Nuevo Derecho Contra La Competencia Desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, ob. cit., pp. 79 e 86, refere que: “(...) este elemento de la prohibición general configura la práctica comercial desleal, en cuanto acto ilícito, como un ilícito de peligro: la infracción de la prohibición general no requiere, en efecto, que la práctica comercial considerada distorsione realmente la conducta de los consumidores, sino sólo que pueda distorsionarla.” “ (...) la substancialidad de la distorsión del comportamiento económico consiste en la efectiva aptitud de la práctica para influir «de manera apreciable» en las decisiones de mercado de los consumidores y, en particular, para llevarles a observar un comportamiento económico distinto del que hubieran seguido en otras circunstancias”.

<sup>106</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 107, afirma a este respeito que: “O comportamento do consumidor é classificado como sendo “económico”, i.e. orientado por motivações ou razões de ordem puramente económica, tendente a uma “decisão esclarecida”. É sabido, ao contrário, que os consumidores não atuam no mercado como “agentes económicos” segundo as regras de racionalidade económica mas antes as suas motivações são de natureza bem diversa”.

<sup>107</sup> Em alguns estabelecimentos, é comum oferecer uns biscoitos ou café ao cliente, no decurso do processo negocial. Trata-se de uma prática fixada e que, embora possa criar um ambiente atrativo para o consumidor, não tem a virtualidade de mudar o sentido da sua decisão. MASSAGUER, José, *El Nuevo Derecho Contra La Competencia*

Esta avaliação será feita do modo mais objetivo possível, tendo como referência o consumidor médio e as concretas particularidades do caso.

#### 2.4.2. A premissa da diligência profissional

A noção de diligência profissional é produto da UE<sup>108</sup>.

A Diretiva determinou o conceito de diligência profissional, segundo o padrão de competência especializada e de cuidado, que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade do profissional<sup>109</sup>.

Numa coerência de conciliação de regimes, a formulação da cláusula geral corresponde a uma lista de princípios utilizada pelos vários EM nos seus ordenamentos internos, que pode consistir, no entanto, numa mistura de noções imprecisas e de difícil aplicação pelo intérprete<sup>110</sup>.

---

*Desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, ob. cit., p. 85, refere que: “La formulación de la distorsión del comportamiento económico, a mi modo de ver, no resulta necesariamente afortunada. El pleno conocimiento de causa, en efecto, parece remitir a la información y datos fácticos de que dispone el consumidor para adoptar un comportamiento económico u outro, pero carece de toda exigencia acerca de la calidad y naturaleza de esa información y datos y, en particular, acerca de su conformidad con los principios que gobiernan la adopción de decisiones por la demanda y, singularmente, por los consumidores en un sistema de competencia económica”.

<sup>108</sup> Ver Ac. do TJUE de 19 de outubro de 2000, Processo C-15/99, ponto 37, Ac. do TJUE de 26 de novembro de 1998, Processo C-370/96, ponto 26, Ac. do TJUE de 1 de abril de 1993, Processo C-250/91, ponto 24, disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

<sup>109</sup> Ver art. 2.º, al. h), da Diretiva. MARTINS, Alexandre Soveral, *A Transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março*, ob. cit., pp. 574 e 575, onde refere que relativamente as práticas comerciais desleais em geral, “É fácil comprovar já uma diferença em relação aos termos usados na Diretiva. Assim, para a Diretiva, a prática comercial desleal será a que é «contrária às exigências relativas à diligência profissional»; na lei portuguesa foi antes usado o termo «desconforme». Sempre se poderá discutir se toda a «desconformidade» é «contrária» às referidas exigências”. MASSAGUER, José, *El Nuevo Derecho contra La Competencia Desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, ob. cit., p. 59, refere a este respeito que, “El estándar jurídico o criterio escogido por la Directiva para enjuiciar y establecer la ilicitude concurrencial o, si se prefiere, la deslealtad de las prácticas comerciales frente a los consumidores es la diligencia profesional y, en particular, la conformidad con los requisitos de la diligencia profesional. La Directiva hace de la diligencia profesional, por lo tanto, norma de conducta y, en particular, norma que ordena la forma en que las empresas deben configurar y ejecutar sus prácticas comerciales”.

<sup>110</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 108, numa posição crítica explica que: “a noção de “diligência profissional” também está eivada de conceitos subjetivos e indeterminados como sejam o “que se pode razoavelmente esperar de um profissional”, de “acordo com a prática honesta de mercado”. Trata-se de uma petição de princípios conhecida, desde Aristóteles, como exemplo do que não deve ser uma definição”.



#### **2.4.2.1. A atuação do profissional segundo regras de competência e de cuidado**

A diligência impõe ao profissional que, no âmbito da sua atividade, observe princípios de correção, integridade e lealdade<sup>111</sup>. Trata-se de uma atuação especializada para com o consumidor.

Exige-se uma competência minuciosa e distinguida e não um padrão genérico de conduta pulverizada de regras de boa atuação empresarial a observar na realização de uma transação.

O profissional exerce uma atividade e, para tal, adquire conhecimentos técnicos e específicos. São esses conhecimentos particulares de cada atividade que formam o padrão de conduta a observar.

No entanto, e dissecando as regras de atuação de cada setor de atividade, não se pode remeter para uma atuação habitual e reiterada observada em cada setor para definir uma prática como sendo leal. Porque, seguindo este raciocínio, mesmo que uma prática comercial fosse desleal, uma vez fixada no mercado, transformar-se-ia numa prática leal, logo aceite.

O intento do regime não se coaduna com a reiteração de uma prática. É preciso que ela seja honesta e leal<sup>112</sup>. Há que ter em conta os usos sociais assim como os preceitos do mercado e de cada setor de atividade em particular<sup>113</sup>.

O nível de exigência deste requisito prende-se com a expectativa razoável que o consumidor tem em relação ao ente empresarial, expectativa essa, que se

---

<sup>111</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., p. 79, comenta a este respeito que: “Partindo, desde logo, da Proposta da DPCD, diligência profissional parte da boa conduta profissional, cuja tônica se encontra no grau de competência e de cuidado de um profissional – reforçada pela integração do princípio da boa fé”.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, in “EIDC”, Vol. III, Almedina: Coimbra, 2006, p. 152, considera a este respeito que devemos olhar: “ (...) para a específica atividade que seja desenvolvida pelo fornecedor ou prestador de serviços, devendo ser nesse âmbito que se devem determinar quais os usos que são praticados e quais são considerados honestos. O que significará que a determinação desses usos ou, pelo menos uma fração desses usos, pode variar conforme a atividade que seja desenvolvida”.

<sup>113</sup> CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Diretiva 2005/29/CE*, p. 148, refere a este nível que: “ Embora seja visível o esforço de concretização legal do que seja prática comercial desleal, essa concretização é feita com recurso a conceitos indeterminados (...), que não dispensam uma observação cuidadosa dos usos sociais e uma construção jurisprudencial e doutrinária assente em casos concretos”.

afere com o cuidado e competência que um profissional tem com o consumidor<sup>114</sup>.

Este critério, puramente objetivo que é, funde-se num *modus operandi* que deve ser observado em relação a todos os consumidores, seja qual for o setor de atividade em questão.

Não releva, assim, a posição concreta do consumidor e do profissional para a decomposição do que devemos entender como padrão de competência e de cuidado. A título de exemplo, se considerarmos que a expectativa do consumidor em relação ao profissional é baixa, a prática honesta de mercado já não releva. Aqui funciona o padrão mínimo de um profissional colocado naquela posição<sup>115</sup>.

#### **2.4.2.2. As práticas honestas de mercado**

As práticas honestas de mercado constituem critério de avaliação do padrão de conduta a ser observado pelo profissional.

Tal como se extrai da enunciação do preceito, as práticas comerciais de mercado devem ser formuladas como práticas verdadeiras onde vigora o princípio da honestidade<sup>116</sup>. A prática comercial será honesta se incluir um propósito de integridade, correção e honradez profissional.

As práticas são desenvolvidas pelos profissionais dentro do seu âmbito de atividade e aceites pelos seus parceiros económicos. Logo, para concretização de uma prática como honesta, socorreremo-nos do elemento código de conduta é essencial<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 127, refere que o critério a atender deve ser o de uma expectativa razoável, "Avaliada objetivamente, tendo em conta a competência e o cuidado de um profissional normal na relação com os consumidores".

<sup>115</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 127. Ver art. 129.º do Anteprojeto do Código do Consumidor que se refere aos "usos honestos praticados no âmbito da respetiva atividade".

<sup>116</sup> FROTA, Mário, *Das Práticas Comerciais na União Europeia - O Ordenamento da União Europeia*, in "Revista Portuguesa de Direito do Consumo", n.º 43, 2005, p. 37, refere que devem ser: "(...) susceptíveis de se aferir pelos códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 152, explica que: "apesar de não terem força obrigatória – no sentido de a sua observância depender de as partes se terem comprometido ao seu cumprimento -, refletem, nas suas regras, as práticas leais de comercialização".

Transpor o sentido de uma prática honesta para os códigos ou normas de conduta vai, naturalmente, assumir contornos distintos conforme os setores de atividade em causa<sup>118</sup> e vai determinar ao profissional uma atuação que atenda às expectativas do consumidor médio, enquanto marco de referência<sup>119</sup>.

Assim, os códigos ou normas de conduta constituem um instrumento proveitoso para aferir a honestidade ou desonestidade da prática comercial.

Como ferramenta de autorregulação das empresas, os códigos de conduta transpõem um conjunto de regras com vista a regular adequada e eficazmente aquele setor de atividade em específico<sup>120</sup>. A autorregulamentação das empresas não implica um confronto com a regulamentação estadual<sup>121</sup>.

De ressaltar que os titulares de códigos de conduta, que assegurem uma proteção superior à proteção contida no RPCD, podem tutelar esse nível de proteção, o que é de todo aceitável, desde que tenham como princípio a máxima defesa dos consumidores<sup>122</sup>.

Consequentemente, não existe um sinalagma da honestidade da prática comercial com o cumprimento de um código de conduta, o que nos leva a pensar, por um lado, que uma potencial violação de uma regra contida num determinado código de conduta não é condição *sine qua non* para admitir, *ad inicio*, que a prática é desonesta e, por outro lado, que o cumprimento de uma regra contida num código de conduta assume a prática comercial como honesta<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 153, refere que: “O facto de existirem códigos de conduta variados, aplicáveis consoante as matérias que regulem, revela, uma vez mais, que os vários âmbitos de atividade justificam, ou podem justificar, regras específicas”.

<sup>119</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas comerciais desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., pp. 80 e 81, refere que os códigos de conduta: “ (...) de acordo com o setor de atividade, impõem ao profissional, um determinado nível de qualidade, atendendo às expectativas de um consumidor médio, enquanto marco de referência, promanando desta fricção de interesses – comportamento do profissional vs expectativas do consumidor médio – a razoabilidade das últimas”.

<sup>120</sup> Ver art. 3.º, al. f), do RPCD, “Define-se o código de conduta, como o acordo ou conjunto de normas, não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou setores de atividade em específico”.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 153, sublinha a este propósito que: “Poderão coexistir com benefícios para ambas”.

<sup>122</sup> Ver arts. 17.º e 18.º, do RPCD.

<sup>123</sup> ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais - Um estudo da Diretiva 2005/29/CE*, ob. cit., pp. 83 e 84, menciona a este respeito que: “(...) dependendo dos setores de atividade, diferentes serão os padrões de comportamento adotados pelas respetivas associações representativas, pelo que, podemos encontrar-nos perante um determinado código de conduta que encerre normas traçadas pelos mais altos níveis de exigência, ou seja, um

Por seu turno, não podemos pensar que as entidades reguladoras de cada setor de atividade podem definir padrões mínimos de exigências aos profissionais, conformando dessa maneira as práticas comerciais como honestas, pois dessa forma o sistema de mercado ficaria totalmente subvertido.

Tendo em conta as regras de mercado e as regras específicas de cada setor de atividade, para a apreensão do conceito de prática honesta de mercado, terá que existir por parte do aplicador uma observação minuciosa dos costumes sociais, dos modelos éticos dos profissionais e, principalmente, uma análise particular de cada caso em concreto para que seja edificada jurisprudência e doutrina futura.

Devem ser utilizados os códigos de conduta como potenciais reveladores de certas práticas como honestas, tendo como teto limite os interesses e direitos dos consumidores.

#### ***2.4.2.3. O princípio geral da boa fé***

A boa fé é um princípio estruturante do nosso ordenamento jurídico com relevo no campo de todo o direito privado, em constante conexão com outro princípio basilar que é o da autonomia privada.

O princípio da boa fé realça a preocupação do Estado de direito em corrigir desequilíbrios e injustiças, colocando em análise os valores éticos da sociedade e as particularidades de cada situação em concreto<sup>124</sup>.

Eximamente densificado na nossa doutrina, o princípio da boa fé acompanha a relação contratual em todo o seu percurso de vigência, sendo disso exemplo, a boa fé objetiva na fase pré-contratual<sup>125</sup> e o cumprimento das obrigações<sup>126</sup>.

---

profissional que não as cumpra, está a romper com esse padrão, não está a incorrer numa prática de comércio desonesto". Ver art. 3, n.º 8, da Diretiva.

<sup>124</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., p. 124, refere que, este princípio, "Subjaz ao *Estado de Direito Social* dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá de meras justificações formais".

<sup>125</sup> Ver art. 227.º, do CC.

<sup>126</sup> Ver art. 762.º, nº 2, do CC.

Estas normas estabelecem ótimos pontos de partida para aferir a diligência profissional e, conseqüentemente, o cumprimento de todos os deveres exigíveis ao nível de uma relação negocial.

A diligência profissional corresponde, assim, ao padrão de esforço e colaboração exigível ao profissional, no cumprimento das suas obrigações<sup>127</sup>. No entanto, não poderá haver uma remissão cega do princípio da boa fé para o RPCD. Mormente, a legislação civilista está criada para relações igualitárias, em que as partes que compõem o contrato se encontram em pé de igualdade. Numa relação de consumo há uma parte enfraquecida pelo seu défice na informação reclamando, assim, uma elevação da fasquia do princípio da boa fé.

O princípio pode ser visto segundo duas perspetivas - uma perspetiva objetiva, que assume uma regra normativa de valoração de condutas, consagrando um raciocínio da solução esperável e cabendo depois ao juiz a aplicação conforme à regra jurídica.

A formulação objetiva do princípio é um *standard jurídico* usado para averiguar se os agentes no âmbito de uma relação contratual atuaram de modo leal, correto e franco, impedindo condutas desleais e impondo deveres conjuntos de colaboração. A título de exemplo, o art. 334.º do CC, que menciona os limites impostos pela boa fé.

A perspetiva subjetiva diz respeito ao estado de desconhecimento ou ignorância do agente em relação a certos factos<sup>128</sup>.

Toda a coerência do RPCD aponta no sentido de considerar o princípio da boa fé em sentido objetivo, como maneira de avaliar o modelo de conduta seguido pelo profissional.

---

<sup>127</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 1229 a 1230, refere que a diligência "corresponde à medida de esforço ou de colaboração exigível ao devedor no cumprimento das suas obrigações." " Trata-se de uma noção apresentada em várias fases, como ligada estreitamente à boa fé, a qual daria o *quantum* em causa".

<sup>128</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., p. 125, referem este circunstancialismo como a: "situação de quem *julga atuar em conformidade com o direito*, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior. Neste sentido, tradicional, a lei recorre à boa fé em inúmeras situações. Assim, p. ex. no artigo 243.º, nº 2, «a boa fé consiste na *ignorância* da simulação»; no artigo 291.º, nº 3, ao considerar de boa fé o terceiro que «*desconhecia*, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável".

Uma demonstração relevante do princípio da boa fé, nos dias de hoje, prende-se com a tutela do princípio da confiança. Recolhendo a ideia de que em certos casos foi relevante a confiança depositada no comportamento de um determinado profissional, o consumidor agiu em conformidade com as expectativas criadas, devendo, por isso, ser indemnizado pela frustração dessas legítimas expectativas<sup>129</sup>.

Uma situação de confiança gerada no decurso de um processo comunicacional entre consumidor e profissional cria, validamente, expectativas que ao serem defraudadas carecem de tutela efetiva.

Deste escopo retira-se que durante o processo negocial recai sobre o profissional deveres acrescidos de conduta, nomeadamente, deveres de informação clara e identificável, de lealdade e probidade, tanto na fase pré-contratual, como no cumprimento de todo o contrato<sup>130</sup>.

O princípio da boa fé não se esgota apenas numa proteção da confiança gerada, mas também num outro princípio fundamental: o princípio da primazia da materialidade subjacente. Que aponta para o sentido de que, mais do que o aspeto formal de uma atuação jurídica ser conforme a ordem jurídica normativa, é essencial que o conteúdo material dessa atuação jurídica seja conforme o direito<sup>131</sup>.

Adequando este princípio ao RPCD, vemos que o profissional não poderá, unicamente, exercer práticas que pelo seu aspeto exterior sejam conformes ao sistema normativo, é também necessário que ao lado do dever principal de

---

<sup>129</sup> Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., pp. 124 a 127.

<sup>130</sup> Ver Ac. do STJ de 22 de janeiro de 2009, Processo n.º 08B3301, onde se explica a este respeito que, "Em termos gerais, o instituto da *culpa in contrahendo* significa que a autonomia privada é conferida dentro de certos limites e sob as valorações próprias do Direito, sendo ilegítimos os comportamentos que, desviando-se da procura honesta e correta de um eventual consenso contratual, venham a causar danos a outrem bem como os comportamentos pré-contratuais que inculquem, na contraparte, uma ideia distorcida sobre a realidade contratual. Na *culpa in contrahendo* assumem primordial relevância os deveres de informação e de esclarecimento, respeitantes, antes de mais, ao clausulado contratual pretendido, e, particularmente, quando estamos perante sujeitos com poder contratual desequilibrado, com conhecimentos e experiências negociais e jurídicas desiguais, revestindo tais deveres, neste caso, maior amplitude, intensidade e extensão para a parte que detém a posição contratual mais forte, que lhe permite impor à contraparte, mais inexperiente ou menos esclarecida, cláusulas de que esta, por força dessa sua debilidade contratual, não logra colher o verdadeiro significado ou de que, pela mesma razão, nem sequer toma conhecimento", na internet em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>131</sup> SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 120, considera que: "A boa fé, aqui, pretende sublinhar os aspetos matérias em causa: não basta a conformidade formal com as normas aplicáveis ao caso. Sendo aplicado o princípio da boa fé, há que ponderar a situação de acordo com a harmonia de todo o sistema".

cumprimento da obrigação se verifiquem um conjunto de deveres acessórios de conduta, impostos por uma atuação segundo a boa fé.

Presente em toda a vida de uma relação contratual, o princípio da boa fé assume especial relevância na fase pré-contratual, especialmente, na vertente da proteção da confiança. Se, por um lado, as partes estão a ter o primeiro contato com vista a uma formação de negócio, por outro lado, o profissional necessita alcançar o interesse do consumidor das mais variadas formas, usando de técnicas orientadas de promoção e adesão, o que poderá levar, naturalmente, a perturbações no processo de formação da vontade negocial.

No RPCD, a concretização do princípio passa sistematicamente pela consideração das obrigações profissionais, o setor de atividade e seu âmbito.

Torna-se inexecutável a criação de um modelo geral e abstrato de atuação, pois só as circunstâncias em função do caso em concreto poderão determinar a maior ou menor amplitude da aplicação do princípio da boa fé.

### **2.4.3. A cláusula geral de deslealdade**

#### ***2.4.3.1. Caráter subsidiário e sua estrutura***

A cláusula geral de deslealdade, graças ao seu cariz subsidiário, serve como válvula de escape do RPCD. É o primeiro nível de proteção do instrumento normativo e tem como escopo fulcral padronizar a regulamentação sobre práticas comerciais desleais e, por conseguinte, substituir as cláusulas gerais de todos os EM sobre esta matéria<sup>132</sup>.

Assim, e decompondo a cláusula geral, observamos que a sua aplicação obedece à averiguação de determinados pressupostos, nomeadamente: existir uma relação jurídica de consumo; inerente a essa relação jurídica coexistir uma ou mais práticas comerciais que sejam desconformes à diligência profissional e

---

<sup>132</sup> Ver considerando 13 da Diretiva, onde refere que, "A fim de realizar os objetivos 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 Diretiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores".

suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor.

O carácter leal ou desleal das práticas será aferido usando como referência o consumidor médio ou, tratando-se de um grupo claramente identificável de consumidores<sup>133</sup>, o membro médio desse grupo.

A prática comercial será, assim, proibida se contrariar as exigências relativas à diligência profissional e distorcer ou ser suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor.

A norma é composta por conceitos indeterminados que carecem de preenchimento valorativo. Possuem a característica em comum de serem totalmente subjetivos e insuscetíveis de uma verificação objetiva por padrões científicos ou confirmáveis<sup>134</sup>.

Apesar de o próprio legislador apontar pistas com um elenco de definições<sup>135</sup>, impõe-se ao aplicador da lei um trabalho minucioso de aplicação da *ratio legis* do regime às particularidades de cada caso em concreto.

Refletiremos agora no alcance de cada elemento constitutivo da cláusula geral.

#### **2.4.3.2. O consumidor médio**

A suscetibilidade de distorcer o comportamento económico do consumidor tem como referência o consumidor médio ou, tratando-se de um grupo, o membro médio desse grupo.

Assim, num caso concreto, para averiguar a aptidão da prática comercial para distorcer o comportamento económico do consumidor usa-se o padrão do consumidor mediano colocado naquela exata posição.

---

<sup>133</sup> LIZ, Jorge Pegado, "A Lealdade" no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 77, considera que: "Na versão final da Diretiva a noção de "consumidor médio" foi temperada pela referência ao "ao membro médio de um grupo quando a prática comercial" for especialmente "dirigida a um determinado grupo de consumidores claramente identificáveis". O exemplo que a Diretiva dá refere-se a "consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade".

<sup>134</sup> Cfr. LIZ, Jorge Pegado, Práticas Comerciais Proibidas, ob. cit., p. 107.

<sup>135</sup> Ver art. 3.º do RPCD, onde se pode constatar que a lista de definições é incompleta quanto a todos os elementos carecidos de interpretação.



Trata-se portanto, de um critério objetivo de avaliação do caráter leal ou desleal da prática que não tem como referência o consumidor final da prática, antes sim, um consumidor mediano<sup>136</sup>.

Assinale-se, que o conceito chegou a fazer parte da proposta da Comissão, aludindo que seria primordial estabelecer a referência ao consumidor “médio”, na aceção do TJUE e não o consumidor vulnerável ou atípico<sup>137</sup>, porquanto, ainda antes da adoção da Diretiva o conceito de consumidor médio, tinha sido utilizado e desenvolvido pelo TJUE.

De notar que a Diretiva não define o conceito de consumidor médio, mas antes impõe que os tribunais nacionais, no exercício de aplicadores de leis e tendo em conta os casos em concreto, apliquem a noção, tendo como referência as orientações dadas pela jurisprudência do TJUE<sup>138</sup>.

Escortinando a jurisprudência do TJUE, a primeira referência à noção de consumidor médio aparece, no ano de 1995, no Ac. *Mars*<sup>139</sup> a propósito de uma indicação de “+ 10%” nas embalagens de gelados desta marca, indiciando que a dita embalagem ocupava uma superfície sensivelmente superior e que o preço do produto tinha sido aumentado, o que consubstanciava uma manobra enganosa ao consumidor.

---

<sup>136</sup> Ver art. 5.º, n.º 2, do RPCD, onde se estipula que, “O caráter leal ou desleal da prática comercial, é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. WEATHERILL, Stephen, “Who is the “Average Consumer”?”. In Weatherill, Stephen, Bernitz, Ulf- *The Regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005-29 : new rules and new techniques* Oxford: Hart, 2007 p. 115, refere que: “There may be an `average consumer` - but in practice few, if any, consumers will be rated average across the wide range of characteristics that serve to define the consumer”. KRÜGER, Maria Antonieta Gálvez, “O Consumidor de Referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais”, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, p. 521, refere que: “Segundo o Considerando 18 da Diretiva, o consumidor a ter em conta para avaliar a deslealdade de uma prática comercial é o consumidor ideal típico, que é «normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística».

<sup>137</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 87, explica que: “Este critério, que reflete o princípio da proporcionalidade, é aplicável sempre que uma prática comercial se destine ou afete a maioria dos consumidores, devendo ser adaptado sempre que a prática comercial se destine de maneira especial a um determinado grupo (por exemplo, as crianças), devendo, neste caso, a pessoa média deste grupo passar a ser o ponto de referência. Esta noção permitiria clarificar a aplicação da regra pelos tribunais nacionais, devendo reduzir de modo significativo a possibilidade de decisões divergentes relativamente a práticas semelhantes na UE e constituindo simultaneamente um instrumento que tem em consideração as características sociais, culturais ou linguísticas relevantes dos grupos visados, tal como é previsto pelo Tribunal”.

<sup>138</sup> Ver considerando 18 da Diretiva, em que nos refere que: “o critério de consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso”.

<sup>139</sup> Ver Ac. do TJUE, de 6 de julho de 1995, Processo C-470/93, na Internet em <http://curia.europa.eu>.

O TJUE utilizou pela primeira vez a referência a um *consumidor normalmente informado* para averiguar se a prática era ou não enganosa<sup>140</sup>. Ou seja, é de concluir que o consumidor médio será aquele que tem um conhecimento do profissional e do produto, não se exigindo que o nível de informação, quanto a estes elementos, seja profundo<sup>141</sup>.

Complementado este raciocínio, seguiu-se o Ac. *Gut Springenheide*, de 16 de julho de 1998, do TJUE<sup>142</sup>, no qual estava em litígio uma promoção (marketing) relativa à comercialização de embalagens de ovos que indicavam que as galinhas eram alimentadas por determinados cereais o que poderia induzir o consumidor em erro sobre as qualidades especiais dos ovos. O Tribunal considerou que se deveria atender à referência de um consumidor médio normalmente informado, mas também razoavelmente atento e advertido<sup>143</sup>, assim como, se deveria considerar a possibilidade de recurso a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial, sempre que existissem dificuldades especiais de avaliação do caráter enganoso da indicação<sup>144</sup>.

Logo, ao modelo de concretização considerado em *Mars*, de um consumidor médio normalmente informado, crescem ideias de advertência e atenção, porquanto não basta ao consumidor aceder simplesmente à informação sobre o produto e sobre o profissional. Deve procurar a informação e fazer uma análise criteriosa da mesma, exigindo-se que o consumidor adote uma postura ativa, crítica e zelosa dos seus interesses<sup>145</sup>.

O consumidor tem conhecimento prévio que o profissional na sua atuação de mercado tem como objetivo primordial a venda e que por isso, usará das mais variadas formas para o persuadir e convencer exigindo deste grande atenção e cautela face à informação que aquele lhe poderá verter.

---

<sup>140</sup> Ver Ac. do TJUE, de 6 de julho de 1995, Processo C-470/93, ponto 24, onde se refere que: “ (...) 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”.

<sup>141</sup> WEATHERILL, Stephen, *Who is the 'Average Consumer'?*, ob. cit., p. 122, refere que: “Similarly, any consumer, including the ‘average consumer’, is entitled to protection when buying package travel or timeshare or credit, all of which are matters regulated at EC level. The vision is therefore of an ‘average consumer’ who is no superman or superwoman”.

<sup>142</sup> Ver Ac. do TJUE, de 16 de julho de 1998, Processo C- 210/96.

<sup>143</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 194.

<sup>144</sup> Ver Ac. do TJUE, de 16 de julho de 1998, Processo C-210/96, ponto 37.

<sup>145</sup> KRÜGER, María Antonieta Gálvez, *O Consumidor de Referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 530, considera que: “aponta para um consumidor hipotético com nível de atenção (*alertness*) e discernimento».

No Ac. *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, de 22 de junho de 1999<sup>146</sup>, o TJUE considerou que o nível de atenção do consumidor também será aferido tendo em conta a categoria dos produtos em causa; extraíndo a ideia de que os consumidores não terão o mesmo nível de cuidado em todos os produtos que adquirem<sup>147</sup>.

O Ac. *Estée Lauder Cosmetics*<sup>148</sup> trouxe alguma maleabilidade ao conceito. Duas empresas de comercialização de cosméticos estavam em litígio porque a *Lancaster* comercializava um creme que tinha na sua designação o termo “*lifting*” e a *Estée Lauder* considerou que o termo “*lifting*” seria enganoso para os consumidores já que dava a impressão que o creme teria efeitos idênticos a uma operação cirúrgica de *lifting* da pele.

O TJUE considerou que, para aplicar o critério de consumidor médio ao caso em apreço, dever-se-ia ter em conta fatores sociais, culturais e linguísticos, uma vez que o termo “*lifting*” pode ser entendido pelos consumidores alemães de modo diverso do que é entendido pelos consumidores de outros EM (ponto 29)<sup>149</sup>.

Embora considerando que o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não deverá esperar que um creme cuja composição comporta o termo “*lifting*” produza efeitos duráveis (ponto 30), admitiu a possibilidade de recorrer a exame pericial ou pedido de uma sondagem de opinião, destinados a esclarecer quanto ao caráter enganoso da prática (ponto 31).

No Ac. *Darbo*<sup>150</sup> por exemplo, o TJUE entendeu que existem determinados aspetos que por serem do senso comum, devem ser conhecidos de todos os

---

<sup>146</sup> Ver Processo C-342/97, na internet em, <http://curia.europa.eu>.

<sup>147</sup> Ver Processo C-342/97, ponto 26, na parte em que diz que: “há que tomar em conta a circunstância de que o consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação direta entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem não perfeita que conservou na memória. Importa tomar em consideração o facto de que o nível de atenção do consumidor médio é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa”.

<sup>148</sup> Ver Ac. do TJUE, de 13 de janeiro de 2000, Processo C-220/98, disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

<sup>149</sup> Ver ponto 29 do Processo C- 220/98: “Há que verificar se fatores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo «*lifting*» empregue 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*”.

<sup>150</sup> Ver Ac. do TJUE, de 4 de abril de 2000, Processo C-465/98, disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

consumidores. Estava em causa a comercialização de uma embalagem de doce que continha no rótulo a menção “*puramente natural*”.

O Governo finlandês argumentou que o emprego da mencionada menção é suscetível de criar no consumidor médio a impressão de que o doce *Darbo* é um produto puro, da natureza, isento de impurezas ou de qualquer substância estranha (ponto 26).

Ficou, por isso, assente que é do conhecimento geral que o ambiente natural é poluído. Assim, a partir do momento em que os frutos são cultivados em tal ambiente ficam expostos aos poluentes aí existentes<sup>151</sup>. Ora, mesmo admitindo que em certos casos alguns consumidores possam ignorar esta realidade, esse risco é mínimo (pontos 27 e 28), pelo que, o emprego de “*puramente natural*” para a designação de um doce de morango, não foi considerada enganosa.

No Ac. *Toshiba*<sup>152</sup>, o TJUE entendeu que havia de atender à própria natureza do público a que a publicidade se destinava, pois, no caso em apreço o público-alvo era composto por comerciantes especializados.

No Ac. *Linhart*<sup>153</sup>, estando em litígio a colocação no mercado de produtos cosméticos com designação supostamente incorreta, a questão prejudicial era determinar se a indicação «dermatologicamente testado», tinha a virtualidade de atribuir a esse produto características que ele não possuía. O TJUE entendeu que a aplicação do critério do consumidor médio – normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, permitia considerar que a menção «dermatologicamente testado», só podia sugerir a ideia que esse produto tinha sido submetido a testes para avaliar os seus efeitos sobre a pele<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> KRÜGER, María Antonieta Gálvez, *O Consumidor de Referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais*, ob. cit., p. 532, refere que: “O TJCE, aplicando o critério de «consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e advertido», considerou que o consumidor não podia ser enganado pelo uso do termo «puramente natural» simplesmente devido ao facto da presença de pectina estar indicada no rótulo da embalagem. Além disso o, TJCE afirmou que, tal como tinha reconhecido num processo anterior, «os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm que adquirir, leem em primeiro lugar a lista dos ingredientes»”.

<sup>152</sup> Ver Ac. TJUE, de 25 de outubro de 2001, Processo. C-112/99.

<sup>153</sup> Ver Ac. TJUE, de 24 de outubro de 2002, Processo. C-99/01.

<sup>154</sup> KRÜGER, María Antonieta Gálvez, *O Consumidor de Referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais*, ob. cit., p. 535, refere que: “Seguindo este raciocínio, o TJCE declarou que a respetiva menção não podia induzir em erro um consumidor médio, atribuindo aos produtos em causa características que não

Posteriormente, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, no *Ac. Rotter/Ihmi*, de 5 de maio de 2009<sup>155</sup>, acrescenta que, relativamente a produtos de consumo do quotidiano vendidos a preço baixos, o nível de atenção do consumidor de referência, no que respeita ao aspeto exterior dos produtos, será também de nível reduzido.

A jurisprudência portuguesa concretiza este aspeto, considerando que nos bens de consumo diário e de valor reduzido os consumidores tendem a prestar menos atenção e que por isso serão consumidores medianos desatentos e apressados<sup>156</sup>.

Vemos assim, que o TJUE orienta o protótipo do consumidor como sendo um sujeito medianamente informado e que possui uma postura ativa, atenta e prudente<sup>157</sup>, nunca esquecendo as circunstâncias do caso, do tipo de contrato e de produto e do próprio enquadramento social e cultural do consumidor. Apesar dos esforços empregues num conceito que se assume abrangente e praticável, JORGE PEGADO LIZ perfilha uma ficção utópica do conceito<sup>158</sup>.

É inadequada a ideia pré-concebida de que os consumidores, ao atuarem no mercado, assumam características de prudência e diligência, quando, o que se verifica muitas das vezes é o inverso dessa situação. O consumidor age sob impulso consumista, existindo pouco de racional nas suas atuações.

---

possuíam e, de qualquer modo, um eventual erro quanto a essas características não seria suscetível de se repercutir na saúde pública”.

<sup>155</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 195. Processo T- 449/07, na Internet em <http://curia.europa.eu>.

<sup>156</sup> Ver Ac. do STJ de 26 setembro de 1995, Processo n.º 087043. Ver Ac. do TRL de 19 janeiro 2010, Processo n.º 25/07.5TYLSB.L1-1, onde refere que: “o consumidor induzido em erro ou confusão não é o consumidor ideal, atento e entendido ou conhecedor, pois, a proteção que a lei concede é ao consumidor médio, algo apressado e distraído, mormente no caso de produtos de preço baixo e vasto consumo”. Ver Ac. do STJ de 13 julho de 2010, Processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1, que nos elucida dizendo que: “A imitação ou a confundibilidade entre marcas pressupõem, um “confronto”, de modo a que se possa concluir, ou não, sobre se os produtos que as marcas assinalam são idênticos ou afins, (...). Esse confronto não demanda, da parte do consumidor, especiais qualidades de perspicácia, subtileza ou atenção, já que, no frenético universo do consumo, o padrão é o do consumidor médio, razoavelmente informado, mas não particularmente atento às especificidades próprias das marcas”. Ver Ac. do TRL de, 15 abril de 2010, Processo 483/04.0TYLSB.L1-8. Ver Ac. do TRP de 18 de setembro 2002, Processo n.º 0141458, onde é referido o «destinatário medianamente inteligente e atento». Disponível na Internet em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>157</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 129, reflete que: “não releva o consumidor com nível de informação baixo ou que seja pouco diligente nos seus negócios. Não se trata de critério meramente estatístico, mas não pode deixar de se atender, na sua concretização, à posição do consumidor, em matéria de conhecimentos e de diligência, no conjunto de consumidores que integram o grupo relevante”.

<sup>158</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, ob. cit., p. 108, considera que: “Um consumidor “médio” é uma utopia, ninguém é “médio” e, se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses e avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de proteção dos consumidores numa ficção”.

Utilizar um conceito objetivo de consumidor médio para avaliar a distorção do comportamento do consumidor alvo da prática é um exercício de abstração possível, mas pouco coincidente com o corolário da justiça do caso concreto e da máxima proteção do consumidor<sup>159</sup>.

Isto porque não existem consumidores iguais. O consumidor é ele por si, numa relação com as suas circunstâncias. O legislador apenas criou um modelo de consumidor ideal com níveis de informação e atenção fictícios, que leva a um juízo de avaliação capaz de aplicar os normativos do regime aos casos em concreto.

Notório fica que se a prática se dirigir a um grupo específico de consumidor, o consumidor médio será aquele que tiver as características regulares desse grupo<sup>160</sup>.

Mas se for uma prática comercial em geral, o âmbito a considerar será formado, em teoria, por todos os consumidores existentes. O que levará à análise de cada elemento desse universo de consumidores para encontrar qual o nível médio de esclarecimento e cuidado. Tarefa é árdua e carecida de meios.

O recurso a esta figura consubstancia um desdém das circunstâncias em concreto, reveladoras das singularidades de cada consumidor, que muitas das vezes são conhecidas do profissional e por este utilizadas para agir contrariamente à diligência profissional e dessa forma distorcer o comportamento económico daquele<sup>161</sup>.

O regime, numa busca de consumidor ideal, ergue a meta, protegendo os mais atentos e prudentes conquanto deixa de fora os mais distraídos e precipitados.

---

<sup>159</sup> KRÜGER, María Antonieta Gálvez, "O Consumidor de Referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais", ob. cit., p. 536, considera que: "Na prática, o TJCE estaria consciente que a interpretação da publicidade baseada num consumidor hipotético «normalmente informado e razoavelmente atento e advertido» é insuficiente. Certamente, dever-se-ia tentar, na medida do possível, ter em mente o «consumidor real» dos bens, cuja percepção está condicionada por diversas variáveis externas, que incluem o seu contexto social e de educação, o ambiente em que o consumidor recebe a publicidade, entre outros".

<sup>160</sup> LIZ, Jorge Pegado, "A Lealdade" No Comércio ou as Desventuras de Uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 77, refere quanto a este ponto que: "É certo que, na versão final da diretiva, a noção de "consumidor médio" foi temperada pela referência ao "membro médio de um grupo quando a prática comercial" for especialmente "dirigida a um determinado grupo de consumidores, claramente identificável".

<sup>161</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 196, garante que nestes casos: "O profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não seria influenciado pela prática."

E, certamente, serão estes os mais sujeitos a afetações no processo formativo da decisão de transação.

Considerando o descrito, abandonando o padrão de consumidor médio, cremos que se teria a ganhar adotando um critério de proporcionalidade para avaliar a suscetibilidade da prática distorcer o comportamento económico do consumidor.

O julgador, partindo de critérios de bom senso, ponderação e de análise da prática comercial, deverá tentar perceber se esta, tendo em conta o consumidor em concreto, seria capaz, ou não, de distorcer o seu comportamento económico<sup>162</sup>.

## **2.5. Práticas comerciais desleais em especial destinadas a consumidores particularmente vulneráveis**

Para aliviar a rigidez do conceito, o RPCD prevê um tratamento especial para os consumidores tidos como particularmente vulneráveis.

São práticas comerciais desleais em especial as suscetíveis de distorcer o comportamento económico, de consumidores especialmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, da sua idade ou da sua 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<sup>163</sup>.

O âmbito subjetivo deste regime é limitado, inserindo somente consumidores ou grupo de consumidores que, pela sua especial condição humana careçam de proteção reforçada. A particular vulnerabilidade destes consumidores

---

<sup>162</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 129 e 130, diz-nos a este respeito que: “O recurso a esta figura como critério de avaliação da deslealdade da prática tem como primeira consequência negativa a total desconsideração, para efeitos de aplicação do diploma, de circunstâncias concretas, reveladoras de alguma debilidade do consumidor, conhecidas pelo profissional e por este utilizadas, em desconformidade com a diligência profissional, para distorcer o comportamento económico daquele. Ou seja, o profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não será influenciado pela prática. Além de não ter em conta as circunstâncias concretas do contrato, o critério do consumidor médio tem também o defeito de colocar o nível de exigência de lealdade num patamar muito baixo. Os consumidores com menos competência e cuidado não são protegidos de forma adequada pela lei, por não ser tido em conta o seu comportamento económico face à prática comercial, o que revela a insuficiência do conceito para a proteção de uma parte significativa das pessoas”.

<sup>163</sup> Ver art. 6.º, do RPCD.

contende com características de extrema importância, nomeadamente, doença física ou mental, idade ou credulidade<sup>164</sup>.

Aparentemente, tratando-se de uma lista taxativa de circunstâncias, ficam de fora variadíssimas ocorrências igualmente relevantes, nomeadamente a doença ou morte de um familiar<sup>165</sup>. No entanto, cremos que o conceito de credulidade tem a virtualidade de abarcar todas essas situações, dado o seu caráter de subjetividade<sup>166</sup>.

Ainda assim, será um raciocínio arriscado, pois não existe uma relação direta entre a doença ou morte de um familiar e a credulidade numa prática comercial.

Parece-nos, no entanto, que a vulnerabilidade pode dever-se a qualquer razão, ainda que devidamente comprovada e sujeita a um juízo de apreciação<sup>167</sup>.

De realçar que não basta uma vulnerabilidade, mas sim uma vulnerabilidade particular e especial, que terá de ser apreciada com cautela<sup>168</sup>.

Analisando a Diretiva, este regime encontra-se inserido na cláusula geral, funcionando também como critério para a sua avaliação<sup>169</sup>. No entanto, no regime português, a opção legislativa foi a de inserir a proteção dos consumidores particularmente vulneráveis num regime autónomo face à cláusula geral<sup>170</sup>.

Consideramos que, em prol da harmonia regulamentar que medeia este regime, será de considerar que o normativo português, apesar de fornecer um

---

<sup>164</sup> GAUDÊNCIO, Aldo César Filgueiras, *Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: proteção contratual dos consumidores nos direitos da União Europeia, Portugal e Brasil*, in “Dissertação”, FDUC, p. 62, considera que: “ É igualmente necessário dizer que não há definição a nível comunitário sobre idade, doença física ou mental ou credulidade, de modo que a vulnerabilidade especial destes grupos de consumidores deve levar em consideração as suas qualidades pessoais, porque o fundamento desta vulnerabilidade atende ao risco que corre o consumidor de vir a ser lesado nos seus interesses económicos, atendendo que a probabilidade de lesão é aqui maior. Disponível na Internet em <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

<sup>165</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., pp. 199 e 200.

<sup>166</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 200, refere que: “(...) a credulidade – tem um grau de subjectividade muito grande, permitindo abranger todas as situações em que os consumidores que compõem o grupo são particularmente vulneráveis, tendo em conta a prática comercial ou o bem ou serviço em causa”.

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., ob. cit., p. 157, considera que, “ a vulnerabilidade pode ser devida a “qualquer razão”.

<sup>168</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 200, reitera que: “relewa essencialmente uma fragilidade identificável pela pertença a um grupo que ponha em causa uma parcela da liberdade do consumidor no momento da decisão de contratar”.

<sup>169</sup> Ver art., 5.º, n.º 3, da Diretiva.

<sup>170</sup> Ver art. 6.º do RPCD.



critério autónomo e especial, também se poderia encontrar no âmbito da cláusula geral.

O contexto de consumidores especialmente vulneráveis isenta o recurso à cláusula geral ou à qualificação da prática como enganosa ou agressiva, para considerar a prática comercial desleal. Exige, no entanto, que nestes casos o profissional deva prever que a sua conduta é suscetível de provocar essa distorção<sup>171</sup>. Quer isto dizer que, em vez de se demonstrar a desconformidade da prática comercial face à diligência profissional, tem que se provar que o profissional possa prever a potencialidade da prática comercial distorcer a decisão de transação.

Ora, comparando as duas exigências, a desconformidade da prática face à diligência profissional contida na cláusula geral e a previsão razoável de que a conduta era suscetível de distorcer o comportamento do consumidor vulnerável, temos reservas em admitir que o espírito do regime seja mais protetor face aos consumidores especialmente vulneráveis.

Tratando-se de um regime fortalecido, dirigido aos consumidores que necessitam de especial proteção face às suas características pessoais, cremos que a aplicação normativa deveria ser menos exigente do que a cláusula geral, o que não acontece. Na prática, parece que anula a vantagem que deveria existir por se considerar, especialmente, um grupo de consumidores particularmente vulneráveis.

### **2.5.1. O dolus bonus**

O art. 5.º, n.º 3, parte final, da Diretiva, consagra a validade de uma prática comercial comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 200, onde refere que: É ainda necessário que o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar uma distorção substancial do comportamento económico do consumidor. Note-se que não é necessário que o profissional tenha tido a intenção de o fazer, sendo suficiente que o tivesse podido prever”.

<sup>172</sup> Ver art. 5.º, n.º 3, da Diretiva.

O recurso a afirmações exageradas faz parte do comércio jurídico. Este facto leva-nos a relacionar este conceito com o *dolus bonus* previsto no nosso CC, “que determina que não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as conceções dominantes do comércio jurídico (...)”<sup>173</sup>.

Não se retira, no entanto, de nenhuma das disposições aqui mencionadas (práticas que consubstanciem afirmações exageradas e que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, ou, sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as conceções do comércio jurídico), que ao consumidor possam ser feitas declarações erradas e suscetíveis de o induzir em erro<sup>174</sup>.

O legislador nacional optou, uma vez mais, por excluir esta disposição aquando da transposição do regime.

No entanto, ao lermos o preâmbulo do RPCD<sup>175</sup> encontramos a seguinte referência: “O presente decreto-lei não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”, exatamente o mesmo conteúdo que consta da Diretiva.

Esta figura, no entanto, deve ser aplicada com a maior das cautelas, pois pode consistir numa via de atenuação dos deveres dos profissionais, levando-os a induzir em erro os consumidores ou a distorcer substancialmente o seu comportamento<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> Ver art. 253.º, n.º 2, do CC.

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 159, afirma a este respeito que: “(...) de nenhuma das disposições aqui referidas se retira o sentido que lhe possam ser omitidas informações que, nos termos da lei, o fornecedor deva disponibilizar ao consumidor”. O que supomos se pretende salvaguardar, é a possibilidade de os fornecedores e prestadores de serviços poderem fazer a divulgação dos bens que pretendem vender, evidenciando as suas qualidades, segundo os usos do comércio e os usos publicitários, mas sem induzir os consumidores em erro nem serem suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 182, refere que “não é admitido, nos negócios de consumo, o *dolus bonus*”, (...) na medida em que existe um dever de elucidar que resulta da lei”.

<sup>175</sup> Ver Preâmbulo do RPCD, onde refere que: “ O presente decreto-lei não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”.

<sup>176</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra: Editora, 1999, pp. 138 e 139, entende que: “ Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as conceções dominantes do comércio jurídico. Há aqui o que se chama o dolo bom. «o peixe é fresco?», perguntam sempre as senhoras antes de comprar. «Está uma maravilha, freguesa», respondem invariavelmente as varinas. É de tal maneira normal este diálogo que se não pode alegar dolo, se o peixe não estiver, afinal, fresco. Todavia, a formula do art. 253/2 peca por demasiado complacente” acrescentando que: “(a) proteção do consumidor permitiu já avançar, levando a deveres mais

Na verdade, as estratégias de promoção comercial concretizam-se muitas vezes pelo recurso a uma linguagem excessiva, pela imagem do produto desajustada da realidade, sabendo o consumidor que as afirmações transmitidas têm o seu *quantum* de desproporcionalidade e exagero.

Importar cegamente a figura do *dolus bonus* para o RPCD poderia incorrer, por um lado, na ação ou omissão de práticas comerciais contrárias à diligência profissional, o que contrariaria a proteção dada ao consumidor, por outro lado, negar o recurso a uma linguagem excessiva seria imprudente face à realidade do mercado de concorrência.

Parece-nos que o critério a aplicar nestes casos é o da ponderação, porquanto, um consumidor razoável sabe que nem toda a afirmação veiculada é uma afirmação literal e conforme a realidade.

Assim, quando num mercado lhe anunciam que determinado detergente tira todas as nódoas, o consumidor deverá saber que aquele detergente tem a virtualidade de tirar nódoas, mas que pode não tirar todas as nódoas. Ainda assim arrisca e procede à compra, mas compreendendo que se trata de um artifício de persuasão de adesão ao produto que o torna mais apelativo.

Já, se o profissional alegar que determinada planta cultivada no seu jardim de residência tem propriedades medicinais face a doenças do foro psicológico, a resposta será outra, incorrendo o profissional na prática de informação errónea, capaz de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor<sup>177</sup>.

Há que avaliar o uso de afirmações claramente exageradas ou que não sejam destinadas a ser interpretadas literalmente de maneira a evitar que tais práticas comerciais possam ser contrárias à diligência de um profissional, colocando em causa a proteção do consumidor.

---

precisos que os que resultariam deste enunciado genérico. O art. 8 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, sobre defesa do consumidor, estabelece o dever de informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada sobre as características, composição e preço do bem ou serviço (...)."

<sup>177</sup> Cfr. OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 159.

## 2.6. As práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas

O segundo nível de proteção do RPCD manifesta-se pela consagração de duas modalidades de práticas desconformes à diligência profissional que, pela sua ocorrência frequente, merecem um enquadramento diferenciado face à cláusula geral.

A deslealdade particular destas práticas comerciais começa pela perturbação do processo de formação negocial do consumidor, terminando numa tomada de decisão divergente da que teria tomado se não fosse a prática comercial.

Nas práticas comerciais enganosas ocorre uma adulteração da realidade contratual que afetarà o sentido negocial do consumidor.

Consecutivamente, a distorção do contexto negocial pode ocorrer pela transmissão de informação errónea ou, mesmo sendo verdadeira, por quaisquer outras razões, nomeadamente, a apresentação geral (ação enganosa)<sup>178</sup> ou a ocultação de elementos fundamentais da proposta (omissão)<sup>179</sup>, que induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro, o consumidor.

Nas práticas comerciais agressivas, a conduta do consumidor não é inteiramente livre e voluntária.

Ocorre uma afetação da consciência negocial do consumidor devido ao assédio, coação ou influência indevida, exercidos pelo profissional, com o único intento de conseguir a adesão à proposta contratual.

Um e outro correspondem a uma vontade corretamente declarada. No entanto, a vontade atual, efetiva e real é distinta da vontade acidental porquanto se não

---

<sup>178</sup> Ver art. 7.º, do RPCD.

<sup>179</sup> ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Editora Almedina, Coimbra, 2017, pp. 218 e 219, refere quanto a esta cláusula que: "Desta cláusula decorrem limitações positivas e negativas ao conteúdo dos contratos comerciais celebrados entre empresas e consumidores: o clausulado contratual deve (positivamente) fazer menção expressa, e (negativamente) não conter informação inverídica ou falaz, relativamente aos vários aspetos substanciais da relação negocial estabelecida (v.g., características do bem ou serviço, seus riscos, seus acessórios, entrega, garantias de conformidade, preço e respetiva forma de cálculo, serviços pós-venda, obrigações da empresa, direitos do consumidor, etc.)". Ver Ac. do TJUE de 16 de abril de 2015, Processo C- 388/13, ponto 39, "Como resulta da própria redação do art.º 6.º, n.º 1, da referida diretiva, uma prática comercial é considerada enganosa se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, designadamente, no que diz respeito às características principais do bem ou serviço, à assistência pós-venda, ao preço ou modo de cálculo do preço, (...)". Disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

tivesse ocorrido a circunstância enganosa ou agressiva, a vontade exteriorizada seria outra.

Em correspondência ao regime dos vícios de vontade regulados no CC, a decisão do consumidor é determinada por motivações irregulares e valoradas pelo direito, como ilegítimas<sup>180</sup>.

Sabe-se que não basta a mera criação de uma situação enganosa e agressiva. Impõe-se a sua materialidade: a prática, em si, tem que ser determinante para provocar a deformação do comportamento económico do consumidor, o destinatário/consumidor da prática deve ser, efetivamente, enganado, não bastando a eventualidade de o poder ser<sup>181</sup>.

A deformação do comportamento económico do consumidor deve ser avaliada tendo como referência o consumidor médio, tal como explanado aquando da análise da cláusula geral. E, embora, o legislador quanto às práticas agressivas e enganosas não o tenha mencionado de congruência com o princípio da harmonização máxima do regime, cremos que se deve estender este critério do consumidor médio para o segundo nível de proteção.

### **2.6.1. Práticas comerciais enganosas**

O RPCD consagra as práticas comerciais enganosas em duas espécies: as ações e as omissões enganosas.

A prática considera-se enganosa quando afeta o sentido apreciativo e a vontade do consumidor, conduzindo, assim, a uma tomada de decisão de transação que não teria tomado de outro modo. O dever de informação assume papel preponderante no que respeita ao exercício deste tipo de práticas comerciais.

---

<sup>180</sup> Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 498 e 499.

<sup>181</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 201, afirma que uma ação é considerada enganosa: "(...) se for suscetível de, simultaneamente, induzir o consumidor em erro em relação a aspetos relevantes do contrato e conduzi-lo a tomar uma decisão que, sem a prática, não tomaria. Assim, não basta que a informação seja verdadeira, sendo ainda necessário o seu fornecimento de forma correta pelo profissional, para que não possa induzir o consumidor em erro".

Olhando para o direito à informação vemos que, se encontra consagrado na CRP e que é tradicionalmente apontado como um dos direitos fundamentais dos consumidores<sup>182</sup>.

Percorrendo a variadíssima legislação de consumo encontramos, quase sempre, referência a este direito umbilicalmente ligado à proteção dos consumidores. Inerente ao fornecimento de bens e serviços de consumo o comerciante possui um dever de prestar informação, cabendo assim este direito, na extensão exclusiva do direito do consumidor<sup>183</sup>.

O paradigma da concorrência pressupõe uma ideia de transparência para o bom funcionamento do sistema de mercado, consistindo essa transparência no conhecimento por parte de todos os atores do comércio, dos elementos essenciais para a tomada de decisões ponderadas<sup>184</sup>. É um verdadeiro instrumento de defesa do consumidor que o acompanha ao longo de toda a vida negocial<sup>185</sup>.

A LDC concede aos consumidores um direito à informação em geral (art.7.º) e um direito à informação em particular (art.8.º).

Recai, assim, sobre todas as instituições públicas, o dever de darem a conhecer aos consumidores os seus direitos e as formas de os exercerem, assim como o ónus que impende sobre os profissionais no âmbito de uma relação jurídica de consumo, de fornecerem toda a informação relativa às características essenciais do produto<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Ver art. 60.º, nº 1, da CRP.

<sup>183</sup> REBELO, Fernanda Neves, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, in *Liber Amicorum* Mário Frota, "A causa dos direitos dos consumidores", Editora Almedina, Coimbra, 2012, p. 104, considera que o direito à informação se trata: "(...) No âmbito exclusivo do direito do consumidor, de uma prestação positiva oponível ao agente da atividade económica que forne produtos e serviços no mercado do consumo".

<sup>184</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 179, considera que: "o «modelo de informação» suposto pelas concepções liberais e neo-liberais assenta nas seguintes premissas, por parte dos consumidores: consciência crítica das necessidades e ordenação de preferências; a possibilidade de comparação entre os diversos produtos e serviços oferecidos no mercado; conhecimento, em termos técnicos e económicos, da qualidade e preço de cada produto ou serviço; noção dos seus direitos e deveres".

<sup>185</sup> REBELO, Fernanda Neves, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, ob. cit., p. 105, refere que o direito à informação é "um dos pilares do direito do consumidor", e "um instrumento imprescindível de tutela do consumidor", encontrando a sua regulamentação num conjunto de diplomas legislativos de natureza geral e específica, dentro e fora do âmbito desse direito".

<sup>186</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit., p. 146, onde refere que: "O profissional encontra-se vinculado a fornecer ao consumidor todos os elementos de que disponha sobre o bem ou o contrato a celebrar, nomeadamente informações que possa ser relevantes para a decisão de contratar. Só assim se garante que a decisão de contratar é tomada de forma esclarecida, sendo este um dos objetivos transversais ao nosso ordenamento jurídico no que respeita a relações de consumo".

Implícita a esta tutela, está a necessidade de moderar as dissemelhanças informativas existentes entre profissionais e consumidores. Em regra, os profissionais são entes mais experientes, com um conhecimento profundo do mercado e da concorrência que é adversa aos consumidores, por norma, com um nível de informação deficitário quer sobre os produtos quer sobre o mercado em si.

O dever de informar é transponível a todas as fases do negócio, sendo que assume especial relevância na fase pré-contratual, o que nos levará a considerar que uma violação do dever de informação poderá recair no regime da *culpa in contrahendo*, possibilitando uma resolução do contrato por parte do consumidor assim como uma indemnização pelos danos daí decorrentes<sup>187</sup>.

No entanto, é um instituto pensado para as relações civis que não se coaduna com uma transposição literal para as relações de consumo.

Relacionando o dever de informação com o regime das práticas comerciais desleais em especial, nomeadamente, as práticas enganosas, vemos que há um aproveitamento da desinformação do consumidor, para daí retirar vantagens para os interesses empresariais. Verifica-se que o profissional fornece informações falsas ou, ainda que verdadeiras ocultem certos elementos, gerando no consumidor um tal estado de incompreensão que o leva a transacionar com o profissional, apesar desse défice informacional.

A real intenção do profissional baseia-se em toldar a decisão do consumidor em conformidade com as suas conveniências. A deslealdade aqui consagrada traduz-se no incumprimento por parte do profissional dos deveres de informação, enquanto sinónimo de transparência e lealdade empresarial.

Tal como já referimos, o dever de informação deve ser acutelado em todas as fases negociais, assumindo limites distintos consoante o contrato, setor de atividade e produto<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Ver art. 227.º, do CC.

<sup>188</sup> REBELO, Fernanda Neves, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, ob. cit., p. 123, concretiza que se deve "Adotar um conceito dever de informação *stricto sensu*, informar significa comunicar à contraparte os elementos de conhecimento necessários à adequada formação da sua vontade negocial, sejam os referentes aos aspetos jurídicos sejam os respeitantes às circunstâncias matérias do negócio. Se, porém, tal dever

Na carência de uma doutrina geral dos deveres informacionais no direito económico do consumo, definir este dever passa pela articulação com a diversa legislação sectorial<sup>189</sup>. Não se trata de uma mera transmissão de dados ao consumidor. A mensagem deve ser veiculada de modo claro e apreensível, chegando de forma adequada à esfera do destinatário.

A par desta exposição, o regime das Cláusulas Contratuais Gerais (CCG) poderá facultar algumas pistas proveitosas<sup>190</sup>. O regime das CCG consagra uma regulamentação em que a informação deve ser reiterada de modo adequado e atempado em função da importância do negócio, de forma a ser tomado o seu conhecimento efetivo por parte de um consumidor médio.

Argumenta-se se, ao lado desta posição ativa do profissional, não penderá sobre o consumidor um imperativo de se informar. Um plano extremista da situação antevê um consumidor ativo, conhecedor do mercado que se desdobra em todos os expedientes para colher toda a informação necessária sobre os produtos que pretende adquirir<sup>191</sup>. O consumidor que vai ao encontro do modelo de consumidor atento e esclarecido, proclamado pelo TJUE.

Do lado contrário, há quem entenda, que em nome da justiça negocial, quem detém o domínio sobre a informação é que deve disponibilizá-la à outra parte<sup>192</sup>.

Parece-nos, que o quadro ideal seria o meio-termo entre as duas posições, pois nem o consumidor se pode furtar ao seu papel de sujeito ativo de mercado, nem o profissional pode usar do pouco conhecimento e descuido deste para se subtrair aos seus deveres de esclarecimento.

---

resultar já do contrato, então o seu conteúdo é dirigido a dotar a contraparte dos conhecimentos essenciais e necessários para o exercício dos direitos contratuais”.

<sup>189</sup> Ver art. 9.º, n. 4, do RPCD.

<sup>190</sup> Ver DL n.º 446/85, de 25 de outubro.

<sup>191</sup> SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, ob. cit., p. 76, refere que assentando numa lógica de auto informação: “A doutrina francesa entende que, numa sociedade onde predominam a independência e a responsabilidade, parece natural defender que cada um tome conta dos seus interesses sem esperar auxílio de outrem, muito menos da contraparte”.

<sup>192</sup> SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, ob. cit., p. 78, refere que: “Há correntes doutrinárias contemporâneas sobre o contrato que vão mais longe e defendem que a liberdade deve ceder lugar à justiça contratual. A cada uma das partes seria de exigir uma ampla consideração dos interesses da contraparte pois o contrato é concebido como uma relação jurídica fundada na cooperação e na solidariedade”. Mas não podemos cair no extremo contrário e defender que o contrato é um espaço de solidariedade, de mera cooperação entre as partes. Esta visão distorce a realidade. Necessariamente, o contrato terá como função primordial a prossecução dos interesses de cada um, interesses estes que serão divergentes; contudo, um contraente não poderá ignorar, por completo, os interesses da contraparte, se a lealdade decorrente da boa fé lho impuser”.



### **2.6.1.1. Ações enganosas**

As ações enganosas pressupõem uma atuação positiva a cargo do profissional. Consistem em atuações que distorcem a realidade informacional, induzindo ou tendo a suscetibilidade de induzir em erro, o consumidor.

O art. 7.º, n.º 1, do RPCD contempla as ações enganosas em geral como alterações da realidade capazes de alterar a conduta dos consumidores<sup>193</sup>.

O art. 7.º, n.º 2, do RPCD acrescenta duas modalidades de ações enganosas, mas determinando a sua aplicação à avaliação de todas as “caraterísticas e circunstâncias” do caso concreto. Cabe neste âmbito, as situações de promoção comercial incluindo publicidade comparativa, bem como o incumprimento pelo profissional do compromisso efetivo decorrente do código de conduta.

O art. 7.º, n.º 3, do RPCD estabelece uma novidade no RPCD ao considerar enganosa a prática comercial que altere a realidade negocial e que seja potencialmente distorcida da conduta da empresa, consagrando, assim, a proteção da empresa na relação estabelecida com outra empresa, desde que a prática seja subsumível nas als. a) a d) e f) do art. 7.º, n.º 1, do RPCD.

Assim, procedendo à análise do normativo precedente, constatamos que o engano pode ocorrer por duas vias: o profissional transmite uma informação falsa<sup>194</sup>, incompleta ao consumidor ou, transmite uma informação que, embora, seja factualmente correta, o modo como é veiculada leva à indução em erro do consumidor.

Para ser relevante, no entanto, o engano terá que ser a causa que determina, ou que seja suscetível de determinar, que o consumidor tome uma decisão

---

<sup>193</sup> Ver Ac. do TJUE de 19 de dezembro de 2013, Proc. C-281/12, esclareceu que os dois requisitos exigidos são cumulativos: a criação de engano e a suscetibilidade de distorção da decisão do consumidor. “Uma prática comercial deve ser considerada «enganosa» 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”. Disponível na Internet em <http://curia.europa.eu>.

<sup>194</sup> MASSAGUER, José, *El Nuevo Derecho Contra La Competencia Desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, ob. cit., p. 104, que entende que: “La información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad de las cosas y, por ello, es inveraz. El empleo de información falsa en una práctica comercial es indevido (esto es, contrario a los requisitos de la diligencia empresarial) en todo caso, sin necesidad de acreditar que puede inducir a error a los consumidores”.

que, de outro modo, não teria tomado e que a doutrina designa por erro essencial<sup>195</sup>.

O art. 7.º, n.º 1, enuncia os elementos sobre os quais pode incidir o engano<sup>196</sup> e que correspondem, fundamentalmente, aos elementos substanciais de uma proposta contratual, essenciais para a tomada de uma decisão de transação livre, ponderada e adequada.

A redação da norma sugere que esses elementos informativos se aplicam sempre que o profissional transmitir uma informação factualmente correta (informação verdadeira), retirando-se, *a contrario*, que a propagação de qualquer informação falsa, ainda que sobre outros elementos que não os enunciados, configurará sempre, uma prática comercial desleal enganosa<sup>197</sup>.

Assim sendo, o intérprete deverá apreciar se, tendo em conta a forma como foi apresentada a informação verdadeira, esta seria suscetível de criar uma situação de engano e condicionar o comportamento do consumidor.

Isto porque, a virtualidade do engano não está na veracidade ou inveracidade da informação, antes, sim, no contexto em que é propagandeada, podendo originar uma situação de engano no subconsciente do consumidor. A consequência de tal ação enganosa consistirá, assim, numa transação comercial fundada em falsas expectativas.

É também enganosa, a prática comercial que difunda uma atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, que origine uma situação de confusão entre bens, serviço, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> LIZ, Jorge Pegado, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 111, refere que, para relevar o engano nas práticas enganosas: "(...) é necessário que o "erro" seja a causa determinante, ou, pelo menos, seja suscetível de determinar "o consumidor médio a tomar uma decisão que, de outro modo, não teria tomado." Trata-se, portanto, daquilo a que a doutrina chama de "erro essencial" sobre a causa".

<sup>196</sup> Ver o art. 7.º, n.º 1, do RPCD, que refere que os elementos são, " a existência ou natureza do bem ou serviço; as características principais do bem ou serviço; o conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio; o preço, a fórmula de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente".

<sup>197</sup> No caso português não ficou claro se a última parte do nº 1 do art. 7.º se aplicaria apenas às informações verdadeiras ou também às falsas. Mas analisando cautelosamente o artigo será esse o entendimento coincidente com o escopo normativo.

<sup>198</sup> Ver art. 7, n.º 2, al. a), do RPCD. Ver art. 16.º, do CP que dispõe: "a publicidade comparativa só é admitida quando não seja enganosa; quando compare bens que correspondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas

O profissional, nestes casos, pela utilização imerecida de símbolos semelhantes a um concorrente, induz em erro o consumidor acerca da origem dos seus produtos. Pelas correspondências entre bens e serviços, o consumidor é induzido a adquirir um produto, julgando que o está a adquirir o produto de outro profissional.

A ação enganosa pode ainda consistir no incumprimento, pelo profissional, de um compromisso efetivo decorrente de um código de conduta ao qual se vinculou previamente. O profissional terá que informar o consumidor que está vinculado por um código de conduta e que tal compromisso é efetivo. Aliás, a própria Diretiva consagra que o compromisso deve ser firme e verificável e não uma mera aspiração<sup>199</sup>.

O RPCD basta-se com o compromisso efetivo, tal como reiterado anteriormente. O consumidor cria expectativas legítimas ao saber que o profissional está vinculado a um código de conduta e atua em conformidade.

### **2.6.1.2. Omissões enganosas**

Nas omissões enganosas, o profissional renuncia ao seu dever de informador do consumidor sobre os requisitos substanciais do contrato que proporcionam uma tomada de decisão negocial clara, esclarecida e ponderada<sup>200</sup>.

A prática é enganosa sempre que haja omissão desses aspetos ou se estes, ao serem enunciados, o forem de modo tardio, pouco claro e ininteligível<sup>201</sup>.

---

desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; não gere confusão no mercado entre 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; não desacredite ou deprecie marcas; designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem a produtos com a mesma denominação; não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida". Disponível na Internet em <http://www.pgdlisboa.pt>.

<sup>199</sup> Ver art. 6.º, n.º 2, als. b), i), ii), da Diretiva. LIZ. Jorge Pegado, *As Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 112, em jeito de crítica considera que são: "Noções, em si mesmas fluidas e subjetivas - não se entende o que seja "uma mera aspiração" por contrapartida de um "compromisso firme", quando, do que se trata será da adesão, ou não, a um código de conduta voluntário, cujas normas serão incumpridas por quem aceite voluntariamente cumpri-las".

<sup>200</sup> MARTINS, Alexandre de Soveral, *A Transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março*, ob. cit., p. 577, refere que, ao contrário do que se encontra na Diretiva: "O legislador nacional optou por se referir à «informação com requisitos substanciais», diferentemente à formulação da Diretiva que dá lugar à expressão «informação substancial», o que não parece ser a mesma coisa".

<sup>201</sup> Ver art. 9.º, n.º 1, al. b), do RPCD. MARTINS, Alexandre de Soveral, *A Transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março*, ob. cit., p. 577, acrescenta que, "(...) a al. b) apenas contém a alusão à apresentação «de modo pouco claro, ininteligível ou tardio»,

Também se considera prática (omissão) enganosa sempre que haja ocultação por parte do profissional do seu objetivo comercial, desde que este não possa ser depreendido do próprio contexto<sup>202</sup>. Em todo o caso, estas omissões deverão distorcer o comportamento económico do consumidor médio.

O consumidor pode obter informação sobre o produto que quer adquirir das mais variadas formas, seja pela comunicação com o próprio profissional, seja pela publicidade de imagens, etiquetas, rótulos. No entanto, o cumprimento do dever de informação não se esgota com a mera abordagem publicitária, antes sim, quando há um efetivo convite a contratar por parte do profissional<sup>203</sup>.

A transposição, *tout court*, da referência “*convite a contratar*” pode originar dificuldades na sua interpretação dentro do ordenamento jurídico interno. Senão vejamos: no nosso direito interno, uma proposta contratual é uma declaração negocial firme e completa, manifestando uma intenção inequívoca de contratar<sup>204</sup>.

Por conseguinte, a inobservância de algum dos requisitos inerentes a uma verdadeira proposta negocial implica, logo à partida, que estejamos perante um simples convite. Esta solicitação não gera a virtualidade de criar uma situação jurídica de direito potestativo, mas antes uma disposição para futuramente querendo, poder contratar.

O convite a contratar, tal como consta do art. 3.º, al. i), do RPCD e constava do art. 184.º do Anteprojeto do Código do Consumidor, ao admitir que o consumidor efetua uma aquisição, incluindo as características do produto e o seu preço, sugere que se cria um sentido mais amplo de “convite a contratar”, pelo que deverá ser observado como uma verdadeira proposta contratual<sup>205</sup>.

---

da informação. Caiu assim, inexplicavelmente, a referência à apresentação de modo «ambíguo» da informação, que se lê no n.º 2 do art. 7.º da Diretiva. E, a nosso ver, mal. É que «ambíguo» não se confunde com «pouco claro» (e muito menos com «ininteligível»).

<sup>202</sup> Aqui se encaixam os casos de publicidade encoberta.

<sup>203</sup> De acordo com o art. 3.º, al. i), do RPCD, o convite a contratar consiste numa comunicação comercial que indica as características do bem e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efetue uma aquisição.

<sup>204</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., pp. 164 a 165, refere que no ordenamento jurídico português, é definida como proposta contratual: “(...) a declaração feita por uma das partes e que, uma vez aceite pela outra ou pelas outras, dá lugar ao aparecimento de um contrato”. A declaração negocial, para ser uma proposta, terá que reunir três requisitos: ser completa, assumir a forma exigida para o contrato definitivo e revelar uma intenção inequívoca de contratar”.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 165, refere que: “(...) em algumas mensagens transmitidas aos consumidores, os requisitos da proposta: ser completa, assumir a forma exigida para o contrato

Dado que a informação tem que ser difundida de modo adequado, facilitando a sua acessibilidade e compreensão pelo consumidor, caberá avaliar em que termos ocorreu a comunicação.

Há mínimos de informação exigíveis, fixados de acordo com o contrato em causa e os meios de difusão que o profissional tenha ao seu dispor. No entanto, existem elementos que devem constar de uma verdadeira proposta contratual que, pelas orientações comunitárias consagradas nesse sentido, constituem requisitos substanciais a inserir.

A lei consagra, de um modo geral, as informações substanciais a constar de uma proposta contratual<sup>206</sup>, sem esquecer que a maioria dos contratos de consumo tem exigências específicas de informação consoante o setor de atividade que esteja em causa.

Neste contexto, o art. 9.º, n.º 4, do RPCD manda remeter para os diversos diplomas setoriais do direito do consumo, apontando para a ponderação casuística a fazer de modo a obter-se a informação substancial necessária.

A remissão para os diversos diplomas setoriais antevê, muitas vezes, a previsão de sanções para a violação do dever de informação.

Vejamos o contrato de crédito ao consumo<sup>207</sup>. Na falta de elementos de informação essenciais, o contrato é nulo ou anulável. A diferença de previsão deste regime para o RPCD reside na inversão do ónus da prova.

---

definitivo e revelar a vontade inequívoca de contratar, poderão já estar preenchidos". A Autora ainda refere que: A expressão: "permitindo que o consumidor efetue uma aquisição", contida na parte al. i) do art. 3 do RPCD: "(...) poderá significar que bastará uma declaração do consumidor para que o contrato se celebre, ou seja, uma aceitação: "efectue uma aquisição". Então um "convite a contratar" poderá, na verdade, ser não um convite, mas uma proposta e nessa sequência "convite a contratar" terá aqui um sentido mais amplo do que aquele que lhe é tradicionalmente atribuído no ordenamento jurídico português". Acresce ainda que, à luz do art. 184.º do Anteprojecto do Código de Consumidor, se presume que "(...) constitui uma proposta ao público a mensagem publicitária que identifique o bem ou serviço oferecido e o seu preço, o que nos leva, com maior convicção, a entender que o sentido de "convite a contratar" poderá assumir um significado mais amplo, abrangendo a proposta".

<sup>206</sup> Ver o art. 10.º, do RPCD, que nos diz que: "são consideradas substanciais as seguintes informações: as características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço; 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 atua; 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; 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; a existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato".

<sup>207</sup> Ver art. 13.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho, disponível na Internet em <http://www.pgdlisboa.pt>.

No regime dos contratos de crédito ao consumo, o profissional é que tem que fazer a prova de que comunicou devidamente a informação, no RPCD (omissões enganosas) essa prova recai sobre o consumidor que terá que demonstrar que esses deveres não foram observados através da omissão de elementos essenciais e acrescer a prova de que tal foi determinante para a sua decisão de contratar.

Sabe-se assim, que, do ponto de vista probatório, o RPCD quanto às omissões enganosas é mais penoso para o consumidor, porquanto, provar o nexo causal entre a falta de requisitos e a decisão de contratar, torna-se uma tarefa quase impossível.

Poderá, no entanto, ser mais vantajosa a aplicação do RPCD sempre que a legislação setorial não preveja sancionamento para os casos de incumprimento do dever informacional; porque, a prever, o RPCD será sempre o último reduto. Aqui radica a dificuldade de aplicação do preceito.

### **2.6.2. Práticas comerciais agressivas**

O princípio da autonomia privada nas relações de consumo nunca é eficazmente realizável, fruto de algumas compressões que possam surgir na liberdade de ação do consumidor. Na maioria das vezes o desequilíbrio existente entre os sujeitos negociais leva a que o consumidor aceite as condições contratuais pré-definidas pelo profissional<sup>208</sup>.

Nas práticas agressivas, a intromissão do profissional no domínio da liberdade negocial do consumidor vai ainda mais longe, acentuando as discrepâncias.

Exercendo uma forte influência psicológica sobre o consumidor, o profissional cria situações de pressão e ameaça, conseguindo alterar o discernimento do consumidor no ato de contratar. O consumidor é controlado pelo profissional

---

<sup>208</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, ob. cit., p. 13, quanto à aceitação pelo consumidor das condições contratuais pré-estabelecidas pelo profissional refere que: "a autonomia da vontade significa a possibilidade duma tripla escolha livre na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas. A realidade mostra que essa autonomia é tanto menor quanto menos fortes sejam as condições sociais e económicas dos sujeitos de direito-agentes económicos, de modo que os mais débeis pouco mais são do que «sujeitos à sujeição» daqueles outros que dispõem de um poder negocial efetivo".

sem que se aperceba de tal situação ou, mesmo apercebendo-se, já não consegue resistir<sup>209</sup>.

A decisão do consumidor não é motivada pelo seu efetivo interesse no produto, mas antes pelo anseio de evitar ser perturbado pelo profissional. O escopo do regime das práticas agressivas é precisamente vedar estas situações que são contrárias a um exercício contratual que se pretende livre e espontâneo.

Para estarmos perante uma prática agressiva, o RPCD estabelece no art. 11.º, n.º 2, que devemos atender às características e circunstâncias do caso em análise e a vários outros aspetos, nomeadamente: o momento, o local, a natureza e persistência da prática; o uso de linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor; qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, sempre que o consumidor pretender exercer os seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional; qualquer ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível.

Nesta esteira, a prática comercial pode concretizar-se através de assédio, coação ou influência indevida.

Nesta disposição normativa não há referência ao consumidor médio o que parece, à partida, denotar que a remissão deve ser feita ao destinatário final da prática comercial<sup>210</sup>. No entanto, tendo sempre como ponto de referência o princípio da harmonização máxima e sua articulação com o consumidor médio, a análise da prática como agressiva deixa de fora o destinatário final da mesma

---

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, ob. cit., p. 169, considera a este respeito que o desejável é, "(...) que o consumidor tome decisões de contratar esclarecidas, que contrate, querendo, em consciência do que faz e como faz. Pretende-se, por isso, garantir a liberdade de celebração e de estipulação dos consumidores".

<sup>210</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 212, afirma que: " Esta disposição transpõe o artigo 8.º da Directiva, introduzindo uma alteração pequena mas aparentemente significativa no que respeita à defesa da posição do consumidor face a práticas comerciais agressivas. Elimina-se a referência a *consumidor médio*, passando a aludir-se apenas a *consumidor*, o que parece remeter para o consumidor destinatário concreto da prática. (...) como se trata de uma diretiva de harmonização máxima, parece impor-se uma interpretação conforme com os seus termos, relevando assim o comportamento do consumidor médio. A solução é bastante criticável, uma vez que não tem em conta, como deveria, a posição concreta do consumidor que é parte do contrato face à prática agressiva. É mais um caso em que a justiça do caso concreto é posta em causa por um diploma essencialmente protetor das empresas".

e lança mão de um consumidor-tipo, colocado naquela posição. Que a nosso ver é criticável, pois releva, mais uma vez, a justiça segundo padrões de modelo e não uma justiça do caso concreto.

### **2.6.2.1. O assédio**

O RPCD não fornece elementos para o alcance do conceito de assédio, carecendo, assim, de alguma interpretação face aos negócios de consumo.

Em termos gerais, o conceito de assédio consiste no ato de “perseguir insistentemente, em geral, com o objetivo de conseguir algo ou importunar<sup>211</sup>”.

Transpondo esta orientação para o RPCD, o assédio traduz-se na perseguição insistente do profissional junto do consumidor com o objetivo de colher a sua atenção e obter uma decisão conforme os seus objetivos empresariais. A importunação é de tal ordem que o consumidor acaba por aderir à proposta negocial.

As técnicas de marketing à distância tomaram proporções gigantescas, facilitando a abordagem ao consumidor através de vários mecanismos, mesmo quando este já solicitou insistentemente para que aquelas cessassem.

Pode, assim, configurar-se uma situação de assédio sempre que o profissional se aproveite de uma relação laboral, de parentesco ou de cortesia que tenha com o consumidor ou, ainda, quando estimule as crianças a convencerem os pais adquirir certo produto.

O apelo ao medo, o aproveitamento de situações de carência ou de infortúnio do consumidor, são tudo situações prováveis e capazes de limitar a liberdade do consumidor médio no ato de transacionar determinado produto.

---

<sup>211</sup> Dicionário Básico da Língua Portuguesa, Porto: Editora, p. 58. O conceito de assédio é o “cerco; impertinência”.



### **2.6.2.2. A coação**

A figura de coação é tratada no direito civil português. Assim, importaremos o conceito do CC para o RPCD, ainda que com algumas adaptações<sup>212</sup>.

A coação pode ser física ou moral<sup>213</sup>. A coação física corresponde à exclusão total da liberdade de ação do destinatário da mesma, gerando a ineficácia da declaração negocial<sup>214</sup>. Na versão da Diretiva, o conceito de coação engloba quer a coação física quer a coação moral<sup>215</sup>.

O RPCD aboliu a referência à força física em normativo isolado, no entanto, pela leitura do Preâmbulo constata-se que as disposições relativas às práticas comerciais agressivas abrangem as práticas que recorrem, à coação, incluindo a força física<sup>216</sup>.

Sobra-nos atender à coação moral. Transpondo a noção do CC para o nosso RPCD, a coação moral consiste numa ameaça feita ao consumidor, que pode afetar a sua honra ou a de terceiros e o seu património, levando o consumidor a tomar uma atitude consonante para evitar a consumação da ameaça.

### **2.6.2.3. A influência indevida**

De acordo com o art. 3.º, al. j), do RPCD, a influência indevida corresponde à utilização, pelo profissional, de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo que sem recurso, ou ameaça de recurso, à força física, de

---

<sup>212</sup> Conceito previsto no direito português como causa de invalidade de um negócio jurídico.

<sup>213</sup> Ver os arts. 246.º, 255.º e 256.º do CC.

<sup>214</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 490, referem que, no caso de coação física: “ a declaração não produz qualquer efeito”, sendo “o caso típico de alguém que agarre na mão de outrem e o force a assinar um contrato negocial.” Neste exemplo, nem existe escolha do declarante, a vontade dele simplesmente é aniquilada. A lei, prudente ou ambiguamente, estabelece que a declaração não produz qualquer efeito e não fala de nulidade, dado ser discutível q qualificação como nulidade ou, antes, como inexistência, parecendo esta última mais exacta”. TATO PLAZA, Anxo, *La reforma de la ley de competencia desleal*, in “proyecto de investigación O novo Dereito da Competencia, Madrid, 2010, p. 196, elucida que, “(...) la coacción abarca aquellas prácticas comerciales a través de las cuales se genera en una persona la impresión de que debe aceptar la oferta presentada si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa que se hacer pender sobre él no sea ligítima o el beneficio a alcanzar no sea real”.

<sup>215</sup> Ver art. 8.º, da Diretiva.

<sup>216</sup> Ver Preâmbulo do RPCD.

forma a limitar significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida<sup>217</sup>.

O conceito de influência indevida é uma inovação, daí a necessidade de orientação do intérprete para a sua aplicação.

O profissional aproveita o ascendente que tem sobre o consumidor para dessa forma explorar a sua posição de poder. Tem que existir uma ligação de dependência entre consumidor e profissional para que essa influência recaia neste mecanismo de proteção, uma vez que só assim será possível uma ascendência psicológica sobre o consumidor.

Sucedo, invariavelmente, fruto de uma relação social de autoridade, de uma superioridade económica em que o consumidor e profissional têm uma relação prévia, distinta da relação de consumo, sendo devida a essa intersecção de realidades, que se exerce uma influência indevida<sup>218</sup>.

A título ilustrativo, enquadra-se nesta modalidade o aproveitamento do professor na relação escolar que tem com o aluno, no sentido de lhe propor a aquisição de um bem que é comercializado no seu negócio familiar. Evidentemente que o aluno pode recusar a proposta, mas sabe que ao fazê-lo poderá criar uma relação futura de hostilidade que o poderá prejudicar no contexto escolar.

A situação que se cria não chega a ser de coação, uma vez que não há uma verdadeira ameaça, criando, apenas, consequências negativas fruto da relação de dependência que une o consumidor ao profissional.

---

<sup>217</sup> TATO PLAZA, Anxo, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., p. 196, refere quanto a este aspeto que, "(...) en los supuestos de influencia indebida existe una relación de especial proximidad entre el empresario o profesional (o un tercero al que aquel recurra) y el destinatario de la conducta, relación que les concede la posibilidad de influir sobre el comportamiento económico del consumidor y, llegado, el caso, forzar éste. En cambio, en la coacción no preexiste una relación de especial proximidad que permita el desarrollo de esa influencia".

<sup>218</sup> FROTA, Mário, *Das Práticas Comerciais Agressivas no Espaço Económico Europeu*, in "Revista Portuguesa de Direito do Consumo", n.º 62, "APDC", 2010, p. 57, refere quanto a este aspeto que: "Este vício do consentimento pode existir em duas situações bem definidas. A primeira tem em conta as relações particulares de confiança que podem existir entre ambas as partes, p.e., entre marido e mulher, médico e paciente, ministro de culto e crente, advogado e cliente, etc. No segundo caso, uma parte pode desfrutar de uma grande influência psicológica sobre a outra parte por causa da sua posição social, económica ou outra e exercer por isso mesmo o poder de persuadir esta outra parte a celebrar o contrato. No primeiro e no segundo caso convirá estabelecer que a vítima era suscetível de ser influenciada por causa de certas fraquezas, psicológicas ou físicas".

## 2.7. As práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas em qualquer circunstância

O último nível de proteção do RPCD estabelece um elenco fechado<sup>219</sup> de práticas comerciais que, pela sua importância e ocorrência frequente, usufruem de um sistema probatório mais facilitado: serem consideradas sempre desleais independentemente das circunstâncias do caso em concreto<sup>220</sup>.

Fazem parte das práticas comerciais desleais em qualquer circunstância as ações consideradas enganosas em qualquer circunstância<sup>221</sup> e as práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> LIZ, Jorge Pegado, “A Lealdade” no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE), ob. cit., p. 84, crítica o: “*inmobilismo*” da lista, não permitindo o adionamento de situações novas que venham a ser detetadas, em face de ausência de uma “*tipologia*” e do carácter “*casuístico*” da sua formulação, (...), a ausência de uma “*lista cinzenta*” de práticas, que todos os parceiros sociais reclamaram, com a identificação de práticas típicas que, segundo as circunstâncias as situações, ou o tipo de transações pudessem constituir práticas desleais, se o juiz assim o entendesse, na apreciação dos casos concretos e do contexto da transação. Ver o Ac. do TJUE, de 18 de outubro de 2012, Processo C-428/11, ponto 3, onde é referido que, “é desejável que essas práticas comerciais, consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, sejam identificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por conseguinte, o anexo I contém uma lista exaustiva dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística, nos termos dos arts. 5.º a 9.º. A lista só poderá ser alterada mediante revisão da presente diretiva”.

<sup>220</sup> TATO PLAZA, Anxo, *La Reforma de La Ley De Competencia Desleal*, ob. cit., p. 149, refere a este nível que: “Bajo nuestro punto de vista, este catálogo de prácticas expresamente tipificadas posee un doble valor. Así, por una parte, implica un reproche directo de deslealtad en relación com las prácticas que allí se recogen, evitando que, en tales casos, deba examinarse si concurren los requisitos para su calificación como prácticas engañosas. Dicho de otra forma, las conductas incluidas en el Capítulo III se consideran desleales en sí mismas, sin necesidad de verificar si cumplen los requisitos exigidos (...)”.

<sup>221</sup> Ver art. 8.º, do RPCD.

<sup>222</sup> Ver art. 12.º, do RPCD.

### **Capítulo III –**

**A falsa alegação que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações**

## **1. A venda de produtos que alegam falsamente que curam “doenças”, “disfunções” e “malformações”**

### **1.1. A exploração da vertente emocional do consumidor com a falsa alegação que o produto cura doenças, disfunções e malformações**

Cabe-nos a análise da prática comercial, considerada enganosa em qualquer circunstância, em que o vendedor “alega falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”.

A prática comercial que nos propusemos analisar é produto da Diretiva, transposta para o nosso ordenamento jurídico através do RPCD, que veio revogar o art. 22.º - B. do CP<sup>223</sup>, inserindo a matéria aí contida no RPCD.

O art. 22.º-B do CP com a epígrafe “Produtos e serviços milagrosos” detinha um vastíssimo elenco de práticas que foram enquadráveis nesta alínea, nomeadamente: “Considera-se publicidade a bens ou serviços milagrosos, a publicidade que, explorando a ignorância, o medo, a crença ou a superstição dos destinatários, apresente quaisquer bens, produtos, objetos, aparelhos, materiais, substâncias, métodos ou serviços como tendo efeitos específicos automáticos ou garantidos na saúde, bem-estar, sorte ou felicidade dos consumidores ou de terceiros, nomeadamente por permitirem prevenir, diagnosticar, curar ou tratar doenças ou dores, proporcionar vantagens de ordem profissional, económica ou social, bem como alterar as características físicas ou a aparência das pessoas, sem uma objetiva comprovação científica das propriedades, características ou efeitos propagandeados ou sugeridos”<sup>224</sup>.

Este tipo de vendas simulam ir ao encontro das verdadeiras necessidades dos consumidores, ocultando a sua autenticidade, mas em boa verdade pretendem responder às crenças e desejos mais pessoais dos consumidores baseados em informação falseada<sup>225</sup>. Há uma exploração da vertente emocional do

<sup>223</sup> Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas Comerciais Desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 210.

<sup>224</sup> Ver DL n.º 330/90, de 23 de outubro.

<sup>225</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas Comerciais Desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 210, onde refere que: “ Não pode ser alegado pelo profissional que o bem ou serviço cura doenças, disfunções ou malformações quando tal não corresponda à verdade. Neste caso, admite-se que o profissional promova o bem ou serviço com essa indicação, sempre que a consiga provar cientificamente”.

consumidor pela atribuição de certas características especiais ao bem ou serviço que não constitui a sua efetiva virtualidade.

O marketing dos produtos assume, neste contexto, particular importância, pois, a venda dos produtos é publicitada com promessas de uma cura que cientificamente pode não estar comprovada. Para tal, são utilizados estímulos psicológicos e emocionais para que o consumidor tome determinada decisão.

No entanto, faz parte do universo do consumo a utilização de meios de informação, fruto de esquemas montados para o efeito, que visam contornar os concorrentes de mercado e conseguir mais facilmente a adesão do consumidor. Surge o problema quando a informação veiculada nos produtos é adulterada, criando esquemas de promoção ilícitos que originam a subversão total do ideal de mercado honesto com regras e princípios.

Os consumidores tornam-se desprotegidos, aliciados por métodos publicitários de profissionais que visam o lucro; sendo fundamental apurar qual a verdadeira função do produto, por uma questão de lucidez no ato de comprar, mas também, e essencialmente, por uma questão de saúde e bem-estar.

A proibição desta prática comercial surge, por um lado, dos perigos que a mesma pode acarretar, nomeadamente, a alusão de uma cura que na realidade não existe e, por outro lado, a sujeição do consumidor ao consumo de um bem ou serviço que pode originar outros problemas de saúde.

Face à sociedade de consumo atual e ao surgimento de terapias alternativas, chamamos à colação a necessidade de um enquadramento jurídico adequado desta prática comercial capaz de conceder ao consumidor uma proteção superior e mais eficaz.

Pela análise da norma, é possível observar um elenco de situações que contendem com o foro íntimo do consumidor, com as suas convicções e crenças, colocando-o numa posição de inferioridade que irá despoletar um consumismo exacerbado, que em circunstâncias normais não teria. É o tipo de prática comercial que garante um resultado ao consumidor que se revelará como irreal, fomentando dessa forma as suas necessidades e expectativas.

O art. 8.º, al. u), do RPCD contém na sua redação vários conceitos abstratos, necessitados de interpretação, de modo a criar orientações que sirvam de base a uma futura aplicação do preceito.

Determinaremos, assim, o alcance do que podemos entender pelos conceitos de doenças, disfunções e malformações.

### 1.1.1. Doenças

Circunscrito à área das ciências da saúde, o termo doença é utilizado para definir a existência de perturbações do sistema físico ou psicológico, associado a sintomas específicos<sup>226</sup>.

A título de exemplo, a obesidade é uma doença das sociedades desenvolvidas que aumenta a possibilidade de ocorrência de outros tipos de doenças. Além do impacto negativo que tem na saúde, é, muitas das vezes, um estigma social que leva este grupo de pessoas a optar pelo uso de medicação comercializada para o combate da obesidade, em vez do recomendável exercício físico e prática de uma alimentação saudável.

Estamos perante grupos de consumidores específicos, vulneráveis e despreocupados, que têm como único propósito a cura através de meios alternativos mais rápidos. É nesta ótica que as empresas usam de práticas comerciais traiçoeiras para se aproveitarem das situações de enfermidade destes consumidores, facilmente induzidos em erro quanto às altas probabilidades de perda de peso, através de medicamentos e infusões que na prática não passam de promoções irreais<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Conceito de doença, disponível na Internet em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a>. Ver Dicionário Básico da Língua Portuguesa, ob. cit, p. 187, doença é: “falta de saúde; enfermidade; moléstia”.

<sup>227</sup> SOUSA, Marco, *Breves considerações sobre bens ou serviços milagrosos*, in “Direito do Consumo”, “Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, p. 5, apresenta como exemplo, o caso “(...) “Victoza” em que uma reportagem, publicada na capa da edição de 7 de Setembro da revista brasileira “Veja”, apresentava um milagroso dietético, sob o título “Parece Milagre”, que faria perder 15kg de gordura em pouco tempo e com pouco esforço. Este medicamento é um produto biológico, cuja aprovação para ser comercializado foi feita pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) no ano anterior, para ser comercializado somente no tratamento da diabetes do tipo 2 e não para emagrecer. Esta prática teve duas consequências, em primeiro lugar fez com que o produto se esgotasse em grande parte das farmácias dos grandes estados brasileiros, em segundo lugar os doentes com diabetes tipo 2 deixaram de ter acesso a este medicamento”. Disponível na Internet em [https://www.google.pt/search?q=breves+considera%C3%A7oes+sobre+bens+ou+servi%C3%A7os+milagrosos&rlz=1C1CHZL\\_pt-PTPT725PT725&oq=breves+&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0l4.3456j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.pt/search?q=breves+considera%C3%A7oes+sobre+bens+ou+servi%C3%A7os+milagrosos&rlz=1C1CHZL_pt-PTPT725PT725&oq=breves+&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0l4.3456j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8).

Este tipo de práticas, além de poderem consistir num esforço económico por parte do consumidor, pois muitos dos produtos possuem um avultado valor comercial, podem causar efeitos colaterais ao nível da saúde, sendo tudo menos benéficos para a saúde em geral.

### **1.1.2. Disfunções**

A definição do conceito de disfunção remete-nos para uma perturbação do funcionamento de um órgão ou aparelho<sup>228</sup>. Mas tendo em linha de conta as atividades comerciais e prestadoras de serviços disponíveis nos dias de hoje, o recurso a este conceito, estritamente pela lógica da saúde, seria inaplicável. Assim, será essencial o recurso à definição de disfunção dada pela área da sociologia, que estuda o comportamento humano em função do meio e os processos que interligam os indivíduos em associações, grupos e instituições<sup>229</sup>.

Segundo ROBERT KING MERTON<sup>230</sup>, “assume-se como disfunção tudo aquilo que não contribuí para o equilíbrio e harmonia da sociedade”.

Partindo da análise do corpo humano, todos os órgãos se devem encontrar em perfeita harmonia porque só assim é possível a consagração de vida no organismo. Partindo deste paralelismo para a vida em sociedade, analisar um aspeto social significa demonstrar o seu papel para uma vida harmoniosa em sociedade.

Podemos considerar como disfunção, não só as perturbações de um órgão ou aparelho humano, como também as disfunções na vida familiar, no trabalho, na vivência em sociedade, pois todas elas concorrem para uma harmonia social.

Nos dias de hoje, muitas das prestações de serviço existentes na área da saúde, familiar e social, são prestadas por Médiuns, Videntes e Astrólogos, que procuram dar resposta aos consumidores mais supersticiosos alegando serviços com resultados garantidos, mas que na prática fogem às áreas

---

<sup>228</sup> Disponível na Internet em, [www.infopedia.pt](http://www.infopedia.pt).

<sup>229</sup> Cfr. SOUSA, Marco, *Breves Considerações sobre bens ou serviços milagrosos*, ob. cit., p. 6.

<sup>230</sup> Idem, ibidem.



cientificamente comprovadas. Associado a estas atividades do “além”, está todo um ritual místico e supersticioso que tem como único propósito atrair potenciais clientes que, por serem mais sensíveis, quer por medo, quer por crença ou credulidade, aderem a estas práticas comerciais convictos da salvação, milagre ou cura plena<sup>231</sup>.

A título de exemplo<sup>232</sup>, de uma prática comercial enquadrável na espécie de disfunção física, temos o caso “*Yomba Oro*”, “que é um produto no segmento das medicinas alternativas que alegadamente cura a disfunção erétil, não apresentando, no entanto, qualquer demonstração científica que comprove tal efeito, baseando-se a sua composição num conjunto de elementos energéticos”.

A disfunção erétil pode ser tratada por simples aconselhamento sexual ou poderá ser necessário o recurso à inserção de uma prótese. Pelo que, seria bastante ousado e violador das boas práticas comerciais o produto “*Yomba Oro*” publicitar que cura qualquer tipo de disfunção erétil, sem apresentar provas científicas conclusivas da verdade dos seus efeitos.

### 1.1.3. Malformações

O conceito de malformação é usualmente utilizado para definir uma formação defeituosa ou imperfeita<sup>233</sup>. Trata-se de um desvio da fisionomia humana, que pode ocorrer por razões internas, mas também por razões externas<sup>234</sup>.

Este conceito assume importância na análise de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância, uma vez que, um comerciante pode alegar que determinado bem ou serviço cura uma malformação quando na verdade a virtualidade desse bem ou serviço não é curar a malformação, antes, sim, constituir uma prática comercial falsa que induz em erro o consumidor.

---

<sup>231</sup> SOUSA, Marco, *Breves Considerações sobre bens ou serviços milagrosos*, ob. cit., p. 7, refere que no exercício destas funções: “(...) alguém alega solucionar problemas de cariz familiar, no âmbito do amor, do trabalho ou outro que possa ser considerado uma disfunção e não o pode comprovar cientificamente estará a violar a alínea u) do artigo 8º do regime *sub iudice*”.

<sup>232</sup> Cfr. SOUSA, Marco, *Breves considerações sobre bens ou serviços milagrosos*, ob. cit., p. 8.

<sup>233</sup> Disponível na Internet em, [www.infopedia.pt](http://www.infopedia.pt).

<sup>234</sup> Exemplo de um fator externo, é a exposição à radiação.

De realçar, após dissecação dos conceitos que compõem o conteúdo normativo do art. 8.º, al. u), do RPCD, que fica nítido que a deslealdade deste tipo de prática comercial decorre da difusão de informação falsa, porquanto, só será válida a publicidade de produtos milagrosos se os seus efeitos de cura forem efetivamente reais.

Quem anuncia a possibilidade de cura de determinado produto terá que demonstrar cientificamente que o bem ou serviço possui capacidades terapêuticas<sup>235</sup>, não bastando o recurso a figuras públicas, ou a testemunhos que não possam ser comprovados, para a demonstração da credibilidade dos bens ou serviços prestados.

## **1.2. Os suplementos alimentares**

Todos nós já nos deparamos com uma panóplia de informação publicitária de produtos que prometem, ou pelo menos sugerem, a cura de doenças, a eliminação de dores, o auxílio em emagrecer, a melhoria da concentração, o reforço do sistema imunitário, o reforço da sorte no amor, na profissão e no jogo.

A Internet tornou-se numa plataforma de divulgação de conhecimento sem precedente, permitindo o acesso a qualquer assunto em qualquer parte do mundo. Não obstante a divulgação de informação noticiosa, a Internet, a par dos jornais, revistas e rádio, é um instrumento onde circulam mitos, curas naturais e notícias falsas.

Os produtos milagrosos anunciam a cura de uma série de sintomas e tratamento de uma sucessão de doenças. Remédios que são propagandeados ou inspirados numa qualquer fórmula antiga “milénar” capazes de proceder a um tratamento efetivo, natural e sem qualquer tipo de efeito secundário.

---

<sup>235</sup> CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, ob. cit., p. 210, refere que: “O espírito da norma abrange apenas a prova científica das aptidões do bem ou serviço, procurando evitar-se a relevância da prova testemunhal de eventuais milagres”. Ver que a prova testemunhal é uma prova falível neste tipo de casos.

As promessas de uma cura ou de um tratamento efetivo estão presentes na divulgação destes produtos, numa efetiva tentativa de exploração de uma crença ou superstição que, apesar de irreal, é mantida por grande parte do público em geral.

Vivemos numa coletividade de consumo em que a comercialização e venda de determinados produtos estão dependentes de uma publicidade agressiva, perspicaz e inovadora<sup>236</sup>. O consumidor menos atento, sem qualquer tipo de senso crítico, adere facilmente a estes produtos, quer por medo, crença, credulidade e até mesmo superstição.

A chamada “banha da cobra” não é uma inovação dos dias de hoje. As técnicas de promoção de produtos sempre se agarraram a estas manobras de persuasão totalmente eficazes no jogo da adesão e sedução do consumidor pouco informado<sup>237</sup>.

O público-alvo desta prática comercial é todo e qualquer consumidor. No entanto, consideramos que os idosos, crianças e doentes, pela sua especial situação de debilidade, carecem de maior cuidado de tratamento. Nas situações de especial vulnerabilidade, o consumidor está tentado a recorrer ao consumo do produto que lhe ofereça o tratamento, a cura ou a solução para o seu caso, sem espírito crítico. O profissional aproveita-se de uma especial fraqueza do consumidor para efetivar uma transação comercial que de outro modo não o teria feito.

Os suplementos alimentares<sup>238</sup>, na sua descrição (publicidade), estão impedidos de afirmar que tratam, previnem ou curam doenças. Podem, no entanto, apresentar argumentos sobre a função de determinada substância no

---

<sup>236</sup> FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, in “Comcept – Comunidade Céptica Portuguesa”, refere que, se, “Os mais cautelosos limitam-se a fazer afirmações de saúde vagas como «*reforça o sistema imunitário*» ou «*remove as toxinas*». Já os mais “empreendedores” não se coíbem de afirmar que conseguem tratar todo o tipo de doenças, incluindo até o cancro”. Disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>237</sup> FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., refere que, entre essas técnicas: “contam-se, por exemplo, a promessa de soluções fáceis para problemas complexos, os testemunhos pessoais de clientes satisfeitos (muitos dos quais fictícios) e a promoção por parte de figuras de autoridade com uma bata branca. A utilização de celebridades, em que as pessoas confiam ou cujo estilo de vida desejam imitar, está entre as adições mais recentes ao catálogo das técnicas de persuasão. Apresentadores de televisão, artistas e desportistas enaltecem diariamente as maravilhas de produtos milagrosos em vários canais de sinal aberto, sem que muitos dos telespectadores se lembrem do mais óbvio – nenhum dessas celebridades percebe de medicina e todas elas estão a ser pagas para promoverem esses produtos”. Disponível na Internet em, <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>238</sup> Tem como definição: “géneros alimentícios que se destinam a complementar e ou suplementar o regime alimentar normal e que constituem fontes concentradas de determinadas substâncias nutrientes ou outras com efeito nutricional ou fisiológico, estremes ou combinada, comercializadas sob a forma pré embalada e doseada”. Disponível na Internet em <http://www.asae.gov.pt>.

organismo ou a virtualidade de a sua ingerência contribuir para o risco de surgimento de certa doença, desde que essas mesmas alegações sejam autorizadas pela Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)<sup>239</sup>.

O problema da venda destes produtos surge na falta de fiscalização na fase de pré-venda<sup>240</sup>. Pois, se qualquer medicamento para ser vendido necessita que a sua eficácia e segurança sejam comprovadas cientificamente, para a venda de suplementos alimentares é necessário, apenas, o envio de uma notificação eletrónica à Direção-Geral de Alimentação e Veterinária (DGAV)<sup>241</sup>.

A fiscalização pode existir, até porque a própria lei regula a possibilidade de um pedido de estudo científico do produto a qualquer momento. No entanto, a acontecer, será numa fase posterior em que os produtos milagrosos já circulam no mercado, pois, a expectativa é de que estes produtos não sejam prejudiciais não necessitando de um controle efetivo e rigoroso<sup>242</sup>.

A entrada no mercado destes produtos é altamente facilitada, o que nos leva a deduzir que, mesmo com ações de fiscalização em curso, o consumidor tem ao seu dispor bens e serviços que podem não respeitar a lei, o que nos permite proclamar a ideia de que a veracidade da informação de um produto carece, essencialmente, de um controlo prévio<sup>243</sup>.

---

<sup>239</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, Contraponto, Lisboa, 2017, pp. 128 e 129, acrescentam que, a EFSA, é “entidade responsável por avaliar as provas científicas disponíveis”. Um dado curioso: 80% das alegações de saúde de alimentos e suplementos alimentares avaliados pela EFSA foram rejeitadas por não possuírem sustentação científica”.

<sup>240</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 129, referem o caso dos antioxidantes: “Os antioxidantes estão na moda e muitas pessoas procuram este tipo de produtos por acreditarem que podem melhorar a saúde e prevenir doenças. Dois grandes estudos efetuados com fumadores, na Finlândia e nos EUA, concluíram que, contra todas as expectativas, a suplementação com antioxidantes aumentou as taxas de cancro do pulmão e da mortalidade. Um resultado que foi desde então replicado por outros trabalhos. Ninguém sabe ao certo a razão, mas uma explicação possível é que apesar de o stresse oxidativo estar na origem de muitas doenças, este também é um mecanismo importante no funcionamento de vários processos fisiológicos, como a morte celular programada (apoptose) ou o sistema imunitário, processos que podem ser afetados pela suplementação com antioxidantes, sobretudo, em doses superiores às recomendadas”.

<sup>241</sup> Ver o DL n.º 118/2015, de 23 de junho. COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 129, referem que: “(...) desta forma, os vendedores de produtos milagrosos encontraram o seu cavalo de Tróia”.

<sup>242</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 130, explicam que é: “Uma ideia errada. Na melhor das hipóteses, o consumidor gasta dinheiro num produto inútil, na pior, coloca a saúde em risco com produtos que podem até não ser aquilo que é anunciado no rótulo. Por exemplo, um estudo recente publicado no *Journal of the American Heart Association*, que recolheu dados durante dez anos, indica que o consumo de alimentos ricos em cálcio é um fator de proteção contra a aterosclerose, contudo, o consumo de suplementos de cálcio foi associado a um risco acrescido de calcificação arterial. Tal a acontecer pode por em causa o perfil risco-benefício de suplementos de cálcio que são promovidos como um meio de prevenção e tratamento da osteoporose”.

<sup>243</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 131, referem que: “Basta abrir uma popular revista feminina para encontrar publicidade a um suplemento à base de óleo de sementes de chia que “previne e controla a diabetes tipo II”, mesmo quando a lei não permite alegações sobre a prevenção e tratamento de doenças”.

A título de exemplo, um artigo, de 2016, do Jornal Observador fazia referência ao “*aumento das apreensões de suplementos alimentares em Portugal: em 2014, numa ação conjunta do Infarmed e da ASAE detetou 27 suplementos destinados ao emagrecimento e melhoria do desempenho sexual com substâncias de ação farmacológica proibidas; no ano de 2015 foram instaurados 16 processos de contraordenação e apreendidas 3000 embalagens por infrações na publicidade, rotulagem e licenciamento; e, só em Janeiro de 2016, o número de embalagens apreendidas chegava às 3500*”<sup>244</sup>.

A solução passa por uma avaliação prévia destes suplementos pelo Infarmed antes de entrarem no mercado<sup>245</sup>. Como os medicamentos têm que ser previamente avaliados, também os suplementos alimentares o deveriam ser.

Mas a realidade é bem diferente e, apesar de disporem de um regulamento legal próprio, mesmo no que respeita à publicidade, o seu enquadramento é mais permissório e de imperfeita aplicação. Na prática, e as marcas sabem-no, necessário será que os tais “produtos milagrosos” sejam registados pelos seus fabricantes com a designação de suplemento alimentar, mesmo quando estes não preencham os requisitos necessários para tal enquadramento.

Apesar de o enquadramento jurídico dos suplementos alimentares prever um regime rigoroso quanto à sua rotulagem, apresentação e publicidade<sup>246</sup>, o que vemos é um universo de produtos milagrosos/suplementos alimentares que não se sabe se deveriam ser ou não qualificados como medicamentos. São produtos sem apoio numa avaliação prévia da sua eficácia ou segurança, com alegações nutricionais e de saúde que, no pior dos cenários, são completamente falsas.

---

<sup>244</sup>Cfr. COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 131.

Disponível na Internet notícia <https://www.publico.pt/2015/02/11/sociedade/noticia/detectados-27-suplementos-alimentares-com-substancias-proibidas-1685755>, onde é referido que: “Um dos principais problemas tem estado na publicidade ilegal feita na embalagem desses suplementos. Em 2014 a ASAE instaurou perto de uma centena de processos relacionados sobretudo com irregularidades na rotulagem e registos. Já a Direção Geral do Consumidor, desde que em 2009 foi possível passar a controlar as promessas enganosas ou sem fundamento, instaurou cerca de meia centena de processos”.

<sup>245</sup> Trata-se da Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. Disponível na Internet em <http://www.infarmed.pt/>.

<sup>246</sup> Ver Art. 7.º, al. a), e b) do DL N.º 136/2003, de 28 de junho, que nos diz, que não pode conter menções: “que atribuam aos mesmos propriedades profiláticas, de tratamento ou curativas de doenças humanas, nem fazer referência a essas propriedades; declararem expressa ou implicitamente que um regime alimentar equilibrado e variado não constitui uma fonte suficiente de nutrientes em geral”.

Estas práticas reiteradas e cada vez mais frequentes potencializaram uma preocupação acrescida com os direitos dos consumidores. Assim, surgiu a par da legislação portuguesa sobre os suplementos alimentares, um Regulamento (CE) do Parlamento e do Conselho<sup>247</sup>, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos, que veio estabelecer regras e princípios gerais, não só para a proteção do destinatário final desses produtos, mas também para os concorrentes deste setor de atividade no sentido de proteger a concorrência leal entre os mesmos.

De um modo geral, este Regulamento proíbe qualquer alegação nutricional ou de saúde, sempre que estas sejam: “falsas, ambíguas, ou enganosas”; “suscitem dúvidas acerca da segurança e/ou da adequação nutricional de outros alimentos”; “incentivem ou justifiquem o consumo excessivo de determinado alimento”; “incitem o consumo de determinado produto, declarando que um regime alimentar equilibrado e variado não pode fornecer, em geral, quantidades adequadas de nutrientes”; “refiram alterações das funções orgânicas que possam suscitar receios no consumidor ou explorem esses receios, quer textualmente, quer através de representações pictóricas, gráficas ou simbólicas<sup>248</sup>.”

As alegações podem ser das mais variadas índoles e, nesse sentido, o Regulamento procedeu à elaboração de uma lista de alegações de saúde permitidas e aceites, de maneira a uniformizar o universo europeu quanto a esta questão. A título de exemplo: uma alegação vaga que diga “*perca 20 kg num mês com a toma diária do suplemento Y*” deverá ser proibida e, portanto, não aceite. Em paralelo, qualquer alegação a um nutriente, a uma substância, a um alimento, de forma a explicar as suas vantagens, funções e riscos, não constitui proibição *per si*, desde que essa alegação não esteja condicionada a um produto comercial, porque, para tal, é necessário que as alegações tenham sido previamente aprovadas pela EFSA, organismo da UE, que tem como objetivo fornecer à Comissão Europeia e ao público, pareceres independentes

---

<sup>247</sup> Veja-se Regulamento (CE) n.º 1924/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006.

<sup>248</sup> Ver art. 3.º, do Regulamento (CE) n.º 1924/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro.

sobre a segurança alimentar e os riscos possíveis na cadeia alimentar “da quinta até à mesa”<sup>249</sup>.

Pelo contrário, deduz-se que qualquer alegação que não tenha sido submetida ao crivo da EFSA e que não faça parte da lista de alegações de saúde permitidas é uma alegação proibida e, portanto, ilegal em qualquer circunstância.

A lista de alegações permitidas está contida no anexo inserido no Regulamento do (EU) n.º 432/2012 da Comissão de 16 de maio, e pressupõe a característica de inclusão constante de novas alegações sempre que tal se mostre adequado e necessário<sup>250</sup>.

Este domínio da cura e do tratamento de doenças, disfunções e malformações está cada vez mais enraizado, consistindo em verdadeiras fraudes. Estamos perante fraudes comerciais que exploram desmedidamente a vertente emocional do consumidor, atribuindo ao produto propriedades especiais que ele não tem.

Chegados a este ponto, e imaginando um sistema de mercado perfeito em que a circulação de produtos milagrosos é processada com base em critérios de fiscalidade, poderíamos concluir que as falsas alegações de saúde estariam sanadas com o recurso a coimas e sanções para quem infringir a lei.

No entanto, a realidade não é essa. É possível as empresas que comercializam produtos milagrosos continuarem a recolher benefícios após uma publicidade enganosa ter sido interrompida pelas autoridades competentes, basta que, para isso, se socorram das ideias que ficaram inseridas na mente do consumidor aquando da publicidade do anterior produto.

Senão vejamos a título de exemplo, a seguinte situação<sup>251</sup>: “Um suplemento à base de uma fruta tropical diz que esta consegue prevenir ou até tratar o cancro, uma alegação que não tem qualquer sustentação científica e,

<sup>249</sup> Cfr. FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>250</sup> Ver, Regulamento (EU) n.º 432/2012, da Comissão, de 16 de Maio de 2012. FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., refere que é “uma lista que por natureza estará sempre aberta a revisões, dependendo das evidências científicas, da submissão das alegações e do tempo necessário para as analisar”. Disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>251</sup> Cfr. COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., pp. 131 e 132.

eventualmente, chama a atenção das autoridades. Mas não há problema: tudo o que o vendedor tem de fazer para regressar à “legalidade” é escolher um outro ingrediente que também esteja presente – por exemplo uma vitamina – e, de seguida, procurar na lista das alegações autorizadas pela EFSA uma acerca do sistema imunitário que possa ser associada a esse ingrediente, continuando a dar todo o destaque à fruta milagrosa que os consumidores ainda se lembram de ver na publicidade.”

A isto se chama a habilidade do “dizer sem afirmar”<sup>252</sup>, uma linguagem própria utilizada pelas empresas através do seu marketing persuasivo e que facilmente chega ao consumidor.

Outro tipo de engano que prolifera é fraude para perda de peso. Numa sociedade onde o corpo é visto como um manancial de oportunidades, onde é fator de socialização e muitas das vezes de discriminação, os promotores comerciais usam esta realidade para conseguir dinheiro fácil através de dietas e produtos de emagrecimento. A pouca informação e instrução originam esta bola de neve de falsidades nos produtos comerciais.

Partindo da ideia de que, os suplementos alimentares não são medicamentos e que por isso não podem tratar, prevenir, nem curar doenças, cabe ao consumidor desconfiar de soluções fáceis para problemas que normalmente são complexos. Uma análise crítica destes produtos é meio caminho andado para um processo de compra que se antevê como equilibrado e que corresponda à vontade efetiva do consumidor.

A pura ilusão é a razão de ordem destas veracidades. A busca de uma cura ou simplesmente de um tratamento com vista a essa cura sem a tónica da responsabilidade, atenção, informação e prudência, leva a um caminho que muitas vezes não tem retorno.

Os consumidores têm de estar munidos de informações idóneas, segundo regras e princípios gerais assentes na verdade e lisura profissional. O

---

<sup>252</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 132, referem que David Marçal no livro *Pseudociência diz a este respeito que*: “Para contornar legislações que proibem afirmações enganosas, os departamentos de *marketing* das empresas que comercializam produtos com ingredientes milagrosos, que alegadamente lhes conferem propriedades especiais, desenvolveram uma linguagem própria de “dito pelo não dito” (...) Por vezes não é preciso dizer mesmo nada. Basta uma aura amarela à volta de uma figura humana e concluímos que o produto reforça o sistema imunitário”.



consumidor habitualmente distraído e que procura resoluções fáceis para os seus problemas é, naturalmente, o tipo de chamariz ideal para este setor de atividade.

### **1.3. Imagens ilustrativas de produtos com a virtualidade de curar doenças**

A título exemplificativo, apresentamos no anexo 1 da presente dissertação algumas imagens demonstrativas de promoções comerciais que alegam que determinado produto tem a virtualidade de curar doenças.

### **1.4. As terapias alternativas**

Podemos observar a difusão das terapias alternativas ou naturais como fazendo parte de um movimento que se insere nas críticas à ciência, à medicina dita “ocidental” ou tradicional<sup>253</sup>.

Os meios de comunicação social difundem uma panóplia de terapias que se apresentam como alternativas ou, pelo menos, como complemento de uma medicina assente em critérios de objetividade e científicos.

Alternativos ou não os tratamentos devem ser sujeitos ao mesmo tipo de investigação que é realizada ao nível da terapia tradicional, pois, o facto de uma terapia ser vista ou divulgada como natural não implica, necessariamente, que seja melhor do que qualquer outra terapia convencional<sup>254</sup>.

Em Portugal, foi regulamentado o acesso às profissões no âmbito das terapêuticas não convencionais, como forma de seguimento da proposta da Organização Mundial de Saúde. Terapêuticas como a acupunctura, a

---

<sup>253</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., p. 100, referem que estes movimentos “Surgiram um pouco por todo o lado que, de alguma forma, refletiram a desconfiança a até mesmo a oposição à “medicina ocidental”. A suspeita é justificada por casos verídicos de abusos éticos, escândalos, fraudes e encobrimentos por parte da indústria farmacêutica. Mas outros fatores são também responsáveis por esta desconfiança: a atração pelo exotismo, a constatação do Ocidente como colonista e opressor, as ideias pós-modernistas e relativistas, que tendem a ver a ciência apenas como uma narrativa entre muitas”.

<sup>254</sup> COMCEPT, *Não se deixe enganar*., ob. cit., p. 106, mencionam que: “Nas palavras de Tim Minchin, comediante e músico cético, «por definição, a medicina alternativa é aquela que ainda não foi provada ou aquela que provou não funcionar. Sabem como se chama a medicina que se provou que funciona? Medicina»”.

fitoterapia, a homeopatia, a medicina tradicional chinesa, a naturopatia, a osteopatia e a quiropraxia fazem parte do leque consagrado nesta legislação, quer pela sua popularidade junto das pessoas, pelo aumento da sua procura na Europa e nos Estados Unidos da Américas, mas também, pela importância económica de algumas destas práticas<sup>255</sup>.

A título de exemplo, as burlas médicas são particularmente prejudiciais para os consumidores que se inibem de recorrer ao aconselhamento médico especializado. E isto porque, este tipo de fraudes abrange uma panóplia vastíssima de bens e serviços que detêm a aparência de medicinas alternativas fiáveis, mas que não passam de verdadeiros embustes comerciais. Além de promoverem a terapêutica de doenças, desde a SIDA até a uma simples constipação, as pessoas promotoras destes produtos não possuem qualquer tipo de qualificação médica, usando de métodos forjados que não são apoiados pelos médicos tradicionais<sup>256</sup>.

Em boa verdade, estas terapias como quaisquer outras comportam riscos. O consumidor deve ser crítico tanto nas alegações de saúde feitas nos suplementos alimentares, como nas terapias alternativas. A sua decisão de transação deve ser criteriosa, sob pena de uma compra desinformada comportar riscos sérios para a sua saúde.

## 2. Os instrumentos legais de proteção dos consumidores no regime jurídico das práticas comerciais desleais

### 2.1. Introdução

Com a transposição da Diretiva, para o ordenamento jurídico português, pretendeu-se a uniformização de regras, no âmbito das práticas comerciais desleais, com o objetivo de proteger os interesses económicos dos

---

<sup>255</sup> Ver a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, que regulamenta a atividade e exercício dos profissionais que aplicam as terapêuticas não convencionais, tal como são definidas pela Organização Mundial de Saúde.

<sup>256</sup> Cfr. Direção-Geral do Consumidor, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na NET*, p.32, onde se refere que estas pessoas "Podem alegar conspirações da indústria médica para os silenciar ou invocar antigas técnicas secretas que desafiam as práticas modernas, ou todo o tipo de ficções que simplesmente não se verificam em exames. As fraudes médicas são particularmente nefastas, uma vez que, normalmente, aumentam o *stress* emocional, são dispendiosas, e podem ser perigosas, se o impedirem de tentar obter aconselhamento médico especializado". Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

consumidores. Este objetivo tem como função prevenir abusos por parte dos profissionais que prestam bens ou serviços.

Em seguida, abordaremos quais os instrumentos legais que o consumidor dispõe para se fazer valer perante práticas comerciais desleais, especificamente, a invalidade dos contratos e de, forma preventiva, a ação inibitória.

Os códigos de conduta assumem especial realce, uma vez que, será uma medida capaz de incentivar um clima de confiança entre as partes de uma relação comercial de consumo.

## **2.2. Invalidade contratual, ação inibitória e códigos de conduta**

### **2.2.1. Invalidade Contratual**

Qualquer cidadão pode solicitar a salvaguarda dos seus interesses económicos, desde que tenha interesse legítimo para o efeito.

O consumidor deve, em primeira linha, apresentar reclamação junto dos profissionais com quem contratou. Sendo que, essa reclamação poderá ser apresentada, igualmente, nas Entidades de Resolução Alternativa de Litígio (RAL)<sup>257</sup> e até, nas Associações de Defesa do Consumidor. Através dessa reclamação, o consumidor pode solicitar esclarecimentos, denunciar situações ilegais ou obter a reparação de qualquer dano que tenha sofrido.

A pedido do consumidor, o contrato celebrado sobre a influência de práticas comerciais desleais poderá ser anulado<sup>258</sup>, uma vez que, a realização da transação comercial relativa a um bem ou serviço foi realizada perante um vício na formação da vontade do consumidor.

Assim procedendo, o profissional terá que colocar o consumidor na situação em que ele estaria se não tivesse existido o dano, neste caso, a prática comercial desleal ou, caso tal não seja possível, a compensação pelos danos

---

<sup>257</sup> Ver a lista de entidades existentes em Portugal. Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

<sup>258</sup> Ver art. 287.º, do CC, e art. 14.º do RPCD.

causados através de uma indemnização pecuniária. O consumidor lesado será ressarcido nos termos gerais da lei civil, tal como consagra o art. 15.º do RPCD. O que chama à colação o instituto da responsabilidade civil<sup>259</sup> capaz de responder às pretensões dos cidadãos lesados, à reparação ou compensação dos danos que tenham sido causados por ação ou omissão de terceiros e, dessa forma, resultar a obrigação de indemnizar ou reparar essas lesões.

Quanto a este instrumento legal de proteção ao dispor do consumidor, o legislador optou pela via da anulabilidade quando poderia ter equacionado a invalidade contratual através da modalidade de nulidade do contrato. Vejamos, a título exemplificativo, que a violação do dever de informação para o regime do contrato de crédito ao consumo prevê, em alguns casos, a nulidade do contrato, em contraponto, o RPCD prevê, simplesmente, a anulabilidade do mesmo.

A relevância desta diferença versaria na possibilidade de o RPCD, ao consagrar a nulidade do contrato, poder permitir que a mesma possa ser arguida a todo o tempo, pelo consumidor ou por qualquer outro interessado, o que promovia uma maior proteção dos interesses dos consumidores.

### **2.2.2. Ação Inibitória**

A ação inibitória surge como o meio processual adequado para prevenir ações ou omissões ilícitas, especificamente, práticas comerciais que sejam desleais<sup>260</sup>. Funciona como instrumento de tutela judicial dos interesses económicos dos consumidores, com a finalidade de imposição imediata de um comportamento. Trata-se de uma ação empreendida perante os tribunais capaz de anular as atividades das empresas que prejudicam os interesses coletivos dos consumidores<sup>261</sup>.

A legitimidade para a propositura de uma ação inibitória está atribuída às associações de defesa dos consumidores, órgão representativo de todos os

---

<sup>259</sup> Ver art. 483.º, do CC.

<sup>260</sup> Ver art. 16.º, do RPCD.

<sup>261</sup> Ver art. 10.º, da LDC, onde se estabelece o direito à prevenção e ação inibitória: “é assegurado o direito à ação inibitória quando práticas comerciais atentem contra a saúde e segurança física dos consumidores; se traduzem no uso de cláusulas gerais proibidas; ou consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei”.

consumidores no âmbito da legislação respetiva, e às associações sindicais profissionais ou fundações desde que atuem no âmbito das suas atribuições e na defesa dos interesses previstos<sup>262</sup>.

Uma das inovações do RPCD é a possibilidade de qualquer pessoa, desde que tenha interesse legítimo, poder intentar uma ação inibitória, abrindo a porta da inclusão aos concorrentes lesados com práticas comerciais desleais<sup>263</sup>.

Consideramos que, as ações coletivas podem provocar uma mudança de atitude por parte dos profissionais e, eventualmente, os mesmos passarem a ressarcir os consumidores pelos prejuízos causados pelo uso de práticas abusivas<sup>264</sup>.

### **2.2.3. Códigos de conduta**

Estipulados no Capítulo II do RPCD, os códigos de conduta são um instrumento relevante de prevenção de práticas comerciais desleais. As empresas titulares de códigos de conduta asseguram uma proteção do consumidor superior à prevista no RPCD.<sup>265</sup>

Analisando a noção presente no art. 3.º, als. f), e g), do RPCD, um código de conduta é um conjunto de normas e valores de ética profissional, “não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que definem o comportamento de profissionais que se comprometem a estar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou setores de atividades específicos”.

Um código de conduta cria um ambiente de segurança entre as partes, serve como padrão de referência ao consumidor do que são as boas práticas da empresa nos relacionamentos comerciais. A sua violação é reportada à hierarquia correspondente e constitui infração disciplinar.

---

<sup>262</sup> Ver a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que estabelece o direito de participação procedimental e de ação popular.

<sup>263</sup> Ver o art. 16.º do RPCD.

<sup>264</sup> Por exemplo, pedir indemnizações em termos coletivos.

<sup>265</sup> Ver art. 17.º e 18.º, do RPCD.

### 3. O regime sancionatório

#### 3.1. O regime sancionatório em geral

O regime sancionatório, para reagir contra a utilização de práticas comerciais que sejam desleais, está previsto no Capítulo III do RPCD<sup>266</sup>.

A fiscalização do cumprimento das regras referentes às práticas comerciais desleais pertence às autoridades competentes, nomeadamente, à ASAE, ou à entidade reguladora do setor no qual ocorra a prática comercial desleal (setor a que pertence o bem ou serviço transacionado)<sup>267</sup>.

Tal como estipula o art. 21.º, n.º 1, do RPCD, a violação dos seus preceitos legais constitui contraordenação punível com coima, que vai de € 250,00 a € 3740,98, se o infrator for pessoa singular, e de € 3000,00 a € 44.891,81, se o infrator for pessoa coletiva. O montante das coimas é confirmado pelo regime regulador sectorial competente ou, quando não exista, pelo Estado.

De realçar a este nível de imputação das responsabilidades que a negligência<sup>268</sup>, (falta de cuidado causado pela inércia, indolência, necessárias para a salvaguarda do bem jurídico) também é punível, sendo os seus limites máximos ou mínimos reduzidos para metade quando tal se justifique.

O RPCD contempla, igualmente, sanções acessórias tendo em conta a gravidade da infração e a culpabilidade do agente<sup>269</sup>.

As autoridades administrativas, competentes para fiscalizar o cumprimento das regras respeitantes às práticas comerciais desleais, podem ordenar a aplicação de medidas cautelares de cessação temporária da prática comercial desleal ou determinar, previamente, a proibição de uma prática comercial desleal quando

---

<sup>266</sup> Ver art. 19.º, do RPCD.

<sup>267</sup> Ver art. 19.º, n.º 1, 2 e 3, do RPCD.

<sup>268</sup> Ver o conceito inserido no art. 15.º do CP. Ver art. 21.º, n.º 4, do RPCD.

<sup>269</sup> Ver o art. 21.º, n.º 2, do RPCD, que estabelece como sanções acessórias: a “Perda de objetos pertencentes ao agente; interdição do exercício de profissões ou atividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública; encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa; publicidade da aplicação das coimas e das sanções acessórias, a expensas do infrator.

ela seja iminente, independentemente de existir ou não culpa ou até um prejuízo real<sup>270</sup>.

O instrumento legal das medidas cautelares, do ponto de vista civilístico, recai numa tutela prévia que é despoletada pela mera aparência do direito invocado ou que venha a ser invocado em juízo e pela antevidência do perigo de lesão desse mesmo direito.

Existindo um risco iminente, a utilização de medidas cautelares visa a prevenção de lesões assente num juízo de previsibilidade de existência de pressupostos da ocorrência de uma prática comercial que será desleal. Pelo que, o profissional deverá ser ouvido, sempre que possível, dispondo de três dias úteis após ser notificado, tal como consta do art. 20.º, n.º 4.º, do RPCD.

Da adoção de medidas cautelares pelas autoridades administrativas competentes, cabe sempre recurso para o Tribunal Judicial da área onde ocorreu a prática comercial desleal.

Ao nível probatório dos factos, é nosso entendimento que o consumidor se encontra numa posição de vulnerabilidade face à empresa com a qual contratou. Não deixa de constituir regra de que o ónus da prova recai sobre o queixoso. Reflete-se, assim, uma onerosidade de prova a cargo do consumidor que não se coaduna com a sua qualidade de contraente vulnerável face à empresa.

A Diretiva, no seu art. 12.º, consagra a possibilidade de os EM fazerem pender sobre o profissional o ónus de apresentação de provas respeitantes à exatidão dos factos que tenham sido alegados se, atendendo aos interesses legítimos do profissional e de qualquer outra parte do processo, essa exigência se revelar adequada à luz das circunstâncias do caso em apreço. O que nos leva a admitir a hipótese que, tratando-se de factos que consubstanciem assédio, coação ou influência indevida, a proteção do consumidor possa se encontrar obstaculizada.

---

<sup>270</sup> Ver art. 20.º, n.º 2, do RPCD.

Um regime de prova demasiado exigente para um contraente desinformado, com poucos recursos e que é o principal e único lesado pela prática comercial desleal. Apesar de existir uma atenuação quanto ao âmbito do regime probatório<sup>271</sup>, esta formulação é desadequada e de difícil constatação.

Observamos que a Diretiva é permissiva ao conceder aos EM a possibilidade de escolher o sistema sancionatório que melhor lhes aprouver. Os EM decidem as sanções aplicáveis, que terão de ser “efetivas, proporcionais e dissuasoras”, tal como estipula o art. 13.º, da Diretiva.

Podemos concluir que, neste ponto, as disposições da Diretiva não conseguem torná-la num regulamento de harmonização máxima, tão só pela possibilidade concedida a cada EM de decidir, por um lado, quais as autoridades competentes – tribunais ou entidades administrativas, e por outro lado, qual o sistema sancionatório mais adequado, bem como, o valor das sanções pecuniárias impostas a cada caso em específico.

### **3.2. A fiscalização da prática comercial em especial que alega falsamente que determinado produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações**

Vimos que o RPCD estatui como prática enganosa em qualquer circunstância a prática comercial que alegue falsamente que um bem ou serviço cura doenças, disfunções e malformações e, protege o consumidor quanto a esta prática.

No entanto, a efetiva fiscalização, aquela que realmente atua no terreno e que equilibra conflitos de consumo, essa é deficitária e raramente tuteladora. Concluimos que a proteção do consumidor existe mas não é suficiente.

É certo que desde a entrada em vigor da lista de alegações de saúde, permitidas pela EFSA, que a situação começou a ter maior controlo. Já há

---

<sup>271</sup> Ver o art. 12.º da Diretiva. O consumidor terá que alegar e provar que a prática foi cometida por ação ou omissão da contrariedade da diligência profissional; da distorção ou suscetibilidade de distorção de maneira substancial do comportamento económico do consumidor médio; da condução a uma tomada de decisão que de outro modo não tomaria; da demonstração dos meios concretos que definem o “engano” da ação ou da omissão; e de todos os circunstancialismos que definem os conceitos de “assédio”, “coação”, e “influência indevida”.



alguns casos solucionados<sup>272</sup>, no entanto, há ainda muitos outros em clara violação da legislação em vigor<sup>273</sup>.

Não nos podemos esquecer dos longos anos de publicidade desleal sem qualquer tipo de regulamentação, que originou estragos das mais variadas naturezas. O caminho é, assim, longo.

O controlo posterior à entrada no mercado, por parte das autoridades competentes, também se revela moroso e imperfeito, pois apesar de haver hoje uma atitude proactiva por parte das autoridades de modo a coartar este tipo de problema, diariamente deparamo-nos com uma vastíssima publicidade sobre produtos milagrosos.

Cresce o número de queixas dos consumidores, mais atentos, com processos demorados sem justiça efetiva como, também, cresce a percentagem de consumidores desprovidos de informação, vulneráveis, crentes, ignorantes ou que vivenciam enfermidades. Esta é uma realidade que necessita de soluções rápidas e eficazes.

As autoridades competentes devem colocar em prática, de forma célere e efetiva, toda a legislação existente. Não existe qualquer razão para muitos produtos “ditos milagrosos” continuarem a ser comercializados quando se encontram em oposição aos ditames da legislação.

Distinta solução poderá passar pela avaliação prévia de todos os artigos. Uma filtragem dos produtos *ad inicio* poderia ser o critério necessário para prevenir este tipo de fraudes. Esta solução até deveria ser do interesse do próprio setor industrial que passava a ter um mercado equilibrado que atuaria segundo regras de veracidade e informação. Seria uma resolução expectável e que ajudaria, pelo menos, a equilibrar o sistema.

---

<sup>272</sup>FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., refere a título de exemplo: “um famoso iogurte probiótico que fazia grandes alegações sobre o reforço do sistema imunitário por parte de uma estirpe de bactérias, restringe-se agora à mera indicação de que essas bactérias fazem parte dos ingredientes. O iogurte afirma atualmente que são as vitaminas D e B6 que ajudam ao normal funcionamento do sistema imunitário, a única afirmação que é permitida pela EFSA”. Disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>273</sup>FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., refere o caso: “de um suplemento alimentar que marca presença regular em todos os *talk shows* da televisão, (...) o caso da afirmação de que a cartilagem de tubarão regenera as cartilagens humanas. Uma alegação rejeitada pela EFSA por falta de evidências científicas”. Disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

Sabemos, no entanto, que a rede de informação, hoje em dia, corre à velocidade da luz. Esperar controlar a informação dada por um profissional a um consumidor num estabelecimento ou abolir todas as páginas de Internet que promovam curas milagrosas é inexequível<sup>274</sup>.

Seria como aprender de novo, o que, face ao mundo de consumo incessante em que vivemos, será algo irreal e inoportável. No entanto, fomentar a informação e educação do consumidor quanto à ilegalidade desta prática comercial seria um progresso considerável no combate a estas alegações, a par de um regime sancionatório e instrumentos legais de reação mais protetores do consumidor.

#### **4. O “ónus da diligência” do consumidor perante alegações fraudulentas**

A aquisição de um produto na área da saúde, com base em critérios de impulsividade e ignorância, não será um bom aliado neste tipo de transações comerciais. O consumidor deve ser cauteloso, informado e prudente, desconfiando sempre quanto possível do que lhe é dado a demonstrar, comportamento que podemos designar por “ónus de diligência”. Na dúvida, deve sempre questionar um profissional de saúde<sup>275</sup>.

A procura de informação insere-se numa cultura cética, que é imprescindível ao pensamento racional, pois, só assim, será possível tomar decisões informadas sobre matérias que podem interferir na nossa saúde. A título exemplificativo e no que circunscreve o âmbito das fraudes médicas, o consumidor deve: “recusar sempre envolver-se em alguma coisa, se estiver sob pressão”; “pedir documentos médicos e científicos publicados”; “optar por experimentar uma pequena amostra do produto, antes de concordar com a submissão a um

---

<sup>274</sup> FILIPE, Marco, *Produtos Milagrosos*, ob. cit., refere a este respeito que: “É impossível fiscalizar o que um revendedor diz ao consumidor no balcão. É impraticável fechar todas as páginas da Internet que promovem curas milagrosas. E algumas campanhas publicitárias foram tão bem sucedidas que passaram a fazer parte do próprio sistema de crenças de uma grande parte dos consumidores”. Disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>275</sup> Cfr. Direção-Geral do Consumidor, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na Net*, ob. cit., p. 33, onde se refere como método de proteção a utilizar: “Pedir documentos médicos e científicos publicados; perguntar ao seu médico se o produto é seguro e adequado para si”. Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

tratamento integral.”; “verificar se existe uma garantia válida e genuína de retorno do seu dinheiro”<sup>276</sup>.

Como se necessário fosse um “manual de sobrevivência” numa era de acesso informativo capaz de convencer ferozmente o consumidor.

No livro *Um Mundo Infestado de Demónios* de CARL SAGAN foi apresentado um conjunto de instruções capazes de ajudar a encontrar informações ou argumentos de carácter fraudulento<sup>277</sup>. Este conjunto de instruções deverá ser aplicado a alegações do dia-a-dia, especialmente, àquelas que queremos que sejam verdade, nomeadamente, detetar a origem da informação; verificar o que diz a fonte principal; saber se existe alguma motivação, quer de cariz financeiro quer de cariz ideológico; confirmar o que dizem outras fontes sobre o mesmo assunto; ler toda a informação transmitida no produto as vezes que forem necessárias; saber se a informação tem um tom sensacionalista ou alarmista; ser crítico, soluções simples para problemas complexos o mais provável é ser de teor enganoso; esclarecer se a informação se baseia em algum estudo científico; explorar outras explicações para o que nos é apresentado, sem cair em teorias da conspiração; saber o que dizem os críticos.

Os argumentos da pseudociência<sup>278</sup> são vastíssimos, há que ser crítico o suficiente, sob pena de aceitar coisas ou adquirir produtos que são simplesmente erróneos e desvirtuados da realidade.

Neste seguimento, o livro, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na NET*<sup>279</sup> fornece pistas do que será provável encontrar num esquema de fraude a este nível, nomeadamente, “a oferta carecer de provas científicas ou ligações comprovadas entre o resultado e os efeitos do programa, os alimentos, o suplemento, o artigo ou o processo que é promovido; for vendida fora dos circuitos normais de distribuição comercial, tais como através da Internet, por indivíduos não qualificados ou por anúncios de encomendas postais; omitir a

---

<sup>276</sup> Cfr. Direção-Geral do Consumidor, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na Net*, ob. cit., p. 33, onde se fornecem pistas de como o consumidor deve-se proteger. Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

<sup>277</sup> Cfr. COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., pp. 203 a 206.

<sup>278</sup> Cfr. COMCEPT, *Não se deixe enganar*, ob. cit., pp. 207 a 212, a título de exemplo refere: “Os testemunhos comprovam”; “Abram a mente”; “É verdade porque é popular”; “Se é antigo, está provado”; “ Eu tenho um estudo”; “O que é natural é seguro”; “ É uma conspiração”; “A ciência já errou”; “Não podem provar que estou errado”.

<sup>279</sup> Cfr. Direção-Geral do Consumidor, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na Net*, ob. cit., p. 34. Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

recomendação de supervisão médica; utilizar expressões emotivas, tais como “descoberta milagrosa e exclusiva”; anunciar que é um tratamento para uma vasta gama de maleitas e deficiências nutricionais; promover um ingrediente, componente ou alimento específico, como sendo o fator chave do sucesso; exigir grandes somas de pagamentos adiantados ou contratos de longo prazo.”

## CONCLUSÃO

No presente trabalho procedeu-se à análise do DL n.º 57/2008, de 26 de março e, ao estudo em especial, da prática comercial que “alega falsamente que determinado bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”.

Este estudo permitiu compreender que o surgimento e a utilidade pública do diploma nacional combinou a necessidade de regular as práticas comerciais desleais com a necessidade de atribuir elevados níveis de proteção aos consumidores.

Concluiu-se, pela análise da Diretiva 2005/29/CE, que a justificação de uma Diretiva-quadro comum a todos os Estados-Membros, ao abolir as diferenças existentes ao nível de regulamentação de práticas comerciais, contribuiu para um elevado nível de proteção dos consumidores fomentando a confiança dos mesmos no mercado transfronteiriço.

Os objetivos do diploma nacional que espelha a diretiva comunitária são meritórios, com orientações de uma política de defesa do consumidor, que garante a concorrência e promove o desenvolvimento das transações comerciais. O regime jurídico sobre as práticas comerciais desleais engloba uma matéria bastante extensa relativa às práticas comerciais desleais o que o torna necessariamente amplo a fim de abranger todas as situações.

A proliferação de esquemas fraudulentos é cada vez mais frequente, colocando o consumidor numa posição de fraqueza face às atuações das empresas. Mas não só o consumidor, as empresas nas relações comerciais com outras empresas também são vítimas de esquemas fraudulentos. A este nível, e, bem, o diploma nacional sofreu um alargamento que prevê como desleais algumas ações enganosas utilizadas na relação comercial entre empresa/empresa.

O DL n.º 57/2008, de 26 de março, veio, no seu artigo 16.º, demonstrar um cariz inovador para o ordenamento jurídico português, ao regular o “direito de ação”, que proporciona a qualquer pessoa, seja um consumidor seja um concorrente, a faculdade de se opor (desde que tenha interesse legítimo),

intentando ação inibitória, com o propósito de prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas.

Todavia, é de relevar alguns aspetos merecedores de crítica, nomeadamente, a exigência de uma harmonização máxima do normativo comunitário sempre que domínios, de enorme relevância, são deixados ao critério dos 28 EM, ou seja, afinal, não são objeto de qualquer harmonização e, antes, se vão traduzir em 28 regimes jurídicos de práticas comerciais desleais diferentes. A este nível destacam-se aspetos processuais como, por exemplo, os meios adequados e eficazes para reagir contra as práticas comerciais desleais, as vias processuais ou administrativas para a resolução dos litígios, a legitimidade ativa e passiva para a propositura das ações.

Viu-se, igualmente, e partindo para observações na especialidade da Diretiva 2005/29/CE, que os conceitos fundamentais como a “distorção substancial” do comportamento económico do consumidor, a “diligência profissional”, a “influência indevida” e o “consumidor médio” possuem uma característica em comum: o de serem conceitos totalmente subjetivos, abstratos e ambíguos, originando uma dificuldade na sua interpretação e futura aplicação jurídica em casos reais.

No que diz respeito ao normativo nacional analisado, verificámos a distinção de três categorias de práticas comerciais proibidas: as práticas proibidas em virtude da aplicação da proibição geral (art. 5.º, do DL n.º 57/2008); as práticas enganosas que se desdobram em ações ou omissões enganosas e as práticas comerciais agressivas (art. 6.º, 7.º, 9.º e 11.º, do DL n.º 57/2008), as práticas enumeradas de ações consideradas enganosas em qualquer circunstância (art. 8.º, do DL n.º 57/2008), e as práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância (art. 12.º, do DL n.º 57/2008). Espelha-se, a este nível, uma especial preocupação com os consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua saúde mental ou física, idade ou credulidade, o que realça a preocupação do legislador em afirmar a diferenciação deste grupo de consumidores.

No entanto, quer ao nível do engano por ação ou por omissão ou até mesmo das práticas agressivas, verifica-se a dificuldade acrescida que pende sobre o consumidor para, em concreto, fazer a demonstração de que a sua decisão de transacionar foi determinada pela omissão de uma informação ou pela transmissão de uma informação falsa, relativa a um dos elementos essenciais do contrato, bem como, da demonstração do assédio, coação e influência indevida. São conceitos necessitados de preenchimento e que, na prática, poderão levar a uma impossibilidade de qualificação da prática como enganosa ou agressiva, mormente quando a sua demonstração depende de prova efetiva.

No que diz respeito ao catálogo de práticas enganosas e agressivas que são objetivamente consideradas desleais em qualquer circunstância, considerámos que a particularidade de ser uma lista taxativa e fechada (n.º 5, art. 5.º, da Diretiva 2005/29/CE) não se coaduna com a possibilidade de surgirem novos casos suscetíveis de enquadramento, mais ainda, com a possibilidade de um juiz poder, ao nível da análise factual de um caso e de uma transação comercial, qualificar determinada situação como prática desleal.

No que toca à prática comercial que alega falsamente que determinado bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações, concluímos que grande parte dos consumidores não têm a visão analítica necessária da atualidade e da falsidade desta prática e por isso ela tem resistido.

Explorar a vertente emocional do consumidor pela atribuição de propriedades que o produto não tem tornou-se um *ex-libris* da sociedade moderna de consumo. A atribuição de promessas de cura ou de fármacos milagrosos é bastante comum na promoção de produtos para a saúde. Há a criação de um cenário ilusório na mente do consumidor de tal maneira persuasivo que o próprio deixa de ter senso crítico para distinguir o que é real do que é irreal.

A publicidade neste tipo de produtos que colidem com a vertente emocional do consumidor é de tal forma agressiva e convincente que os mesmos aderem aos produtos por medo, crença, credulidade e até mesmo superstição.

Além da falta de ética e conhecimento científico comprovado presente na prática comercial aqui tratada, reclamamos uma especial atenção para uma política do consumidor, cuja eficácia depende do saber e senso crítico que o consumidor detenha, nomeadamente: da capacidade de análise perante alegações de saúde que não só não curam como podem ser perigosas; do espírito de desconfiança face a produtos comercializados com base em pseudociências; dos direitos e deveres ao abrigo da legislação em vigor; da habilidade de empregar estes conhecimentos nas transações comerciais.

Concluimos que não se encontra bem divulgada a ilicitude da prática comercial que alega falsamente que certo produto cura doenças, disfunções e malformações, sendo matéria desconhecida da maioria dos consumidores, facto imputável ao Estado que deve apoiar ações de informação promovidas por associações de interesses dos consumidores. Daqui podemos tirar a ilação de que, provavelmente, o ordenamento jurídico português não estará a cumprir com as orientações da Diretiva 2005/29/CE, particularmente, no que diz respeito à instrução e consequente informação do consumidor nesta matéria.

É necessário filtrar estes produtos, ditos “milagrosos”, pela avaliação prévia dos mesmos, possibilitando a criação de um mercado assente em critérios de veracidade e informação.

Verificámos que a eficácia do normativo comunitário e do diploma nacional passa pela prova da existência de tal prática comercial desleal, o que compete ao consumidor ou a quem tenha interesse legítimo.

O regime jurídico das práticas comerciais desleais estabelece uma proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais das empresas, mas poderá não ser uma proteção suficiente, pois, como é sabido, as práticas comerciais desleais provocam prejuízos sérios, tanto a nível económico como a nível psicológico. Concluimos, assim, que seria de equacionar a criação de um regime sancionatório mais rígido, aumentando o valor pecuniário das respetivas coimas e sanções acessórias, e, além disso, consagrar um regime de invalidade contratual na modalidade de nulidade do contrato, possibilitando a arguição do vício a todo o tempo e por qualquer interessado.



## Referências Bibliográficas

- ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, *Práticas Comerciais Desleais – Um Estudo da Diretiva 2005/29/CE*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, APDC, n.º 61, Coimbra, 2010. ISSN 0873-9773. pp. 45 a 129.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982. pp. 12 a 355.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 5, 2003. ISSN 1646-0375. pp. 139 a 161.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3935-0, pp. 19 a 757.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª Edição, Coimbra: Editora, 1999, ISBN 972-32-0802-4 (obra completa), ISBN 972-32-0879-2 (Vol. II), pp. 7 a 428.
- CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª edição, Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0. p. 10 a 706.
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7340-8, pp. 19 a 441.  
- *Práticas Comerciais Desleais das empresas face aos consumidores*, in “RDS”, ano III, 2011, 1, pp. 187 a 219.
- COMCEPT, *Não se deixe enganar*, Lisboa, 2017. ISBN 978-989-666-148-9. pp. 1 a 219.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, ISBN 978-972-40-7193-0, pp. 18 a 1281.
- CRISTAS, Assunção, *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor*, in “Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos”, Almedina, 2007, ISBN 9789724031491, pp. 141 a 162.

- CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho fora do estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Proteção do Consumidor*, in “Direito Industrial”, Vol. IV, “APDI- Associação Portuguesa de Direito Intelectual”, Almedina, 2005, ISBN 9789724024400, pp. 285 a 330.
- DICIONÁRIO BÁSICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Porto Editora, pp. 58 e 187.
- FROTA, Mário, *Das práticas comerciais na União Europeia – O ordenamento da União Europeia*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, APDC, n.º 43, 2005, pp. 23 a 69.  
- *Das Práticas Comerciais Agressivas no Espaço Económico Europeu*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, APDC, n.º 62, 2010. ISSN 0873-97-73. pp. 53 a 61.
- KRÜGER, María Antonieta Gálvez, *O Consumidor de Referência para Avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, ISBN 9789724043180, pp. 521 a 548.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *A proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 5, Coimbra, 2003. ISSN – 1646-0375. pp. 163 a 181.
- LIZ, Jorge Pegado, *A “ Lealdade” no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária, (Análise Crítica da Diretiva 2005/29/CE)*, in “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, “APDC”, n.º 44, 2005, pp. 17 a 93.  
- *Práticas Comerciais Proibidas*, in “EIDC”, Vol. IV, Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5488-9. pp. 79 a 141.
- MAIA, Pedro, *Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 9, Coimbra, 2015, pp. 143 a 176.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo*, in “EIDC”, Vol. I, 2002, pp. 63 a 91.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *A Transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais Desleais /Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março*, in “Estudos em Homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. I, Almedina, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, ISBN 978-972-40-4318-0, pp. 569 a 585.

- MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleale: la diretiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006. ISBN: 84-470-2538-1. pp. 11 a 165.
- Monteiro, António Pinto, *Comunicação e Defesa do Consumidor, - Conclusões do Congresso*, in “Instituto Jurídico da Comunicação”, (FDUC), Coimbra, 1996. Depósito legal n.º 100950/96. pp. 489 a 492.  
- *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 7, Coimbra, 2005. ISBN 7164603758. pp. 224 a 262.
- OLIVEIRA, Elsa Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, in “EIDC”, Vol. III, Coimbra, 2006. ISBN 972-40-2947-6. pp. 147 a 173.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005. ISBN 972-32-1325-7. pp. 17 a 669.
- REBELO, Fernanda Neves, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, in “ A causa dos Direitos dos Consumidores”, “*Liber Amicorum*”, “Mário Frota”, Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. pp. 103 a 153.
- RODRIGUES, Luís Silveira, “*Tendências Recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia*”, in “EDC”, CDC-FDUC, n.º 5, 2003. ISSN-1646-0375. pp. 311-319.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, 2006, ISBN 972-40-1987-X, pp. 11 a 244.
- TATO PLAZA, Anxo, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, in “Proyecto de investigación *O novo Dereito da Competencia*”, Galicia, (2007-2010), p. 149. ISBN Edición Gráfica: 978-84-8126-531-6. pp. 23 a 249.
- WEATHERILL, Stephen, “Who is the “Average Consumer”?”. In Weatherill, Stephen, Bernitz, Ulf- *The Regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005-29 : new rules and new techniques* Oxford: Hart, 2007. ISBN 978- 1-84113-699-8. pp. 115-138.
- DIREÇÃO-GERAL DO CONSUMIDOR, *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na NET*, pp. 4 a 47. Disponível na Internet em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt).

FILIFE, Marco, *Produtos Milagrosos*, in “Comcept – Sociedade Céptica Portuguesa”, disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

GAUDÊNCO, Aldo César Filgueiras, *Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: proteção contratual dos consumidores nos direitos da União Europeia, Portugal e Brasil*, in “Dissertação de Mestrado”, FDUC, Coimbra, 2015, pp. 1 a 151. Disponível na Internet em <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

SOUSA, Marco, *Breves considerações sobre bens ou serviços milagrosos*, in “Direito do Consumo – Prof. Doutor Jorge Morais Carvalho”, “Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, pp. 3 a 11. Disponível na Internet em [https://www.google.pt/search?q=breves+considera%C3%A7oes+sobre+bens+ou+servi%C3%A7os+milagrosos&rlz=1C1CHZL\\_pt-PTPT725PT725&oq=breves+&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0l4.3456j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.pt/search?q=breves+considera%C3%A7oes+sobre+bens+ou+servi%C3%A7os+milagrosos&rlz=1C1CHZL_pt-PTPT725PT725&oq=breves+&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0l4.3456j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8).

# JURISPRUDÊNCIA

## 1. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

- Ac., de 5 de maio de 2009, Processo T-449/07 (consumidor médio).

## 2. Tribunal de Justiça da União Europeia

- Ac. TJUE, de 1 de abril de 1993, Processo C-250/91 (conceito de diligência profissional).
- Ac. TJUE, de 6 de julho de 1995, Processo C-470/93 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 16 de julho de 1998, Processo C-210/96 e Processo C- 342/97 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 26 de novembro de 1998, Processo C- 370/96 (conceito de diligência profissional).
- Ac. TJUE, de 22 de junho de 1999, Processo C- 342/97 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 13 de janeiro de 2000, Processo C-220/98 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 4 de abril de 2000, Processo C-465/98 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 19 de outubro de 2000, Processo C- 15/99 (conceito de diligência profissional).
- Ac. TJUE, de 25 de outubro de 2001, Processo C-112/99 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 24 de outubro de 2002, Processo C-99/01 (consumidor médio).
- Ac. TJUE, de 23 de abril de 2009, Processos apensos C-261/07 e C-299/07 (harmonização máxima da Diretiva).
- Ac. TJUE, de 18 de outubro de 2012, Processo C-428/11 (práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância).
- Ac. TJUE, de 19 de setembro de 2013, Processo C-435/11 (práticas comerciais desleais enganosas e agressivas).
- Ac. TJUE, de 19 de dezembro de 2013, Processo C-281/12 (ações enganosas).
- Ac. TJUE, de 16 de abril de 2015, Processo C-388/13 (objetivos da Diretiva).

### **3- Tribunais Nacionais**

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

- Ac. STJ, de 26 de setembro de 1995, Processo n.º 087043 (consumidor médio).
- Ac. STJ, de 22 de janeiro de 2009, Processo n.º 08B3301 (instituto da *culpa in contrahendo*).
- Ac. STJ, de 13 de julho de 2010, Processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1 (consumidor médio).

#### **Tribunal da Relação do Porto**

- Ac. TRP, de 18 de setembro de 2002, Processo n.º 0141458 (consumidor médio).

#### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Ac. TRL, de 8 de junho de 2006, Processo n.º 2483/2006-8 (consumidor).
- Ac. TRL, de 19 de janeiro de 2010, Processo n.º 25/07.5TYLSB.L1-1 (consumidor médio).
- Ac. TRL, de 15 de abril de 2010, Processo n.º 483/04.0TYLSB.L1-8 (consumidor médio).

#### **Tribunal da Relação de Évora**

Ac. TRE, de 15 de janeiro de 2015, Processo n.º 268/13.2TBACN.E1 (consumidor).

## Anexo

Imagem n.º 1:



Expresso: Dietas e produtos “Milagrosos”: verdades e mentiras<sup>280</sup>.

Imagem n.º 2:

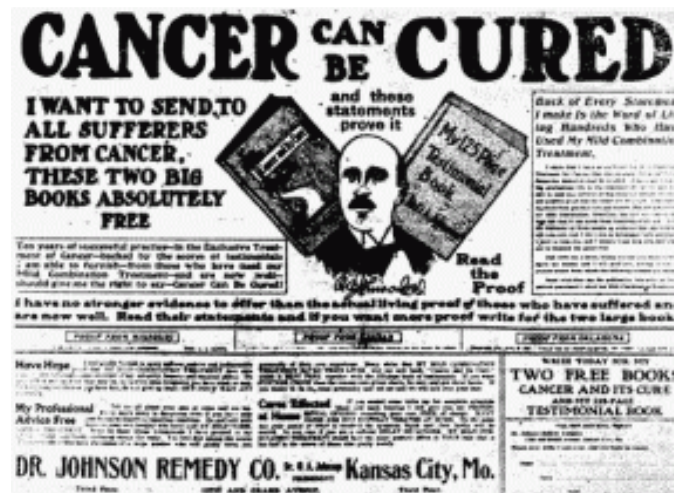


Produtos milagrosos – concept.org<sup>281</sup>.

<sup>280</sup> Disponível na Internet em <http://expresso.sapo.pt/dossies/diario/2016-08-10-Dietas-e-produtos-milagrosos-verdades-e-mentiras-1#qs.fDonJc>.

<sup>281</sup> Ver Comunidade Cética Portuguesa, disponível na Internet em <http://concept.org/produtos-milagrosos/>.

Imagem n.º 3:



Um anúncio de 1908 oferecendo uma cura milagrosa para o cancro através de dois livros «gratuitos», um dos quais composto por 125 páginas de testemunhos pessoais. Via Cancer Treatment Watch<sup>282</sup>.

Imagem n.º 4:



Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais faz alerta contra produtos milagrosos<sup>283</sup>.

<sup>282</sup> Ver Comunidade Cética Portuguesa, disponível na Internet em <http://comcept.org/produtos-milagrosos/>.

<sup>283</sup> Veja-se Secretaria de Estado e da Saúde de Minas Gerais, disponível na Internet em <http://www.otempo.com.br/cidades/ses-faz-alerta-contr-produtos-milagrosos-1.297009>.