

# PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

UM ESTUDO DA DIRECTIVA 2005/29/CE

CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA  
Orientador: Professor Doutor JAVIER LETE ACHIRICA

Trabalho de Investigação Tutelado apresentado à Universidade de Santiago de Compostela para obtenção do Diploma de Estudos Avançados no Programa de Doutoramento: La Contratación: Marco Jurídico Actual

Santiago de Compostela, 2009

## EXCERPTS

*“The goal outlined by CPPD is based on protecting the economic interests of consumers harmed by unfair trade practices, being such interests in perspective of a comprehensive manner”*

*“When we find a legitimate promotion of a product similar to another not likely to induce the consumer into error or an imitation that can lead to confusion, we are out of the scope of CPPD or within it, respectively”*

*“It is further noted that issues pertaining to the jurisdiction of the courts and with the certification and indication of the standards of purity of precious metal articles are also outside the scope of CPPD”*

*“It should be stressed that Member States only are allowed to maintain national standards according to the rules exposed, but they are, however, prohibited to introduce any rules more prescriptive or restrictive than those contained in CPPD”*

*“The substantial distortion of the consumer’s economic behavior is the result of an appreciable reduction in his ability to make a free, thoughtful and enlightened decision, that is, the impact of this distortion blurs the discerning consumer to the point that he decides to make a transaction that he otherwise would not have made, to the extent that his own will, because it does not meet the essential requirements of its formation, is flawed”*

*“Situations such as offering the consumer a choice of tea or coffee, or a shuttle to the delivery address free of charge, as long as they allow consumers to retain the freedom to accept or not the incentive, are not in the field of CPPD’s application”*

*“In accordance to the 8th article, aggressive commercial practices are those that, using harassment, coercion and undue influence, significantly impair the freedom of choice of the average consumer or his behavior toward a product, leading him, or at least being susceptible to lead him, to make a transaction decision he would not have taken otherwise, given the characteristics and circumstances of the case”*

*“We would reiterate, however, the intended desire to balance the protection of the consumers’ economic interests with the development of commercial activities by the corporations ”*

## I. INTRODUÇÃO

**N**um contexto em que o consumidor assume o papel de sujeito ativo no teatro de ações que representa o Mercado Interno da União Europeia, surge a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, doravante designada por DPCD, objeto do presente estudo.

Directiva de um largo espectro de intervenção – todas as práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores –, a ser transposta por 27 Estados-Membros, que encerra como abordagem a acalentada harmonização plena, pedra de toque de um sem número de questões.

Assim, pretende-se com o presente estudo abordar o conteúdo deste diploma comunitário, desdobrando-o nos seus elementos-chave.

Aproximação a que se procederá, considerando a sistemática normativa consagrada pela directiva, designadamente a abordagem de aproximação das legislações nacionais pretendida, com as implicações técnicas que ela importa, o seu âmbito de aplicação e as consequentes exclusões, a técnica legislativa adotada, nomeadamente a definição de cláusulas gerais complementadas por uma lista de exemplos, analisadas atendendo aos elementos que as constituem, e finalmente os requisitos da sua aplicação, não sem antes se apontarem as suas origens e fundamentos jurídicos.

No decurso do desenvolvimento da análise que se propõe, levantar-se-ão algumas questões quanto à efetiva concretização dos objetivos traçados por este novo quadro legal aplicável às práticas comerciais desleais, procedendo-se sempre que possível, dada a sua quase inexistência, a referências jurisprudenciais europeias.

Como critério de abordagem aos conceitos e princípios plasmados na directiva em análise, partir-se-á de linhas de orientação adotadas pelo ordenamento jurídico português, porque nele se desenvolveram os quadros de raciocínio de quem se propõe desenvolver este tema, sem que com isso (pretende-se) se perca a dimensão europeia destes conceitos e princípios.

Por abordar ficarão, no entanto, as medidas adotadas pelos Estados-Membros para a transposição desta directiva, mormente a análise da sua transposição para o ordenamento jurídico português, assim como a pesquisa jurisprudencial reveladora da evolução da proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais, quer a nível europeu quer a nível nacional.

## II. FUNDAMENTOS

### 1. ORIGEM

Surge com o Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia<sup>1</sup>, doravante designado por Livro Verde, em 2 de outubro de 2001, a iniciativa de desenvolvimento de uma directiva quadro sobre práticas comerciais desleais, num quadro de uma apontada necessidade de reestruturação do acervo do direito europeu do consumo, designadamente em matéria de defesa do consumidor.

Desta forma, de molde a garantir um mais elevado nível de defesa do consumidor, balanceado com a ponderação dos interesses das empresas, projeta-se a criação de uma directiva que complete o quadro legal comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, objetivo fundamental da defesa do consumidor<sup>2</sup>, com perdão pela redundância.

Esta directiva foi conceptualizada como instrumento de harmonização plena, transpondo desta forma a paliçada da costumada harmonização mínima, funcionando como rede de segurança, no sentido de abranger as práticas que não são objeto de legislação comunitária setorial.

Consagra, pela sua abordagem, uma proibição geral das práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, perspectivadas pela negativa, ou seja, enquanto práticas desleais.

Assume destaque o direito dos consumidores à informação, relevante perante omissões passíveis de consubstanciarem práticas comerciais desleais, perpassando o que diversas ações e iniciativas das instituições comunitárias vêm destacando como elemento “(...) essencial para que o consumidor beneficie das vantagens no mercado único”<sup>3</sup>.

A autorregulação e a corregulação são também pedra de toque na construção deste diploma comunitário, quer ao nível nacional quer ao nível da União Europeia, ainda que aqui se reconheça a dificuldade de implementação destes últimos códigos de conduta.

Note-se, a referência ao Livro Branco sobre Governança Europeia<sup>4</sup>, que consagra para a prossecução dos princípios da boa governança – designadamente o da coerência –, a promoção da utilização de instrumentos políticos como as directivas-quadro<sup>5</sup>, associadas a mecanismos de corregulamentação<sup>6</sup>.

O Livro Verde aponta também a possibilidade de recurso a orientações práticas não vinculativas que permitam atingir um maior grau de segurança jurídica, pela convergência de interpretações dos elementos conformadores de uma prática comercial desleal. Orientações que poderiam integrar a participação das partes interessadas.

Refira-se também a relevância conferida ao reforço da cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do con-

sumidor.

No cumprimento da determinação do Livro Verde surge, em 11 de junho de 2002, a Comunicação da Comissão sobre o Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia<sup>7</sup>, doravante designado por Seguimento do Livro Verde, nos termos da qual se expressa o resultado da consulta às partes interessadas e às autoridades nacionais.

De forma genérica, este documento corrobora as pretensões do Livro Verde, designadamente na adoção de uma directiva-quadro, alicerçada numa plena harmonização, baseada numa cláusula geral assente na obrigação dos profissionais, em não praticar a atividade comercial de forma desleal, consagrando categorias de “lealdade/deslealdade” a que se acrescentaria uma lista indicativa de exemplos.

Categorias que deveriam incluir a proibição das práticas enganosas, o dever de divulgar, junto do consumidor, toda a informação material que possa afetar a sua decisão, incluindo declarações, omissões e conduta, a proibição de utilizar a força física, o assédio, a coação ou qualquer abuso de influência e a divulgação efetiva de informação e o tratamento das queixas formuladas após a venda.

Destaca o desenvolvimento de códigos de conduta e as consequências do seu não cumprimento, a sua possível aprovação pelas autoridades públicas e a correspectiva presunção de conformidade com as disposições deste diploma comunitário, assim como a formulação de orientações práticas não vinculativas e a participação das partes interessadas.

Este instrumento deveria consagrar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo e o controlo pelo país de origem, e seria aditada à lista das directivas abrangidas pelo artigo 1.º da directiva relativa às ações inibitórias.

Em 18 de junho de 2003 surge, resultado do Seguimento do Livro Verde, a Proposta de Directiva<sup>8</sup> relativa às práticas comerciais desleais, cujos elementos-chave, como *infra* se verá no decurso da análise da directiva que se estuda, a que se confrontará este documento, se centram na consagração de uma harmonização plena das obrigações comunitárias em matéria de práticas comerciais desleais das empresas relativamente aos consumidores de molde a garantir um elevado nível de proteção aos consumidores.

Inclui uma proibição geral, atendendo aos critérios por ela definidos que permitem determinar se uma prática comercial é desleal, distinguindo, em particular, as duas categorias de práticas comerciais desleais, como sejam as práticas comerciais enganosas – ações e omissões – e as práticas comerciais agressivas, que incluem os mesmos elementos que os contidos na proibição geral, ainda que esta última seja autónoma.

Nos supraditos critérios, estabelece como consumidor de referência o consumidor médio na aceção do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,

doravante designado por TJCE, considerado da mesma forma nos grupos particularmente vulneráveis.

À proibição geral, coadjuvada pelas categorias suprarreferidas, acrescenta-se uma lista negra de práticas comerciais, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

Os códigos de conduta relevam, como pretendido, no controlo das disposições da directiva pelos seus titulares, realçando-se, no entanto a sua natureza voluntária.

É consagrada uma cláusula de mercado interno, pela adoção do princípio do reconhecimento mútuo, na sua mais ampla dimensão, que inclui o controlo pelo país de origem.

Com as necessárias alterações às directivas, que em matéria de práticas comerciais desleais confrontam com este dispositivo comunitário, é determinada a inclusão – por substituição – desta directiva quadro no Anexo da directiva relativa a ações inibitórias.

ESTA DIRECTIVA  
FUNCIONA COMO REDE  
DE SEGURANÇA, NO  
SENTIDO DE ABRANGER  
AS PRÁTICAS QUE NÃO  
SÃO OBJETO DE LEGISLAÇÃO  
COMUNITÁRIA  
SETORIAL

Sem acolhimento ficaram questões como o desenvolvimento de códigos de conduta ao nível europeu – os termos da sua implementação nesta matéria –, a intervenção das autoridades públicas, a formulação de orientações práticas não vinculativas e a participação das partes interessadas.

Refira-se que esta proposta foi objeto de um estudo de Avaliação de Impacto Exaustiva, cujo Relatório<sup>9</sup> expressa a análise do potencial impacto das disposições da directiva proposta, baseado em fontes como os inquéritos do Eurobarómetro, as respostas às consultas, os estudos universitários sobre a legislação vigente, os trabalhos do grupo de peritos nomeados pelos Estados-Membros e o estudo de avaliação de impacto anteriormente realizado pela GFA12.

## 2. MERCADO INTERNO

Consagra o artigo 153.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia<sup>10</sup>, a que nos referiremos doravante como CE, a garantia, pela Comunidade, de um elevado nível de proteção dos consumidores, a que se associa, nos termos do seu n.º 1, al. a), e pelo disposto no artigo 95.º do mesmo diploma legal, a prossecução do funcionamento do Mercado Interno, ingredientes chave para que nasça, à luz destes preceitos, e no respeito pelos princípios fundamentais da atividade legislativa comunitária, da proporcionalidade e da subsidiariedade, a Directiva

2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Ora, atendendo a que “*o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada*”<sup>11</sup> pela Comunidade, e face a alteração do paradigma do consumidor europeu, sempre será o reforço das garantias de defesa e promoção dos interesses dos consumidores, um dos meios mais eficazes para assegurar a concretização deste espaço.

Refira-se que a intensificação do processo de globalização e o correspondente incremento das relações comerciais transfronteiriças densificam o princípio da livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, essencial para a concretização do mercado interno<sup>12</sup>.

Concretização cuja tónica incide numa economia de mercado<sup>13</sup> aberta<sup>14</sup> e de livre concorrência leal, dotada de um alto grau de competitividade, disposições a desenvolver concertadamente para que contendam entre si o mínimo possível, numa perspectiva de progressiva minimização, de forma a que, com o aumento da produtividade caminhe o cidadão consumidor, enquanto principal ator do mercado que se invoca, de forma a “*(...) concretizar um verdadeiro mercado interno de consumo que permita alcançar um justo equilíbrio entre um elevado nível de defesa do consumidor e a competitividade das empresas (...)*”<sup>15</sup>.

Assim, 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, como adiante se referirá.

Por outro lado, e ainda que indiretamente, esta medida legislativa será de molde a permitir a prossecução de uma livre concorrência, restringindo práticas que podem consubstanciar obstáculos ao processo concorrencial, proporcionando aos destinatários deste mercado, quer ao consumidor, diretamente consagrado pela DPCD, quer às empresas concorrentes, uma maior segurança e confiança nas transações que os unem<sup>16</sup>.

Permite-se então que o mercado possa “*garantir esse ambiente competitivo, que leve as empresas a operarem com eficiência, reduzindo custos e repassando estes ganhos para o consumidor. (PEREIRA, 1996)*”<sup>17/18</sup>.

Expurgando práticas comerciais – das empresas face aos consumidores – que possam “*distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores*”<sup>19</sup>, e consequentemente constituir um entrave à concretização do mercado interno europeu, quer porque turvam a vontade dos consumidores europeus, quer pelos desvios concorrenciais a que dão origem.

Atenda-se que um aumento na procura transfronteiriça implicará um aumento na oferta e na produtividade que refletir-se-á nos custos imputados a cada produto. Por outro lado, uma concorrência tendencialmente perfeita<sup>20</sup>, ou praticável, despertará no seio das empresas a necessidade de promoção de uma maior eficácia – produtiva –, o que através de processos de inovação trará uma vantagem competitiva às empresas que nela invistam, que, sem se pretender com a presente afirmação abordar teorias e políticas económicas, se traduzirá, inelutavelmente, num incremento da qualidade dos produtos transaccionados e num maior bem-estar do consumidor cidadão.

Por outro lado, a simplicidade, pretendida, com que se encetarão as relações comerciais entre Estados – o problema da diversidade de legislações nacionais não mais se coloca face à harmonização implementada pela DPCD –, facilita os procedimentos de transação e logicamente os custos inerentes reduzir-se-ão, o que por sua vez se refletirá no preço final<sup>21</sup>. Atenda-se aos custos resultantes de acompanhamento jurídico, de marketing e de eventuais despesas judiciais, entre outros.

Sem que tal choque com a procura do lucro, objetivo da atividade empresarial, minimizando o que muitas vezes constitui um conflito de interesses entre empresas e consumidores, num mercado que saneará o tecido empresarial e o expurgará de práticas comerciais desleais tornando-o mais transparente, nos termos da directiva que se analisa.

Como resulta do exposto no Seguimento do Livro Verde<sup>22</sup>, designadamente nos pontos 23, 24 e 25, *“a reforma económica e a promoção da concorrência parecem ser as medidas mais indicadas para eliminar a dispersão residual de preços nesses mercados”*<sup>23</sup>, uma vez que *“as divergências existentes entre disposições no domínio da defesa do consumidor e práticas comerciais nacionais constituem obstáculos importantes que inviabilizam qualquer estratégia pan-europeia de comercialização e de uniformização dos produtos”*<sup>24</sup>, traduzindo-se numa conseqüente falta de confiança pelos consumidores<sup>25</sup>, aliás como refere o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor<sup>26</sup> no ponto 3.3. dedicado à falta de confiança.

No entanto, questões se levantam das premissas suprarreferidas e que no desenrolar da pena se colocarão, nomeadamente no que concerne à aplicabilidade prática das disposições da DPCD, nos diferentes Estados-Membros. Atenda-se a que para o consumidor usufruir livremente das dotações conferidas pela presente directiva, deve ultrapassar todo um processo de desmistificação, uma vez que, até ao momento, a transação internacional estava envolta em desconfiança e receio, processo este dependente da informação e esclarecimento de cada consumidor, que só assim poderá exprimir livremente a sua vontade enquanto agente económico.

Por outro lado, o acolhimento por cada Estado-Membro das disposições comunitárias, face às diversas e díspares heranças jurídicas, poderá traduzir-se numa divergente aplicação destas normas, referira-se a possibilidade de uma multiplicidade de interpretações plausíveis deste dispositivo legal, que consubstanciará, certamente, a coexistência de diferentes regimes.

Focos de atrito, que poderão representar, ainda, entraves ao desenvolvimento de um “oleado” mercado interno.

### 3. BASE JURÍDICA

Foi à luz do artigo 95.º CE que surge a DPCD, uma vez que *“as legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais apresentam diferenças de relevo, que podem provocar distorções sensíveis de concorrência e criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno”*<sup>27</sup>.

No entanto, e nos termos do considerando 1.º do diploma legal em análise, pretende-se assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores, conforme o disposto no art.º 153.º, números 1 e 3, al. a), CE.

Ora, o cidadão/consumidor comunitário assume hoje as vestes de motor do mercado interno comunitário, na senda de uma progressiva alteração do paradigma da proteção dos consumidores, aliás como refere a Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013, reflexo do que já vinha a construir-se, *“a política comunitária dos consumidores ocupará um lugar de destaque na próxima fase do mercado interno, tal como preconiza a Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu da Primavera sobre a revisão do mercado único”*<sup>28</sup>.

Atenda-se, nomeadamente, aos considerandos da supradita norma, e deles emana inequivocamente, em plena projeção, a *“garantia de um elevado nível de defesa dos consumidores”*<sup>29</sup>.

Assim, e como advogou o Comité Económico e Social Europeu (CESE), na posição adotada face à Proposta da DPCD, deveria a base jurídica deste dispositivo legal fundar-se no preceituado no art.º 153.º CE ou eventualmente na conjugação dos dois artigos supracitados, em regime de igualdade.

Resulta designadamente do art.º 1.º da DPCD, que constitui objetivo deste diploma legal *“(..). contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores (...)”*, no entanto, certo é

PARA O CONSUMIDOR  
USUFRUIR LIVREMENTE  
DAS DOTAÇÕES CONFE-  
RIDAS PELA PRESENTE  
DIRECTIVA, DEVE  
ULTRAPASSAR TODO  
UM PROCESSO DE  
DESMISTIFICAÇÃO

que “*um mercado único para os cidadãos*”<sup>30</sup> sempre exigirá um *iter* que permita “*a edificação da Europa dos cidadãos “que são todos os consumidores*”<sup>31</sup>.

Pelo exposto, talvez a sinceridade conceptual exigisse a adoção da norma contida no art.º 153.º CE, abandonando, desta forma, o que tem vindo a ser a regra no acervo jurídico do direito dos consumidores, ou seja, o recurso ao art.º 95.º CE<sup>32/33</sup>, abandonando-se a concepção de que as medidas a adotar pelas Instituições Comunitárias devem justificar-se em termos de impacto no mercado interno, assumindo que matérias existem que “*(...) may have less of an internal market dimension*”<sup>34</sup>.

Tal alteração, a verificar-se, não contenderia com os fundamentos necessários à intervenção da Comunidade, designadamente com os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, uma vez que a questão não se coloca quanto aos motivos da atuação, que manter-se-iam intactos, nomeadamente no que concerne aos considerandos 6.º e 23.º – lidos em contexto.

Atente-se que a proteção dos consumidores, cidadãos europeus, integrados numa rede global, num mercado comum, manancial de oportunidades, dificilmente se bastará com a regulação nacional. A confiança, segurança e os interesses económicos dos consumidores quando perspectivados à sua real dimensão europeia só colocados nas esfera de atuação da Comunidade poderão ser de forma mais eficaz garantidos.

Assim, não pretendendo reproduzir os considerandos consagrados pelo dispositivo legal em referência, e face às disparidades entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais, que causam incertezas no que aos consumidores diz respeito, quanto aos seus direitos, pondo em causa a sua confiança no mercado interno, não poderiam, os interesse económicos dos consumidores, diretamente visados e protegidos pela DPCD perante práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, “*(...) ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e podem, pois, ser melhor alcançados ao nível comunitário (...)*”, “*(...) em conformidade com o princípio da subsidiariedade(...)*”, e “*em conformidade com o princípio da proporcionalidade(...)*”, garantindo-se também, desta forma, “*(...) a supressão dos entraves ao funcionamento do mercado interno (...)*”, conforme consagra o considerando 23.º da DPCD<sup>35</sup>.

## 4. HARMONIZAÇÃO

Importa desde logo distinguir entre o que são duas técnicas de aproximação das legislações nacionais diferentes, atendendo a que o recurso, pelas Instituições Comunitárias, a este tipo de ato, representa uma “*(...) alavanca mais flexível, (...) que permite atender aos particularismos nacionais deixando aos Estados-membros*”

*uma certa margem de liberdade na implementação das regras adoptadas a nível comunitário*”<sup>36</sup>

Assim, e adotando as noções preconizadas e acolhidas por Luís González Vaqué<sup>37</sup>, temos por um lado o processo de harmonização mínima segundo o qual se verifica “(...) *la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la normativa comunitaria fija un mínimo común denominador que debe integrarse en la legislación nacional, sin que ello impida a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones que supongan un mayor nivel de protección*”. Técnica eleita pelo direito do consumo até ao que constitui um momento de viragem, ou seja, o já referido Livro Verde<sup>38</sup>, dada a maior liberdade conferida aos Estados-Membros na implementação das regras adotadas a nível comunitário, e face à dificuldade na obtenção de consensos.

Atendendo a que esta técnica fomenta a fragmentação das regras de proteção dos consumidores, e uma vez que “(...) *la Comisión tolera cada vez menos las iniciativas nacionales*”<sup>39</sup> (...), como propõe o supracitado Livro Verde, adotou-se nesta directiva a técnica da harmonização total “*que MATTERA ha definido del siguiente tenor: «se produce una armonización total cuando una Directiva impone reglas que sustituyen en su totalidad a las normas nacionales existentes en la materia de modo que sólo pueda comercialzarse en todo el territorio de la Comunidad el producto que cumpla las exigencias fijadas por la Directiva comunitaria*”<sup>40</sup>, ou seja, nenhum Estado-Membro poderá aplicar regras mais estritas que as consagradas a nível comunitário.

Técnica que se assume agora como a mais adequada à proteção dos consumidores, por garantir um mais coerente e uniforme quadro legal, associada a uma nova abordagem de harmonização, a directiva-quadro global – caso da DPCD – que, e de acordo com o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor<sup>41</sup>, “*introduziu uma abordagem «horizontal» mais integrada*”, permitindo que directivas especiais sobre determinados setores, como ulteriormente se referirá, não fossem afetadas, abrangendo, no entanto, áreas que as últimas não contemplam, alargando a malha de proteção dos consumidores, agora mais coerente, porque tendencialmente unívoca.

Esta abordagem concertada baseia-se, contrariamente às directivas setoriais – prescritivas e detalhadas –, em princípios, e como tal, reveste uma natureza mais flexível e adaptável ao constante devir das relações comerciais transfronteiriças<sup>42</sup>.

A cláusula de máxima harmonização, ínsita designadamente no art. 4.º da DPCD, sendo que doravante qualquer referência a normas, sem que nada se indique, se prende com este diploma comunitário, consagra o princípio do reconhecimento mútuo, pela primeira vez acolhido por uma directiva europeia no âmbito da proteção dos consumidores, obstando a que os Estados-Membros imponham

ónus adicionais aos comerciantes de outro Estado-Membro, susceptíveis de consubstanciar uma barreira na concretização do mercado interno.

Refira-se que na Proposta de Directiva<sup>43</sup> constava, no n.º 1 do mesmo artigo, a consagração do princípio do país de origem, segundo o qual ao profissional apenas competia o cumprimento das disposições da ordem jurídica nacional do Estado-Membro em que se encontrasse estabelecido.

No entanto, e conforme proposta do Parlamento Europeu que considerou a possibilidade de os consumidores serem lesados pela aplicação da lei do país do profissional, foi suprimido este princípio mantendo-se apenas o do reconhecimento mútuo<sup>44</sup>, que como refere Luís Gonzalez Vaqué<sup>45</sup> citando Pardo Leal, poderá transformar o art. 4.º da DPCD em “(...) *una cláusula del mercado interior mutilada y casi inválida, cuyo ambiguo contenido no resulta de fácil interpretación*”, uma vez que esta alteração importou uma alteração ao sentido amplo inicialmente previsto e com consequências que se referirão.

Assim, encontramos-nos perante uma nova abordagem no processo de harmonização, que de forma concertada integra a harmonização total, associada a uma directiva-quadro que acolhe o princípio do reconhecimento mútuo, suscitando, desde logo, inúmeras questões colocadas pela doutrina.

O OBJETIVO DELIMITADO PELA DPCD ASSENTA NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES LESADOS PELAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

a. Harmonização total

Como referido, esta técnica de harmonização derroga a adoção de cláusulas mínimas, que de acordo com J. Pegado Liz representavam uma proteção acrescida dos consumidores, proteção esta que hoje aparece “(...) *em cedência manifesta à concepção que pretende reduzir a proteção de consumidores à realização do mercado único, e sem, curar de saber se o nível de proteção assim alcançado é o mais elevado possível no espaço da União Europeia*”, podendo, como refere o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, “(...) *implicar uma alteração do nível de defesa do consumidor em alguns Estados-Membros*”.

Desta forma, a segurança jurídica e a confiança do consumidor poderão ser apenas conceitos vazios, uma vez que para 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.

Refira-se a recente jurisprudência emanada pelo TJCE, referente à aplicação da DPCD, segundo a qual “*a Directiva 2005/29/CE (...) deve ser interpretada no*

sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos litígios dos processos principais, que, salvo certas exceções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso em apreço, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor”. Decisão que se sustenta no fato das supraditas ofertas conjuntas não figurarem entre as práticas enumeradas no Anexo I da DPCD, que consagra de forma exaustiva as 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 5, são consideradas desleais “em quaisquer circunstâncias<sup>47</sup>”. Desta forma, esta prática comercial sempre exigiria uma avaliação caso a caso de harmonia com as disposições dos artigos 5º a 9º. Assim uma norma nacional, como a controvertida, ao estabelecer o princípio da proibição de ofertas conjuntas, quando tais práticas não são enunciadas no supracitado anexo, é contrária à DPCD, uma vez que “tem uma natureza mais restritiva e rigorosa do que as normas da Directiva 2005/29”, num “domínio que está sujeito à harmonização plena e em relação ao qual não se aplicam as disposições transitórias do artigo 3.º, n.º 5, da Directiva 2005/29”, de acordo com as conclusões da advogada-geral Verica Trstenjak concernentes a estes litígios<sup>48</sup>.

Por outro lado, e como aventou J. Pegado Liz<sup>49</sup>, poderá ser questionável a impossibilidade de acolhimento, pelos ordenamentos jurídicos nacionais, de medidas mais rigorosas e protetoras dos consumidores, atentando o n.º 5 do art. 153.º CE, segundo o qual “as medidas adoptadas nos termos do n.º 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas”, ainda que este artigo se refira, apenas, às “medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros”, e não às “medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.º no âmbito da realização do mercado interno”.

#### b. Directiva-quadro

O desenvolvimento de uma directiva-quadro perspectivada numa base de harmonização total, como a directiva que se estuda, coloca a questão da possibilidade de “(..) ignorar as necessidades sectoriais que exigem regulamentações específicas (...)”, como evoca J. Pegado Liz<sup>50</sup>.

#### c. Princípio do reconhecimento mútuo

Como suprarreferido, o princípio do reconhecimento mútuo é acolhido pela DPCD, de forma mitigada, ou seja, foi suprimido a este diploma o controlo na origem, pelo que, atendendo a que “(..) las prohibiciones que establece la Directiva integran numerosas cláusulas y conceptos abiertos<sup>51</sup> (...)”, uma prática comercial interpretada, por um tribunal nacional, como conforme à clausula geral – art.º 5.º –, não pode ser obstada por outro Estado-Membro, ainda que a repute como mais fraca ao nível da proteção do consumidor, atendendo a que não podem existir restrições à “livre prestação de serviços” nem à “livre circulação de mercadorias”, vendo-se, portanto, compelido a aceitá-la. Assim, e atentando ainda a que a

determinação da lei concretamente aplicável ao litígio, particular, em contenda, depende da aplicação das regras do direito internacional privado e como refere Hans-W. Micklitz “*depending on which court decides first, more liberal or stricter standards could prevail in Europe – provided the judgment can be based on a correct interpretation of the Directive as approved by the European Court of Justice*”<sup>52</sup>.

Problemática que se prende, igualmente, com o fato de estarmos perante um princípio cuja validade se funda na “(...) simplificação da regulação comunitária no domínio da realização do mercado único (...)”<sup>53</sup>, pelo que a sua aplicação no âmbito da proteção dos consumidores poderá configurar-se numa efetiva desproteção.

No que concerne às exclusões quanto ao campo de atuação da DPCD, serão objeto de ulterior análise.

### III. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

#### 1. INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES

O objetivo delimitado pela DPCD assenta na proteção dos interesses económicos dos consumidores lesados pelas práticas comerciais desleais, interesses esses perspectivados de forma abrangente, ou seja, como refere Thomas Wilhelmsson, “*the Directive is a device that seeks not only to prevent important individual losses of consumers, but also to prohibit those unfair commercial practices that may only slightly affect each individual consumer, but create considerable gains for the trader*”<sup>54</sup>.

Assim, e como reflete a Proposta da DPCD, a directiva apenas contempla os interesses económicos dos consumidores, expressão das suas decisões de transação<sup>55</sup> em relação a produtos oferecidos pelas empresas. Decisão essa, sustentada numa expressão de vontade, livre, ponderada e esclarecida, corolário da validade da declaração negocial emitida, designadamente pelos consumidores, aliás como refletem os considerandos 6.º, 14.º e 16.º da DPCD. Mesmo porque “(...) *la deslealtad frente al consumidor se concibe y construye como una interferencia indebida en su conducta de mercado, por ser ello circunstancia que en general frustra la maximización de las propias utilidades de los consumidores, esto es, la mejor satisfacción de aquellos intereses*”<sup>56</sup> (...).

Não deixe de se referir, assente no enfoque dado à plena formação da vontade do consumidor, o considerando 6.º da DPCD quando exclui do âmbito de aplicação da directiva “(...) *a colocação legítima de produtos, a diferenciação das marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida.*” (sublinhado nosso)

Desta forma, ficam excluídas áreas como as que passaremos a referir.

## 2. EXCLUSÕES

### a. Gosto, decência ou responsabilidade social

No termos da Proposta da directiva que se analisa, as questões concernentes com gosto, decência e responsabilidade social encontram-se excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, isto porque, dada a diversidade cultural coexistente na Comunidade, tais matérias serão dificilmente harmonizáveis, não constituindo sequer pretensão das suas Instituições.

Por outro lado, e desde que se tratem efetivamente de questões circunscritas a este tema – e não se trate de um expediente através do qual um Estado-Membro se escusa à aplicação das normas da DPCD<sup>57</sup> –, respeitam à autonomia cultural<sup>58</sup> desse Estado, e como tal não poderão estar sujeitas a qualquer ingerência<sup>59</sup>.

Assim, práticas comerciais que contendam com normas nacionais de proteção contra o racismo, relativas a pornografia, a religião estão fora do âmbito de aplicação da DPCD. A título exemplificativo, os anúncios publicitários que apresentam mulheres seminuas podem ser proibidos em alguns países por outras razões que não a de proteger os interesses económicos dos consumidores, e sim para proteger a decência e o bom gosto.

No entanto, no caso de determinada prática comercial desleal, ainda que associada a questões de gosto, decência ou responsabilidade social, prejudicar interesses económicos dos consumidores, deve a prática controvertida ser abrangida pela DPCD, veja-se a supradita Proposta quando refere que deve considerar-se no âmbito de aplicação da directiva os casos em que o profissional institui uma relação específica entre a prática comercial e determinada questão de gosto, decência ou responsabilidade social<sup>60</sup>, nomeadamente “(...) *if a trader falsely states in its advertising that it does not use labour for the manufacture of its products(...)*”<sup>61</sup>.

Ora, tarefa difícil será a do TJCE na determinação da fronteira entre o que é efetivamente uma questão de gosto ou decência em determinado Estado-Membro, não contendendo a norma nacional protetora com as disposições comunitárias contidas na DPCD e o que é uma norma protetora dos consumidores, por exemplo mais restritiva, e que consequentemente se opõe às regras comunitárias ali contidas. Refira-se que poderá ser ténue a barreira que separa uma norma protetora de questões de gosto e decência de determinado Estado-Membro e uma norma protetora dos consumidores em que as questões em referência se invoquem.

Atenda-se, como evoca Thomas Wilhelmsson<sup>62</sup>, à questão da coexistência de normas que visam proteger as crianças – grupo vulnerável de consumidores consagrado na DPCD – face à publicidade que as incite à adoção de comporta-

mentos imorais ou perigosos – em princípio, excluídos do âmbito de aplicação da directiva – e de normas que pretendem protegê-las enquanto pequenos consumidores integrados no mercado, situação que coloca problemas no que tange à sua interpretação e à sua eventual inclusão sob a égide da DPCD.

Ora, nos termos supradescritos deparamo-nos com uma vasta área não sujeita à plena harmonização visada pela DPCD, a que corresponde, inevitavelmente, uma fragmentação – permitida – nas normas aplicáveis a uma mesma prática comercial – que num Estado-Membro está sujeita à aplicação da DPCD e num outro a ela se exclui –, situação que poderá, desde logo, consubstanciar um entrave ao desenvolvimento do mercado interno, objetivo preconizado pelo diploma comunitário em análise.

b. Empresas face empresas

Como vem decorrendo da exposição que se lavra, o âmbito de aplicação da DPCD circunscreve-se às práticas comerciais das empresas face aos consumidores<sup>63</sup>, ou seja, de forma expressa se vêm apartadas as contendas “(...) *relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes (...)*”<sup>64</sup>, assim como se excluem as questões “(...) *que digam respeito a uma transação entre profissionais(...)*”.

Desta forma, no que a práticas comerciais diz respeito encontramos agora perante a coexistência de três quadros legais distintos, um – plenamente harmonizado – relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que prejudicam os interesses económicos dos consumidores, um outro relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que prejudicam os interesses económicos das empresas concorrentes e finalmente, um outro relativo às práticas comerciais desleais das empresas<sup>66</sup> face a outras empresas – estes últimos fragmentados.

Refira-se, desde já, e no que respeita às últimas, que estão excluídas questões concernentes diretamente com o direito concorrencial, designadamente, situações de acordos e práticas concertadas, abuso de posição dominante, fusões e aquisições<sup>67</sup>, que afetam a dinâmica interempresarial.

Assim, da aplicação das normas da DPCD resulta, nomeadamente no que concerne a publicidade enganosa, e do cotejo da directiva que se analisa com a Directiva 84/450/CEE, que as práticas publicitárias enganosas, nos termos aí definidos, que prejudiquem os interesses económicos dos consumidores, estão no campo de aplicação da DPCD. Por sua vez, a publicidade enganosa que prejudique, apenas, os interesses económicos de empresas concorrentes encontra-se no âmbito de aplicação da supracitada directiva, 84/450/CEE. No que respeita a publicidade comparativa, a sua regulamentação mantêm-se, quer face aos consumidores quer face às empresas desde que, nos termos previstos no art. 14.º, n.º 3

da DPCD, “*não seja enganosa na aceção do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º da presente directiva ou dos artigos 6.º e 7.º da Directiva 2005/29/CE (...)*”, isto porque tratando-se de publicidade comparativa lícita “*(...) quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas(...)*”<sup>68</sup>, sendo que a tratar-se de publicidade comparativa ilícita porque enganosa, conforme supradito, é-lhe aplicável o regime descrito neste parágrafo<sup>69</sup>.

Assim, a mesma matéria – publicidade enganosa – está sujeita a dois regimes jurídicos diversos atendendo aos sujeitos afetados – consumidor ou profissional –, o que, como refere o CESE na posição adotada face à Proposta da DPCD, “*(...) pode complicar bastante o quadro normativo vigente e a sua aplicação pode gerar incoerências e diferenças. O que colide com o princípio de simplificação legislativa e pode gerar insegurança jurídica*”<sup>70</sup>.

Esta cisão, se por alguns Estados-Membros já tinha sido instituída – porque contemplada quer no direito do consumo quer no direito da concorrência<sup>71</sup> –, para outros<sup>72</sup> representará uma alteração nevrálgica no direito concorrencial uma vez que, para muitos, a matéria regulamentada pela DPCD está inserida num só regime jurídico, coeso e parte do referido direito concorrencial<sup>73/74</sup>.

Atenda-se ainda, que as directivas que regulamentam questões concernentes com práticas comerciais desleais excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, ou seja, práticas comerciais desleais das empresas face a outras empresas, ou mesmo face a consumidores, não lesivas dos interesse económicos destes últimos – veja-se a citada Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa e comparativa –, preveem uma harmonização mínima, ou seja, à diversidade de tratamento de uma mesma matéria ao nível comunitário, acresce a múltipla regulamentação dessa matéria no seio de cada Estado-Membro.

Não deixe, no entanto, de referir-se que a exclusão em análise deve ser contextualizada nos termos supraexpostos, ou seja, como alude o considerando 6.º da DPCD, este diploma legal protege, ainda que “*(...) indiretamente (...)*”, “*(...) os interesses económicos de concorrentes legítimos*”. Veja-se, nomeadamente, o considerando 14.º, podendo, desde logo, inferir-se que a directiva inclui no seu âmbito de aplicação as práticas relativas à promoção de produtos cuja “*(...) semelhança (...)*”

A PUBLICIDADE  
ENGANOSA QUE  
PREJUDIQUE, APENAS,  
OS INTERESSES  
ECONÓMICOS  
DE EMPRESAS  
CONCORRENTES  
ENCONTRA-SE NO  
ÂMBITO DE APLICAÇÃO  
DA SUPRACITADA  
DIRECTIVA, 84/450/CEE

possa “(...) confundir os consumidores em relação à origem comercial do produto e for por essa razão enganosa”. Situação que, consubstanciando uma distorção substancial do comportamento económico dos consumidores, não deixa de traduzir-se numa lesão dos interesses dos concorrentes legítimos.

c. Direito de propriedade intelectual

Atento o exposto, e como consagra o considerando 9.º da DPCD, não se encontram abrangidas pelas normas desta directiva situações concernentes com o direito de propriedade intelectual, nomeadamente e repescando os exemplos citados, questões como imitação servil, o uso indevido de marcas ou denominações de origem, entre outros, salvo se estas práticas viciarem a formação de vontade do consumidor, induzindo-o em erro, caso em que estaremos sob a égide deste normativo comunitário<sup>75</sup>.

Assim, quando nos deparamos com a promoção legítima de um produto semelhante com outro, não suscetível de induzir o consumidor em erro<sup>76</sup> ou perante uma imitação que pode conduzir o consumidor a confusão<sup>77</sup>, estamos fora do âmbito de aplicação da DPCD ou dentro dele, respectivamente.

Não deixe de se reiterar a concepção abrangente de interesses económicos dos consumidores, em conjugação com o que virá, *infra*, a referir-se em relação à distorção substancial do seu comportamento económico.

d. Direito contratual

O direito contratual constitui a primeira exclusão expressamente prevista no corpo normativo do diploma legal em análise, designadamente no art.º 3.º, n.º 2. De acordo com esta norma, estão fora do âmbito de aplicação da directiva, em particular, as questões relativas à validade, formação ou efeitos de um contrato.

No entanto, se num primeiro momento nada há a assinalar quanto a esta disposição, atendendo não só à sua contextualização sistemática, nomeadamente à exclusão das ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo causado por uma prática comercial desleal<sup>78</sup> (ações indenizatórias, incluindo a responsabilidade contratual), como à iniciativa das Instituições Comunitárias no que concerne ao direito contratual europeu e à revisão do acervo em matéria de consumo, em que se incluí a directiva sobre cláusulas abusivas e a elaboração de um marco comum de referência<sup>79</sup>, num segundo momento algumas questões se erigem, como a seguir se referirá.

Considerando o direito dos contratos como “(...) *the law governing the relative rights and duties of parties to consumer contracts (...)*”, adotando o conceito aventado por Simon Whitaker<sup>80/81</sup>, considerando que as práticas comerciais designadas pela DPCD estão diretamente relacionadas com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores<sup>82</sup>, e ainda que, este diploma comunitário abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comporta-

mento econômico do consumidor, compelindo-o, desta forma, a “(...) a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”, sendo que a decisão de transação mais não é do que “(...) a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, (...) ou exercer outro direito contratual em relação ao produto (...)”, parece não poder concretizar-se um total divórcio entre estas matérias que, realmente, se interpenetram<sup>83/84</sup>.

Atenda-se que uma vontade livre, ponderada e esclarecida, como se referiu, é condição essencial de validade da declaração de vontade, na qual se inclui a declaração negocial, por sua vez, elemento essencial de perfeição de um contrato.

Ora, pelo exposto, e ainda que as normas previstas na DPCD não se apliquem diretamente ao direito contratual, quer a nível comunitário, quer a nível nacional, sempre influenciará, decisivamente, a atividade legislativa e o desenvolvimento jurisprudencial das Instituições Comunitárias e dos Estados-Membros.

Assim, uma prática comercial que contenha, designadamente, informações falsas, induzindo em erro o consumidor, conduzirá, em princípio, a uma invalidade do contrato individual, com as legais consequências. Veja-se o caso português, que considera que “os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor<sup>85</sup>(...)”.

Por outro lado, o tribunal nacional, quando chamado a dirimir uma particular contenda, na apreciação da responsabilidade – contratual –, tenderá a ajuizar, considerando que determinada conduta consubstancia uma prática comercial desleal e como tal proibida.

Desta forma, parece resultar que o direito dos contratos será permeável às influências emanadas pela DPCD enquanto diploma legal, assim como pela sua interpretação sucessiva, levada a cabo pelos tribunais – quer pelo TJCE, quer pelos tribunais nacionais<sup>86</sup>.

e. Saúde e segurança dos produtos

De acordo com o art.º 3.º, n.º 3 da DPCD, estão excluídas do âmbito de aplicação da directiva as questões relativas aos aspectos de saúde e segurança dos produtos, o que, de acordo com o considerando 15.º deste diploma legal, importa a manutenção ou introdução, pelos Estados-Membros, de normas mais restritivas em relação a práticas comerciais que incidam sobre áreas sobre as quais recaem preocupações de saúde pública<sup>87</sup>.

No entanto, e como refere a Proposta da DPCD, determinadas “(...) declarações enganosas em matéria de saúde, (...), serão consideradas no âmbito das disposições relativas às práticas comerciais enganosas (...)”<sup>88/90</sup>, salvo “(...) se o produto afectar a saúde do consumidor (...)”, caso em que, “(...) já não será abrangido pelo âmbito de aplicação da presente directiva (...)”.

Ora, poder-se-á, como suscitou Thomas Wilhelmsson<sup>91</sup>, colocar a questão,

uma vez que os Estados-Membros estão apenas, nestas matérias, sujeitos a uma harmonização mínima, da possível manutenção, pelos últimos, de normas mais restritivas do que as previstas na DPCD quanto a práticas comerciais, designadamente, de marketing.

Deverão as supraditas normas ser derogadas pela aplicação da DPCD, ou no entanto, manter-se em vigor quando inseridas num determinado plano, traçado pela política de saúde de determinado Estado-Membro – temática esta excluída do âmbito de aplicação da DPCD?

f. Regulamentação comunitária setorial

Como *supra* se referiu, designadamente quanto à harmonização pretendida pela DPCD, este diploma comunitário introduz uma nova orientação na técnica

UMA PRÁTICA COMERCIAL QUE CONTENHA, DESIGNADAMENTE, INFORMAÇÕES FALSAS, INDUZINDO EM ERRO O CONSUMIDOR, CONDUZIRÁ, EM PRINCÍPIO, A UMA INVALIDADE DO CONTRATO INDIVIDUAL

legislativa comunitária, a directiva-quadro. Técnica essa, que permite a intervenção comunitária de forma horizontal, permitindo uma abordagem da temática das práticas comerciais desleais em todo o acervo do direito europeu do consumo, sem, no entanto, contender com as normas previstas em directivas especiais sobre determinadas matérias, completando o acervo comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores<sup>92</sup> de forma tendencialmente coerente e coesa.

Desta forma, a DPCD assume um carácter supletivo<sup>93</sup>, aplicável, tão só, perante a inexistência de regulamentação comunitária sectorial, coexistindo com directivas como a Directiva 97/7/CE, de 20 de

Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, a Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, designada por “Televisão sem Fronteiras”, a Directiva 2003/33/CE, de 26 de Maio de 2003, relativa à publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco ou a Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, entre outras<sup>94</sup>, cujas disposições prevalecerão sobre as normas do diploma legal em análise.

No entanto, a existência e aplicação de normas comunitárias específicas não implica, desde logo, o afastamento das normas da DPCD, isto porque, como refere a Proposta deste diploma comunitário, as suas normas aplicar-se-ão a outros aspectos, não diretamente consagrados pela legislação setorial, como por exem-

plo, aos casos em que as informações exigidas pela última sejam apresentadas de forma enganosa<sup>95</sup>.

Da mesma forma, a consagração, pela legislação setorial, de princípios gerais, não pode acarretar, desde logo, a derrogação das normas da DPCD, uma vez que na presença de princípios muito abrangentes, estes poderão necessitar de uma “materialização” que apenas a DPCD permitirá conseguir, só assim se logrando uma mais eficaz proteção dos interesses económicos dos consumidores.

g. Outras exclusões

Ora, o direito do consumo europeu encontra-se alicerçado, maioritariamente, em normativos que preveem uma harmonização mínima, ou seja, é permitido aos Estados-Membros, em relação a matérias que pelas “(...) exigencias de integridad que deben satisfacer los prestadores de servicios o la complejidad de la materia y la importancia de los riesgos que afrontam los consumidores (...)”<sup>96</sup> poderão estar sujeitas a “(...) requisitos mais pormenorizados (...)”<sup>97</sup>, manter ou introduzir normas mais restritivas, quanto a práticas comerciais, do que as contidas na DPCD.

Assim, setores como o dos serviços financeiros e bens imóveis<sup>98</sup> – assim como a imposição de obrigações positivas aos profissionais – e jogos de azar<sup>99</sup> – assim como condições de estabelecimento e regimes de autorização –, encontram-se alheados à malha, de plena harmonização, consagrada pela DPCD, pelo que aos Estados-Membros é permitido ir “(...) mais longe do que o que nela está disposto (...)”<sup>100</sup>.

Da mesma forma, questões relativas a profissões regulamentadas<sup>101</sup>, entendidas de forma abrangente, uma vez que contemplam as condições de estabelecimento, os regimes de autorização, códigos de conduta e deontológicos ou outras normas específicas que as regem, estão excluídas do seu âmbito de aplicação.

Situação que, de acordo com o expressamente plasmado no n.º 8, do art. 3.º desta directiva, se destina “(...) a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional (...)”, e consequentemente garantir um elevado nível de proteção aos consumidores.

Assim, mais uma vez, podem os Estados-Membros, de acordo com o direito comunitário, impor aos profissionais, nos termos expostos neste subcapítulo, regras mais restritivas no que tange às práticas comerciais.

No entanto, e como avoca Thomas Wilhelmsson<sup>102</sup>, encontrar-nos-emos perante diferentes níveis de regulamentação desta matéria, melhor concretizando, dependendo da, pecando pela redundância, regulamentação ou não de determinada profissão – de forma consentânea com o direito comunitário – estará ou não, a última, sob a égide da DPCD.

O mesmo é dizer que determinadas profissões, sujeitas a regulamentação num determinado Estado-Membro, estarão excluídas do âmbito de aplicação

desta directiva, e já num outro Estado-Membro, por inexistir regulamentação, ou por esta ser apenas parcial, encontrar-se-ão abrangidas, total ou parcialmente, pelo diploma que se analisa.

Quadro que, nesta matéria, poderá importar, a aplicação de diversos regimes jurídicos a uma mesma profissão.

Refira-se ainda, que questões concernentes com a competência das instâncias judiciais<sup>103</sup> e com a certificação e a indicação dos padrões de pureza dos artefatos de metais preciosos, estão, também, fora do campo de aplicação da DPCD.

Não deixe de se fazer menção que a possibilidade de criação e manutenção de normas mais restritivas ou prescritivas do que as previstas pela DPCD deriva quer da inexistência de regulamentação comunitária – ou seja, encontramos-nos perante regimes jurídicos não harmonizados – quer da transposição, para os ordenamentos jurídicos nacionais, de directivas “de mínimos”. De qualquer forma, uma qualquer nova directiva de carácter específico, independentemente do nível de harmonização consagrado, importará, nos termos expostos, uma derrogação das disposições da DPCD<sup>104</sup>.

### 3. REGIME TRANSITÓRIO

O art.º 3.º da DPCD, no seu n.º 5, consagra uma derrogação temporária das suas normas, face às “(...) *disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, que sejam mais restritivas ou prescritivas do que a presente directiva e que apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima*”.

Assim, por um período de seis anos, após 12 de junho de 2007 – data da entrada em vigor deste diploma comunitário<sup>105</sup> –, podem os Estados-Membros, nos termos que se verá, continuar a aplicar as supraditas normas, esquivando-se à aplicação da DPCD.

Período, prorrogável por outro, limitado, se assim se entender, nos termos do disposto no art.º 18.º, aquando da apresentação da eventual proposta de revisão desta directiva.

No entanto, para que tal se efetive, é necessário que, cumulativamente, se reúna os requisitos plasmados na referida norma, designadamente, que se encontrem num domínio sujeito a aproximação pela DPCD, que tenham natureza mais restritiva ou prescritiva, que as regulamentações nacionais apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima, e sejam adequadas e proporcionais à proteção dos consumidores contra as práticas comerciais desleais<sup>106</sup>, caso contrário, sempre se aplicarão as disposições daquele dispositivo comunitário.

Note-se, que esta derrogação fundamenta-se na adequação e proporcionali-

dade das normas nacionais, fruto de uma harmonização mínima. Ora, parece, de alguma forma, um contrassenso, atendendo a que as normas da DPCD se fundamentam, elas próprias, na adequação e proporcionalidade para uma mais eficaz proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais.

Realce-se ainda, que aos Estados-Membros apenas é permitida a manutenção das normas nacionais, nos termos expostos, sendo-lhes, no entanto, vedada a introdução de quaisquer normas de natureza mais restritiva ou prescritiva do que as consagradas na DPCD.

Questão em tudo consentânea com o dever de abstenção, pelos Estados-Membros, de adoção de disposições suscetíveis de comprometer o resultado prescrito pela DPCD – inclusivamente, durante o prazo de transposição de uma directiva<sup>107</sup>.

Por outro lado, nos termos do n.º 6, do art.º 3.º, devem os Estados-Membros notificar a Comissão das disposições nacionais, aplicadas ao abrigo do n.º 5.

Ora, a esta norma de “*standstill*”, pode desde logo, apontar-se a questão do afastamento do objetivo de harmonização plena – desde que preenchidos os supraditos requisitos –, preconizada pela DPCD, que pode traduzir-se no eternizar da fragmentação da regulamentação sobre práticas comerciais desleais.

No entanto, atenda-se, como refere a Comissão na sua Comunicação relativa à Posição Comum do Concelho sobre a adoção da DPCD, que “(..) *esta derrogação, dado o seu carácter limitado e temporário (..)*” – até 12 de junho de 2013 –, “(..) *permitirá aos Estados-Membros gerir a transição da harmonização mínima para uma harmonização completa*”<sup>108</sup>.

Assim, espera-se pelo justo equilíbrio entre estas premissas.

#### IV. Práticas comerciais desleais

As práticas comerciais desleais consubstanciam o cerne e fundamento da DPCD, pelo que se procederá à análise dos seus elementos e específicas proibições, como sejam a previsão de uma cláusula geral – art.º 5.º –, as práticas enganosas (por ação ou omissão) – n.º 4, al. a), do art.º 5.º, 6.º e 7.º – as práticas agressivas – n.º 4, al. b), do art.º 5.º, 8.º e 9.º – e a lista negra – n.º 5, do art.º 5.º e Anexo I.

Não sem antes fazer referência ao conceito de prática comercial, já abordado *supra*, de forma dispersa, e com as limitações apontadas, como sejam as referentes aos sujeitos – empresas face aos consumidores –, ou as relativas aos interesses visados – interesse económicos dos consumidores –, e que, de acordo com a al. d) do art.º 2.º, se traduz em “*qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores.*”

Note-se ainda, de molde a melhor enformar este conceito, que as “*commer-*

*cial practices are primarily (and intended to be) means of persuasion, not means of informing the consuming public (though consumers may be able to extract information from those practices)*”, como refere Fernando Gomez Pomar<sup>109</sup> e confirma a advogada-geral Verica Trstenjak nas suas conclusões concernentes aos Processos apensos C-261/07 e C-299/07<sup>110</sup>, e em referência às ofertas conjuntas que “(...) destinam-se a criar um estímulo à compra por parte dos consumidores (...). Por outras palavras, visam atrair clientes e aumentar o potencial de angariação de clientes das empresas”, correspondendo “(...) inteiramente ao conceito de práticas comerciais na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29 (...)”, termos em que, nos encontramos perante uma “(...) definição legal ampla de práticas comerciais das empresas face aos consumidores (...)”.

## 1. CLÁUSULA GERAL

Prevista no art.º 5.º do normativo em análise, encontra-se a consagração da proibição geral de perpetração de práticas comerciais desleais, cujo caráter, geral, pretende-se, solverá “(...) questões que estão na origem de incertezas e diversidades (...)”<sup>111</sup>, permitindo “(...) assegurar que a directiva é adaptável às alterações das tecnologias e aos desenvolvimentos do mercado”<sup>112</sup>, pela substituição das “(...) cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros”<sup>113</sup>.

Assim, e em referência à já citada Proposta, para determinar da deslealdade duma prática comercial devem estar reunidas, cumulativamente, três premissas. A saber:

« a prática deve ser contrária às obrigações de diligência profissional;  
» o consumidor de referência a considerar na avaliação de impacto da prática é o consumidor ‘médio’ na aceção estabelecida pelo TJCE e  
» a prática deve distorcer ou ser susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores”<sup>114</sup>

Cabe então analisar cada uma destas três condições.

### a. Diligência profissional

Atendendo à definição consagrada na al. h) do art.º 2.º da DPCD, diligência profissional traduz-se no “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 elou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional”<sup>115</sup>.

Ora, deparamo-nos, desde logo, com a presença de conceitos indeterminados, como sejam, padrão de competência especializada ou de cuidado, prática de mercado honesta e a boa-fé, termos jurídicos cuja conformação dependerá da herança jurídica dos diferentes Estados-Membros.

Partindo, desde logo, da Proposta da DPCD, diligência profissional parte

da boa conduta profissional, cuja tónica se encontra no grau de competência e de cuidado de um profissional – reforçada pela integração do princípio da boa fé<sup>116</sup> –, (...) em conformidade com as normas geralmente admitidas para as práticas comerciais no seu sector de actividade específico<sup>117</sup> (...)”, e que de acordo com Giuseppe Abbamonte<sup>118</sup> representa a “(...) *measure of diligence above that of an ordinary person or non-specialist*” – daí a natureza especializada da competência do profissional –, aferida de acordo com “(...) *critères objectifs, à savoir les pratiques du marché*”<sup>119</sup>, ou seja, independentemente da intenção do comerciante ou do conhecimento ou previsibilidade das consequências do seu comportamento.

Comportamento que variará, como supradito, com o setor de atividade mas que, considerando que estamos a braços com práticas comerciais de empresas face aos consumidores, se visa o mais elevado nível de proteção dos seus interesses económicos e que estamos perante padrões de conduta alicerçados em práticas comerciais honestas e no princípio da boa-fé, não poderá importar a aceitação de qualquer prática reveladora de falta de cuidado e competência por parte dum profissional, ainda que consentânea com os usos e costumes de determinado setor de atividade – onde tais práticas são comuns.

Práticas comerciais honestas que atendendo à tradição belga<sup>120</sup>, que as assume como critério de determinação da deslealdade de determinada prática comercial, “(...) *generally entail the conduct and the customs of prototypical merchants and economic players*”, devendo no entanto, e de acordo com Mário Frota, ser “(...) *susceptíveis de se aferir pelos códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade*”<sup>121</sup>.

Códigos esses que, de acordo com o setor de atividade, impõem ao profissional um determinado nível de qualidade, atendendo às expectativas<sup>122</sup> do consumidor médio, enquanto marco de referência, promanando desta fricção de interesses – comportamento do profissional *vs* expectativas do consumidor médio – a razoabilidade das últimas.

Por outro lado, e como princípio que em regra trespassa todos os ordenamentos jurídicos, temos o princípio da boa-fé, que como refere o mesmo autor, e na óptica da empresa, comporta quer a vertente subjetiva – consagrada “*no objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo do contrato utilizado*” –, quer a vertente objetiva – consagrada “*na confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer*

QUESTÕES  
CONCERNENTES COM  
A COMPETÊNCIA DAS  
INSTÂNCIAS JUDICIAIS  
E COM A PUREZA DE  
METAIS PRECIOSOS  
ESTÃO FORA DO CAMPO  
DE APLICAÇÃO DA DPDC

outros elementos atendíveis”.

i. Códigos de Conduta

Considerando que um Código de Conduta consubstancia o “*acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos*” (sublinhado nosso), e ainda a questão suscitada no relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês<sup>123</sup> relativa ao seu cumprimento, abordar-se-á neste capítulo esta temática.

Prevê a Proposta da DPCD<sup>124</sup> um controlo incentivado por “(..) titulares dos códigos nacionais ou de nível comunitário (...)”, estes últimos de molde “(..) a promover a convergência das expectativas em matéria de diligência profissional (...)”(sublinhado nosso).

Na senda do que se preconiza no Livro Branco da Governança Europeia<sup>125</sup> e no Livro Verde<sup>126</sup>, a autorregulação, pretende-se, assumir um papel importante na orientação futura das práticas comerciais, mormente pelo controlo exercido no sentido de eliminar as práticas comerciais desleais, pela elevação da fasquia dos níveis de qualidade dos produtos a fornecer aos consumidores, pela promoção de procedimentos alternativos de resolução de litígios e consequentemente por um mais elevado nível de proteção dos seus interesses económicos<sup>127</sup>.

Da mesma forma representará, também, o reflexo das práticas comerciais que se pretendem – no mínimo – honestas, atendendo à dinâmica que pautará a outorga destes códigos, por diferentes profissionais, em diversos setores de atividade, designadamente pelas legítimas expectativas que suscita aos consumidores, e consequente procura pelos últimos de produtos fornecidos por profissionais que se pautam por determinados padrões de conduta – presumivelmente práticas de comércio honestas, com as ressalvas que *infra* se analisarão –, reflexo do acolhimento pelos códigos de conduta dos princípios da DPCD.

Não pode, no entanto, deixar de se fazer alusão ao fato de que ainda que os profissionais se vinculem a compromissos “(..) voluntariamente obrigatórios<sup>128</sup> (...)” – só se vinculam aqueles que assim o entenderem –, as obrigações daí decorrentes são desprovidas de coercibilidade, pelo que o seu não cumprimento não poderá importar a sua exigibilidade judicial, independentemente das repercussões desse incumprimento a nível concorrencial ou da responsabilização das empresas pelas entidades competentes pela aplicação dos códigos de conduta.

Assim, e nos termos do já citado art. 10.º, o recurso ao controlo por via da aplicação de códigos de conduta é adicional às vias de recurso judicial ou administrativo, não se excluindo.

Atenda-se por outro lado, que estes códigos, à escala europeia, serão de difícil implementação “(...) *dada a diversidade de disposições nacionais*”<sup>129</sup> (...), e como aponta o próprio Livro Verde, dada a inexistência de meios bastantes para garantir sua eficácia.

Aliás, veio a suprimir-se, no texto normativo da DPCD, a referência aos códigos de nível europeu, como alude a Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho<sup>130</sup>, atitude criticada pela doutrina<sup>131</sup>, dada a maior garantia, conferida pelo recurso a estes códigos, de supressão dos entraves ao desenvolvimento do mercado interno.

Ainda assim, atentando a que a adesão a um código de conduta por uma empresa suscita expectativas legítimas aos consumidores pela sua outorga e pela imagem que daí se projeta – determinado padrão de comportamento –, pode determinada conduta ser considerada uma prática comercial desleal, seja por constanciar uma prática enganosa, nos termos previstos no Anexo I da DPCD<sup>132</sup>, seja porque o incumprimento de uma das normas destes códigos, ao abrigo do art.º 6.º, n.º 2, al. b), aí conduz<sup>133</sup>.

Por outro lado, não se subsumindo como prática comercial enganosa nos termos supradescritos, e atentando à questão suscitada no relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês, já referido, não pode o incumprimento de determinada norma de conduta prevista num determinado código, por si só, importar, automaticamente, a qualificação dessa ação como prática de mercado desonesta e conseqüentemente, nos termos expostos, contrária à diligência profissional. Isto porque, dependendo dos setores de atividade, diferentes serão os padrões de comportamento adotados pelas respectivas associações representativas, pelo que, podemos encontrar-nos perante um determinado código de conduta que encerre normas traçadas pelos mais altos níveis de exigência<sup>134</sup>, ou seja, um profissional que não as cumpra está a romper com esse padrão, mas não está a incorrer numa prática de comércio desonesta.

Por outro lado, podemos também cair na tentação de pensar que as entidades representativas de determinado setor de atividade poderão definir os padrões mínimos de exigências dos profissionais respectivos, e assim estariam delimitadas e conformadas as práticas comerciais honestas. Ora, não são, nem poderiam ser, estes intervenientes a traçar os mínimos de exigência de determinado setor, caso contrário poderíamos incorrer numa distorção concorrencial, que se visa, indiretamente, combater, pelo que o cumprimento de determinado código de conduta não implica, desde logo, a conformidade com as práticas de comércio honestas.

Assim, e como conclui o supradito relatório, caberá aos tribunais nacionais aferir da “honestidade” de determinada prática de comércio, independentemente da sua compatibilidade com determinado código de conduta, ainda que na con-

tenda, em particular, aquela prática possa ser por ele conformada.

b. Consumidor<sup>135</sup>

O conceito de consumidor adotado pela DPCD corresponde à definição tipo que figura em várias directivas sobre a defesa dos consumidores, como infere a Proposta desta directiva<sup>136</sup>, e que de acordo com Luís González Vaqué, se pode resumir “(...) *en el sentido de que comprende toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su uso o consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares*”<sup>137</sup>.

Conceito que se pretende, possa evoluir em conformidade com a jurisprudência do TJCE, pelo que se suprimiu da Proposta da DPCD a definição de consumidor médio, mantendo-se apenas a definição de consumidor, dada a clara ligação entre aquelas<sup>138</sup>, fazendo depender do consumidor médio, enquanto marco de referência, a qualificação de determinada prática como desleal – seja na

AOS ESTADOS-MEMBROS  
APENAS É PERMITIDA  
A MANUTENÇÃO DAS  
NORMAS NACIONAIS,  
SENDO-LHES VEDADA A  
INTRODUÇÃO DE QUAIS-  
QUER NORMAS DE NATU-  
REZA MAIS RESTRITIVA  
OU PRESCRITIVA

cláusula geral prevista no art.º 5.º, seja quanto a práticas comerciais enganosas, consagradas nos artigos 6.º e 7.º, seja quanto a práticas comerciais agressivas, preceituadas nos artigos 8.º e 9.º.

Assim, e não pretendendo enfadar pela transcrição, reproduz-se o considerando 18.º da DPCD, que contém os elementos chave que cintam a adopção deste critério:

*“É conveniente proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Directiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações directas à aquisição.”*

*O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso.*” (sublinhado nosso)

Note-se a referência expressa, no corpo normativo da DPCD, ao consumidor médio de um determinado grupo, mormente se este for vulnerável<sup>139/140</sup>, pela idade, doença, credulidade, ou condição<sup>141</sup>, reforçando, desta forma, este critério.

Assim, na determinação do consumidor médio atender-se-á ao consumidor, ou grupo de consumidores, visado por determinada prática, seja ele todo e qualquer consumidor, seja considerando o produto ou bem objeto de procura, a circunscrição geográfica, a língua, ou qualquer particular circunstância que conduza à sua aferição.

Da mesma forma, serão atendíveis as suas expectativas<sup>1</sup> assim como a sua percepção sobre a prática em questão, considerando que nos encontramos perante uma pessoa normalmente informada e razoavelmente atenta e advertida.

O mesmo é dizer que o consumidor pouco informado, desatento ou inadvertido não se encontrará protegido pela DPCD<sup>144</sup> – desde que se não trate de uma situação subsumível nos parâmetros da credulidade, termos em que seria versada, no âmbito deste diploma, enquanto consumidor vulnerável, como *infra* se concluirá.

Situação, geralmente, associada aos níveis de formação/educação ou mesmo aos hábitos de consumo – atendendo mesmo às condições económicas dos consumidores –, pelo que esta opção foi, desde logo, objeto de crítica, quer pelo Parlamento Europeu, que pretendeu a ponderação do grau de instrução quanto aos consumidores mais vulneráveis, quer pelo CESE que teme que “(...) *que a política de defesa do consumidor perca a sua natureza protectora e que, sem prejuízo para a atenção especial que a proposta dedica aos «grupos mais vulneráveis», os consumidores menos informados ou os que tenham um nível de ensino mais baixo fiquem desprotegidos*”<sup>145</sup>.

No entanto, ainda que informado, atento e advertido, não se espera que, por excesso, o consumidor médio seja, conhecedor e especialista quanto ao produto ou serviço em questão, pelo que a determinação da sua razoabilidade dependerá do “(...) *padrão racional de agente económico, do lado da procura*”<sup>146</sup>, considerando o necessário equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a concretização do mercado interno – princípio da proporcionalidade<sup>147</sup>.

No que tange aos grupos de consumidores mais vulneráveis, estes identificam-se na DPCD, pela idade, doença mental ou física ou pela credulidade, ainda que de uma forma abrangente, uma vez que, *in casu*, poderão, estas características, não consubstanciar uma particular vulnerabilidade.

Levantando a concretização da característica de credulidade especial dificuldade, na medida em que credulidade e ingenuidade, seja por inexperiência, ou por ignorância, no caso comerciais, são muitas vezes utilizados como sinónimos.

No entanto, e como refere Hans-W. Micklitz<sup>148</sup>, “*a certain degree of help in putting credulity into a specific context is provided by the European Court of Justice (...)*”, designadamente pelos processos apensos C-240/98 e C-244/98, C-481/99<sup>149</sup> e C-473/00<sup>150</sup>, quando referem que a faculdade reconhecida ao juiz de apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula, foi considerada necessária para assegurar ao consumidor uma proteção efetiva, nomeadamente, tendo em conta o risco não despreciando de ele ignorar os seus direitos ou de ter dificuldade de os exercer.

Assim, parece que o TJCE protege os consumidores que ignoram os seus direitos.

Ainda assim, e atendendo às concepções de vulnerabilidade e hipossuficiência, adotadas pela doutrina brasileira<sup>151</sup>, assim como à desigualdade material<sup>152</sup> das partes, nas relações entre consumidores e profissionais, manifestamente reconhecida pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina, pela dificuldade do primeiro na defesa dos seus direitos, não deixa a ingenuidade de ser uma vulnerabilidade característica de todos os consumidores, e não, sem mais, de um consumidor particularmente vulnerável.

Assim, e considerando o exemplo alemão citado pelo mesmo autor, que considera que o consumidor crédulo ou inexperiente – em termos comerciais – é aquele que é “*(...) too lethargic, too inattentive, too apathetic, too passive and too indolent to obtain information*”<sup>153</sup>, é demasiado extremo, colocando sem proteção muitos consumidores que, vulneráveis, não se encontram naquelas condições, não deixa a credulidade comercial de consubstanciar uma falta de resistência do consumidor, mercê de uma particular fragilidade intelectual.

Ora, a linha que medeia estes conceitos deve ser traçada pelo tribunal nacional, na contenda em particular, mesmo porque como abaixo se referirá, não nos encontramos perante um consumidor médio, seja vulnerável ou não, cuja reação seja apreensível de forma estatística.

Há no entanto que realçar, como refere José Massaguer<sup>154</sup>, que em relação a estes consumidores, o art.º 5.º, n.º 3 dá corpo a uma regra excepcional face à regra geral prevista no n.º 2 do mesmo artigo.

Caráter excepcional que pretende estender a malha de proteção destes consumidores, que apenas pela aplicação da regra geral não estaria garantida.

Assim, aquela prevê, como alude o considerando 19.º, que determinada prática, destinada não especificamente aos consumidores vulneráveis, os afete, pelas suas características pessoais, desde que se trate de um grupo claramente identifi-

cável, de forma razoavelmente previsível para o profissional.

Ora, considerem-se as especificidades desta norma, designadamente que não estamos perante uma norma que prevê uma prática que visa em especial um grupo de consumidores vulneráveis – caso que se subsumiria na regra geral e seria o consumidor médio deste grupo a ser considerado como marco de referência, sem que os requisitos do n.º 3 fossem necessários –, mas sim, como suprarreferido, de uma prática que visando consumidores que não especificamente um determinado grupo de consumidores mais vulneráveis – consumidores ordinários –, apenas estes são suscetíveis de distorção do seu comportamento económico, sendo que neste caso o consumidor médio de referência será deste grupo de consumidores – mais vulneráveis.

Por outro lado, deve a distorção do comportamento económico destes consumidores ser razoavelmente previsível pelo profissional, mais uma vez *in casu*, do cotejo entre “(...) *the opposing interests of the advertiser and the addressee*”<sup>155</sup> – ou seja, dos profissionais e dos consumidores.

Assim, resulta não só do considerando 18.º da DPCD, como de todo o exposto, que este marco de referência não é, nem poderia ser, estatístico pelo que caberá aos tribunais nacionais, casuisticamente, a determinação da reação típica do consumidor médio, o que obrigará à aceitação de uma panóplia de critérios – num universo de 27 Estados-Membros – que apenas *in casu* poderá ser apreendida.

c. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores

Resulta da proibição geral, prevista no art.º 5.º, a necessidade de que determinada prática comercial distorça ou seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores. Distorção que, de acordo com a al. e) do art.º 2.º, se traduz na “*utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo*”.

Chame-se, desde já, o que se grafou sobre os interesses económicos dos consumidores, designadamente quanto ao objetivo da diretiva que se analisa, cujo enfoque recai sobre a proteção dos consumidores contra o “(...) *effective and relevant harm*”<sup>156</sup> (...), originado por práticas comerciais desleais.

Realce-se o carácter abrangente destes interesses, que incluem os danos sofridos pelos consumidores atendendo ao impacto “(...) *suficientemente importante*”<sup>157</sup> (...) de determinada prática comercial sobre o seu comportamento económico – aptidão para tomar uma decisão esclarecida –, podendo traduzir-se quer em avultados danos sofridos pelo último, quer em avultados ganhos para os profissionais<sup>158</sup> – excluem-se naturalmente as bagatelas.

Note-se também que o comportamento económico do consumidor é resultado de uma decisão de transação<sup>159</sup>, fundada numa expressão de vontade, livre, ponderada e esclarecida, ideia projetada nomeadamente pelos considerandos 6.º, 7.º, 14.º e 16.º da DPCD, pelo que qualquer prática comercial suscetível de reduzir a “(...) a aptidão de o consumidor conscientemente tomar uma decisão com conhecimento de causa<sup>160</sup>” deve ser reputada, nos termos desta cláusula geral, como desleal.

Assim, 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 tolda o discernimento do consumidor ao ponto de o fazer tomar uma decisão<sup>161</sup> 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.

Refira-se que a definição de transação é também ela abrangente, uma vez que abraça todos os momentos da transação comercial que liga o profissional ao consumidor, designadamente as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Assim, vêm-se incluídas no âmbito de aplicação da DPCD, aliás como resulta do seu art. 3.º, n.º 1, as práticas comerciais desleais que vão conformar a decisão, pela positiva ou pela negativa, de transação, aquelas perpetradas durante a execução do contrato<sup>162</sup>, bem como aquelas que ainda que realizadas em momento ulterior ao fim da transação comercial, a influenciarão, ainda que de forma acessória, determinantemente.

No que concerne a estas últimas, levanta a doutrina<sup>163</sup> a questão da efetiva inclusão das práticas comerciais desleais em fase pós-contratual, na medida em que estas já não poderão influir na decisão de transação do consumidor – já tomada – e consequentemente não terão repercussões diretas no seu comportamento económico.

Ora, não só pela consagração expressa destas práticas<sup>164/165</sup>, mas também pela coerência sistemática deste diploma legal, pode o tribunal nacional, através de um juízo de prognose póstuma, aferir se o consumidor médio perante aquela prática comercial desleal, naquelas circunstância de tempo e lugar, e atendendo às particularidades que enformam este marco de referência, como *supra* se explanou, teria tomado ou não aquela decisão de transação.

Não deixe de se realçar que ainda que a supradita prática se imponha ao consumidor, porque ulterior à decisão de transação, esta não deixa de ter uma repercussão na reação típica do consumidor médio, e que nessa medida o tribunal nacional, na contenda em particular, ao determiná-la, poderá projetar nela a prática desleal pós-transação.

Refira-se ainda que “(...) a colocação legítima de produtos, a diferenciação das

marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida” estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD.

Assim, situações como a oferta ao consumidor de um chá ou café, ou de um serviço de transporte até ao local de entrega gratuitos<sup>166</sup>, na medida em que permitam ao consumidor conservar a liberdade<sup>167</sup> de aceitar ou não o incentivo proposto, não estão no campo de aplicação da DPCD.

Isto, desde que a liberdade de aceitar por parte do consumidor seja isso mesmo e não, por exemplo, uma “liberdade”, com perdão pela redundância, equiparada à existente em situação de coação, ou seja, desde que as ofertas e incentivos não possam consubstanciar uma prática comercial enganosa ou agressiva.<sup>168</sup>

Isto, na medida em que, como aponta J. Pegado Liz, “(..) os consumidores não actuam no mercado como ‘agentes económicos’<sup>169</sup>, pelos menos equiparáveis aos agentes empresariais, sendo que “(..) o conocimiento de causa no es necesariamente sinónimo de la autonomía y racionalidade económica (...)”<sup>170</sup>

Pelo que é da aceitação destas derivações de uma mesma cláusula geral, articuladas *in casu* pelos tribunais nacionais, que se poderá obter a melhor composição do litígio, norteadas pela conveniente protecção de todos os consumidores das práticas comerciais desleais<sup>171</sup>.

#### d. Prova

A reacção pelo consumidor contra uma prática comercial desleal implica desde logo a apresentação da prova bastante para que se demonstre que determinada prática é contrária às exigências relativas à diligência profissional, que distorceu ou é susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, conduzindo-o a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

Premissas que atravessam quer a cláusula geral do art.º 5, quer as normas especiais consagradas nos artigos 6.º a 8.º, dada a articulação que entre elas se verifica, conforme *infra* se verá.

Ora, ainda que, como refere o considerando 21.º da DPCD, caiba à legislação nacional determinar o ónus da prova, não deixa de constituir regra que este ónus recaia sobre o consumidor enquanto queixoso<sup>172</sup>, cabendo àquele fazer a prova dos fatos constitutivos do direito alegado.

AINDA QUE OS PROFIS-  
SIONAIS SE VINCULEM  
A COMPROMISSOS  
VOLUNTARIAMENTE  
OBRIGATÓRIOS, AS  
OBRIGAÇÕES DAÍ  
DECORRENTES SÃO  
DESPROVIDAS DE  
COERCIBILIDADE

A própria DPCD confirma isto mesmo, ao consagrar no art.º 12.º o que se entende por uma inversão do ónus da prova, fazendo impender, se assim pretenderem os Estados-Membros, sobre o profissional o ónus da apresentação de provas respeitantes à exatidão dos fatos que tenham alegado.

Posição adotada, nomeadamente, pelas directivas relativas à publicidade enganosa<sup>173</sup> e aos contratos à distância<sup>174</sup>, de forma a aproximar este encargo daquele que reúne melhores condições para apresentar as provas necessárias, permitindo, desta forma, equilibrar as posições das partes.

Realce-se que se trata de uma faculdade atribuída aos Estados-Membros, que a poderão ou não exercer, situação última, que poderá consubstanciar uma maior vulnerabilidade – jurídica nos termos já referidos – do consumidor, dada a acrescida dificuldade em demonstrar fatos que consubstanciem o assédio, a coação, a influência indevida ou o particular atentado contra as exigências de diligência profissional.

Este último poderá levantar sérios problemas ao consumidor na medida em que nos encontramos perante um padrão de conduta conformado por práticas de mercado honestas de determinado setor de atividade, pelo que a demonstração de fatos que consubstanciem uma violação de códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade poderá representar um entrave à efetiva proteção do consumidor.

No entanto, o nexo causal entre a distorção do comportamento económico e a decisão de transação, mais não requer do que a sua alegação, uma vez que, “(...) *no parece que pueda exigirse una prueba concreta de este elemento (...)*”, encontrando-se o elemento causal “(...) *contained already in the decision whether the autonomy of the consumer is distorted or is likely to be distorted by a commercial practice*”<sup>176</sup>.

O mesmo se pode dizer quanto à prova do engano pelo consumidor – quer por ação, quer por omissão, como *infra* se referirá, quando forem abordadas estas práticas e à suscetibilidade destas induzirem ou serem suscetíveis de induzir o consumidor médio em erro –, uma vez que a possibilidade de este ser induzido em erro, por si só, pode ser considerada enganosa, se todos os restantes elementos que conformam as práticas comerciais enganosas estiverem presentes.<sup>177</sup>

e. Articulação entre cláusula geral e as normas especiais

Atentando à proibição geral consagrada no art.º 5.º, deparamo-nos com três níveis de ponderação na qualificação de deslealdade de uma prática comercial. Vejamos:

O n.º 5 daquela norma refere o Anexo I da directiva, que contem uma lista, exhaustiva, de 31 práticas, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, por todos os Estados-Membros, pelo que dispensam o recurso a uma

avaliação casuística, nos termos da aplicação das cláusulas gerais – quer da cláusula geral de deslealdade, quer das cláusulas gerais relativas às práticas comerciais enganosas e agressivas – previstas nos artigos 5.º a 9.º<sup>178</sup>. Lista que só poderá ser alterada mediante revisão da directiva que se estuda, nos termos do art.º 18.<sup>179</sup>.

Desta forma, perante determinada prática comercial, caberá primeiramente verificar se esta está contida naquela lista, e apenas perante a negativa se lançará mão das cláusulas gerais supracitadas.

No entanto, também entre elas se verifica, por força, do n.º 4 daquela norma, uma relação de especialidade. Não porque as últimas – enganosas e agressivas – se afastem do regime regra plasmado no n.º 1 do art.º 5.º ou que com ele apresentem qualquer antinomia, mas no sentido em que *“a proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas”*<sup>180</sup>.

Assim, estas duas práticas serão, pelas suas características, aprofundadas e delimitadas, de molde a garantir uma maior segurança jurídica, sem que para a sua aplicação seja necessário lançar mão dos requisitos previstos no art.º 5.º, n.º 1, nomeadamente à determinação da falta de diligência profissional – as práticas que induzem em erro, porque inverídicas ou associadas a um comportamento de assédio, por exemplo, consubstanciam uma conduta contrária com as exigências de diligência profissional – e à distorção substancial do comportamento económico de consumidor – a coação prejudica a aptidão do consumidor médio para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o a uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.<sup>181</sup>

Ora, acrescente-se que as cláusulas relativas às práticas enganosas – artigos 6.º e 7.º – e agressivas – artigos 8.º e 9.º – fazem referência expressa ao consumidor médio – em que se incluem os particularmente vulneráveis, quer pela sistematização normativa da directiva, designadamente a construção de todo o art.º 5.º, quer pelo seu elemento teleológico, que pretende a protecção destes consumidores<sup>182/183</sup> –, nos mesmos termos consagrados na cláusula geral do referido n.º 1 do art.º 5.º, pelo que incluem os mesmos elementos caracterizadores de determinada prática como desleal.

Desta forma, não constando a prática controvertida da supradita lista, e não se subsumindo naquelas cláusulas gerais, será então, aplicável a norma geral prevista no n.º 1 do art.º 5.º, *“(.. ) que continuará a funcionar como uma rede de segurança (... )”*<sup>184</sup>, autonomamente, garantindo, pelo seu carácter abrangente e flexível, a inclusão de práticas comerciais futuras<sup>185</sup>.

f. O paradigma da lealdade/deslealdade

O diploma que se analisa adotou como técnica uma abordagem negativa de prática comercial, ou seja, definiu os critérios de determinação de uma prática

comercial desleal.

Critérios esses, desenvolvidos de forma detalhada, como *infra* se verificará aquando do estudo das práticas comerciais enganosas, agressivas e do Anexo I da DPCD, de molde a minimizar, o que vem sendo apontado como problema, eventuais incertezas ou dispersões, características da aplicação de uma cláusula geral, sem que aquela concretização contenda com o caráter flexível e abrangente desta técnica legislativa.

Ideia projetada, desde logo, no Livro Verde<sup>186</sup>, atendendo ao caráter mais restrito das práticas desleais, face ao universo de práticas de comércio honestas e leais<sup>187</sup>.

Atente-se que a abordagem negativa preconizada pela DPCD foi objeto de crítica, designadamente pelo CESE, emitida no seu parecer, por considerar que uma cláusula geral abordada de forma positiva “(...) *podia assegurar a sua adaptação às circunstâncias de mercado e aos comportamentos concorrenciais em mutação e permitiria, especialmente, submeter os comportamentos impróprios ao controlo de práticas desleais*”.

A ADESÃO A UM  
CÓDIGO DE CONDUTA  
POR UMA EMPRESA  
SUSCITA EXPECTATIVAS  
LEGÍTIMAS AOS  
CONSUMIDORES PELA  
SUA OUTORGA E PELA  
IMAGEM QUE DAÍ SE  
PROJETA

No entanto, note-se que uma tal construção, fundada na consagração de uma prática leal de comércio, pressupõe a determinação dos elementos que enformam um determinado padrão de conduta, conformado pelas características de determinado setor de atividade – aos seus níveis de exigência – e pelas expectativas do consumidor, atendendo às tradições de cada Estado-Membro, entre um sem número de condicionantes. Situação que poderia, no entanto, ser obviada pela implementação de códigos de conduta, aplicáveis ao nível comunitário,

pela maior convergência das expectativas em matéria de diligência profissional que a outorga destes compromissos poderia oferecer, sendo que esta medida não é, ainda, exequível, como se referiu no subcapítulo respectivo.

Assim, pelo exposto, a harmonização plena, visada por este normativo comunitário, poderia importar a cristalização deste conceito perante o progressivo desenvolvimento de novas técnicas comerciais e perante a necessidade de consensos sobre a imposição de normas afirmativas em relação à lealdade das práticas.

Desta forma, a consagração de uma lista negra, de duas cláusulas gerais relativas a práticas comerciais enganosas e agressivas, completada por uma cláusula geral mais abrangente, correspondem a diferentes níveis de filtragem do caráter desleal de determinada prática comercial, considerando os elementos comuns aos sistemas jurídicos da maioria dos Estados-Membros, permitindo que desta for-

ma, a lealdade das práticas de comércio se desenvolva sem qualquer espartilho<sup>188</sup>, sendo que as práticas comerciais desleais, conforme se delimitam na DPCD, sempre serão, pelo menos previsivelmente, conformadas por aqueles elementos.

## 2. PRÁTICAS COMERCIAIS ENGANOSAS

A DPCD classifica as práticas comerciais enganosas como ações enganosas e omissões enganosas.

### a. Ações enganosas

Ao abrigo do n.º 1 do art. 6.º, encontram-se consagradas as ações dos profissionais que serão qualificadas como enganosas se contiverem “(...) *informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo*”<sup>189</sup>.

Chama-se aqui a definição adoptada pelo ordenamento jurídico português decorrente da transposição da DPCD, na medida em que expurgou alguns elementos que parecem redundantes, estruturando-o de forma mais clara. Assim, afasta-se o carácter inverídico de uma informação falsa, e a aparente divisão desta norma, como considerou o relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês<sup>190</sup>, segundo o qual a lista de elementos ali enumerados serão aplicáveis apenas aquelas informações que, mesmo que factualmente corretas, por qualquer forma, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio e então o conduzam a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, sendo que as informações falsas, *per se*, o conduzirão àquela decisão de transação, sem que seja necessário o recurso à referida lista.

Esta divisão parece, no entanto, demasiado rebuscada, senão vejamos, a pedra de toque da prática comercial enganosa é a suscetibilidade desta induzir o consumidor em erro, afetando o seu discernimento, a sua vontade, aliás conforme resulta da proposta da DPCD<sup>191</sup>, do Seguimento do Livro Verde<sup>192</sup> e da Diretiva 84/450/CEE relativa publicidade enganosa, segundo a qual é enganosa “*a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente*”<sup>193</sup>.

Ora, nas citadas informações incluem-se, então, as falsas e aquelas que, mesmo que fatalmente corretas, por qualquer razão – a sua apresentação geral, por exemplo –, todas elas, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio em relação a um ou mais dos elementos elencados no n.º 1 do

art.º 6.º, conduzindo-o, desta forma, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, mesmo porque, como refere José Massaguer, "(...) *lo relevante no es la exactitud o veracidad de la information que se comunique a los consumidores en si mesma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios (...)*"<sup>194</sup>.

Por outro lado, parece excessivo qualificar, automaticamente, como enganosa uma prática comercial que contenha informação errada, sem o recurso aos elementos enunciados naquela norma, uma vez que esta directiva não proíbe, nomeadamente, a "(...) *prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas (...)*"<sup>195</sup>.

Assim, o que o ordenamento jurídico português assume como *dolus bonus*, designadamente, "(...) *as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico*"<sup>196</sup>, é aceite pela directiva, desde que não induzam ou não sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio, no caso, em relação a um ou mais dos elementos elencados no n.º 1 do art.º 6.º, elementos esses "(...) *que devem ser do conhecimento do consumidor para que este possa tomar uma decisão de contratar mais livre e esclarecida*"<sup>197</sup>, sem prejuízo da possível subsunção desta situação na sistemática existente entre as normas especiais desta directiva, em *ultima ratio* na cláusula geral, neste caso, atendendo às exigências da diligência profissional.

Assim, o art.º 6.º, n.º 1 encerra um elenco de elementos, como sejam a existência ou a natureza de um produto, as suas características principais, o preço, a necessidade de um serviço, de uma peça, entre outros enumerados nesta norma, que, sem necessidade de avaliação casuística, se forem objeto de uma prática comercial que sobre eles contenha informação desvirtuada, determina a sua qualificação como enganosa.

No que concerne ao caráter fechado desta norma, reitera-se o que se grafou sobre a articulação entre a cláusula geral e as normas especiais, designadamente, no que concerne à rede de segurança prevista no art.º 5.º, que sempre permitirá filtrar qualquer prática comercial enganosa que não se subsuma no n.º 1 do art.º 6.º, mormente na lista de elementos constantes nas alíneas a) a g), não deixando de referir que esta técnica de tipicidade importa sempre o risco de exclusão de práticas que pela sua inovação poderão versar sobre elementos ali não elencados.

Por sua vez, a al. a) do n.º 2 do art.º 6.º qualifica como enganosa a prática comercial suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor médio, através de qualquer actividade de *marketing*, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente.

Note-se que se encontram excluídos do âmbito de aplicação da DPCD "(...)

*a promoção de produtos que parecem semelhantes a outros produtos, salvo se essa semelhança confundir os consumidores em relação à origem comercial do produto e for por essa razão enganosa*”.<sup>198</sup>

Por outro lado, o incumprimento, pelos profissionais, dos códigos de conduta por eles outorgados, assume nesta norma particular relevância, uma vez que toda a prática comercial, perpetrada ao arrepio dos compromissos a que voluntariamente se vinculou um profissional – desde que seja firme e verificável, e desde que o profissional nela indique que está vinculado pelo código –, suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor médio, será determinada como enganosa ao abrigo do art.º 6.º, n.º 2, al. b).

Ressalva-se, no entanto, tudo o que se grafou quer nos subcapítulos referentes às exclusões, nomeadamente, quanto às empresas face empresas, quanto às questões relativas ao gosto, decência e responsabilidade social, quer no subcapítulo concernente aos códigos de conduta.

Destaque-se, no entanto, que ainda que o n.º 2 do art.º 6.º, faça referência expressa ao contexto factual, “(...) tendo em conta todas as suas características e circunstâncias (...)” da prática comercial, a necessidade de uma avaliação casuística importa também ao n.º 1, designadamente, na aferição da prática comercial que por qualquer forma induza em erro o consumidor médio.

#### b. Omissões enganosas

Impende sobre o profissional, nas suas relações com os consumidores, o dever de o informar, de forma clara, objetiva e adequada<sup>199</sup>, sobre os elementos essenciais relativos ao produto sobre que versa a prática comercial. Elementos esses, sem os quais o consumidor não poderá adotar uma decisão de transação “(...) esclarecida e, deste modo, eficiente<sup>200</sup> (...)”.

Dever de informação, projetado quer do Livro Verde, quando refere como essencial “(...) a obrigação para as empresas de comunicar todas as informações materiais aos consumidores clara e atempadamente”, sendo que “isto garantiria o cumprimento correcto do direito à informação conferido aos consumidores pelo Tratado<sup>201</sup>” – art.º 153.º CE –, quer do Seguimento do Livro Verde<sup>202</sup>, quer da própria letra do art.º 7.º<sup>203</sup>.

Assim, o exposto no ponto 30.º da Proposta da DPCD<sup>204</sup>, designadamente quanto à pretensão em evitar “(...) que seja imposta uma obrigação positiva de comunicação (...)” ao profissional, parece contrariar o que de fato se lhe impõe, nomeadamente, que não oculte determinadas informações, ou seja, de fato, impõe-se-lhe o dever de informar, caso contrário o profissional perpetraria uma omissão enganosa. Informação que deve ser, de acordo com o n.º 2 do art.º 7.º, clara, inteligível, certa e atempada.

Posto isto, tendo em conta o contexto factual da prática comercial perpe-

trada e as limitações do meio de comunicação utilizado para transmiti-la, são qualificadas como enganosas as práticas comerciais que omitam – n.º 1 do art.º 7.º –, ocultem, ou apresentem de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio<sup>205</sup>, informação substancial, que não possa resultar do seu contexto, ou quando o profissional não refira a intenção comercial da prática e esta não se possa depreender do seu contexto – n.º 2 do art.º 7.º –, todas estas situações, conduzindo ou sendo suscetíveis de conduzir, o consumidor médio, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Ora, a informação deve ser substancial, ou seja, e em referência ao que já se explanou quanto à distorção substancial do comportamento económico do consumidor, a sua omissão importará uma redução sensível da aptidão do consumidor médio, para tomar uma decisão esclarecida, ou seja, o impacto daquela condiciona-o ao ponto de o fazer tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.

Por outro lado, o efeito da prática comercial, é perspectivado na sua totalidade, incluindo a forma como é apresentada, sendo que uma informação obscura ou equívoca poderá equivaler a uma omissão<sup>206</sup>, assim como, pode ser recolhida pelo consumidor quando resulta de forma evidente do próprio contexto em que se encontra inserida<sup>207</sup>.

Ainda, considerando a substancialidade da informação necessária ao consumidor para que possa exercer o seu direito de escolha, de forma esclarecida, ao objetivo de plena harmonização preconizado pela DPCD, e à definição de convite a contratar apresentado por um profissional, segundo o qual nos encontramos perante “*uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição*”<sup>208</sup>, foram definidos pela directiva que se analisa, quais os elementos essenciais<sup>209</sup> que o conformam e que devem ser facultados aos consumidores – art.º 7.º, n.º 4.

Atenda-se que, como acolhe o ordenamento jurídico português<sup>210</sup>, e sem pretender estender esta análise, a linha entre o convite a contratar e a proposta contratual pode ser nenhuma, uma vez que a segunda, enquanto declaração negocial, desde que seja completa, assuma a forma exigida para o contrato definitivo e revele uma intenção inequívoca de contratar e seja eficaz, faz surgir na esfera jurídica do destinatário – no caso, consumidor – o direito potestativo de, aceitando-a, fazer nascer o contrato.

Assim, se casos haverá em que aqueles requisitos poderão, faltar, ou ser insuficientes, e então, estaremos apenas perante um convite a contratar – e como tal a sua eficácia não resultará em qualquer direito potestativo do consumidor nem em qualquer sujeição pelo profissional –, noutros, porque aqueles elementos existem,

tratar-se-á de uma verdadeira proposta.

De qualquer forma, elementos como as características principais do produto, o endereço geográfico e a identidade do profissional, o preço, as modalidades de pagamento, a existência de um direito de resolução ou de anulação, entre outros naquela norma melhor identificados, ao não constarem de um convite a contratar apresentado por um profissional ao consumidor, consubstanciarão uma omissão enganosa, desde que não possam depreender-se do contexto, reiterando a projeção total da prática comercial<sup>211</sup>.

Permitindo-se, no entanto, aos Estados-Membros “(...) que especifiquem nas respectivas legislações nacionais as características principais de determinados produtos como, por exemplo, os artigos de colecção ou artigos eléctricos, cuja omissão seria substancial num convite a contratar”<sup>212</sup>, o que flexibiliza a lista definida no n.º 4 do art.º 7.º.

São consideradas substanciais, de igual modo, as informações relativas às comunicações comerciais, à publicidade e ao *marketing*, cuja imposição resulte de legislação comunitária, constando do Anexo II da DPCD, uma lista, não exaustiva, dos requisitos daquela informação – art.º 7.º, n.º 5 –, pelo que as disposições aplicadas por força da directiva que se estuda devem ser concatenadas com outras normas, resultantes da transposição de directivas como aquela relativa às vendas à distância, que obriga o profissional a fornecer informação prévia assim como a confirmá-la pela forma escrita<sup>213</sup>.

Refira-se, no entanto, que não constitui omissão enganosa, aquela que resultar da imposição de requisitos de informação, adicionais, pelos Estados-Membros, por extrapolarem as cláusulas mínimas consagradas em normativos comunitários.

Por outro lado, realce-se o destaque conferido pelo art.º 7, à avaliação casuística, uma vez que a aferição do carácter substancial da informação dependerá sempre do contexto em que se encontra inserida a prática comercial.

Cabe ainda destacar que o artigo 7.º na sua redação não contempla a suscetibilidade da omissão de uma informação substancial induzir em erro o consumidor médio, estabelecendo o nexo causal de forma direta, ou seja, a omissão que conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, é reputada como enganosa.

Chama-se aqui tudo o que se referiu quanto às ações enganosas e ao papel que a indução em erro do consumidor por uma prática comercial perpetrada por

NA DETERMINAÇÃO  
DO CONSUMIDOR  
MÉDIO ATENDER-SE-Á  
AO CONSUMIDOR,  
OU GRUPO DE  
CONSUMIDORES,  
VISADO POR  
DETERMINADA PRÁTICA

um profissional assume no âmbito de proteção da DPCD.

Assim, se assumirmos, como o faz a doutrina e jurisprudência portuguesa, e parece fazer a DPCD, que “*ao esclarecimento da vontade se opõe o erro, que se define como a ignorância ou falsa representação de uma realidade no momento da formação do negócio jurídico*”<sup>214</sup>, sendo que “*ocorre uma “ignorância (falta de representação exacta) ou uma falsa ideia (representação inexacta) por parte do declarante, acerca de qualquer circunstância de facto ou de direito que foi decisiva na formação da sua vontade, por tal maneira que se ele conhecesse o verdadeiro estado de coisas não teria querido o negócio, ou, pelo menos, não o teria querido nos precisos termos em que o concluiu.*” (Prof. Manuel de Andrade, in “*Teoria Geral da Relação Jurídica*”, II, Reimpressão, 1992, 233)<sup>215</sup>”, a omissão não pode importar outro resultado que não seja a indução em erro do consumidor médio.

### 3. PRÁTICAS COMERCIAIS AGRESSIVAS

A regulamentação das práticas comerciais agressivas constitui, no acervo comunitário relativo à defesa do consumidor, uma inovação, contrariamente às práticas comerciais enganosas, objeto de anteriores consagrações legislativas, designadamente pela directiva relativa à publicidade enganosa<sup>216</sup>.

Assim, de acordo com o art.º 8.º, constituem práticas comerciais agressivas aquelas que, através do recurso ao assédio, à coação e à influência indevida, prejudiquem significativamente a liberdade de escolha do consumidor médio ou o seu comportamento em relação a um produto, conduzindo-o, ou pelo menos, sendo suscetível de o conduzir, a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, atendendo às características e circunstâncias do caso concreto.

Refira-se, na senda do que já se grafou, que a distorção do comportamento económico do consumidor se funda na insusceptibilidade deste emitir uma declaração de vontade formada de um “*modo julgado normal e são*”<sup>217</sup>, uma vez que as práticas comerciais desleais o impedem de livre, ponderada e esclarecidamente formar a sua vontade.

No que tange às práticas comerciais agressivas, sucumbem quer o requisito do esclarecimento – pelo recurso à influência indevida –, quer o requisito da liberdade – pelo recurso ao assédio e à coação –, no processo de formação da vontade do consumidor médio.

Posto isto, partindo da Proposta da DPCD<sup>218</sup>, contemplam-se nos artigos 8.º e 9.º deste diploma legal, três formas de agressividade que podem revestir uma prática comercial, nomeadamente, o assédio, a coação e o abuso de influência.

Ora, se a última encontra consagração no rol de definições do art.º 2.º da

DPCD, designadamente na alínea j), as definições de assédio e coação são deixadas à avaliação de cada Estado-Membro.

No entanto, se num primeiro momento parece existir a forte possibilidade de disparidades na aplicação destes conceitos<sup>219</sup> na subsunção de uma prática comercial como agressiva, não pode olvidar-se que a construção das cláusulas gerais previstas pela DPCD, têm por base elementos recolhidos de “*exemplos nacionais relativos a pontos tais como (...) o abuso de influência ou as pressões (...)*”<sup>220</sup>, sendo que qualquer um destes conceitos, na sua determinação pelos tribunais nacionais, devem ser enformados pelos elementos elencados no art.º 9.º, e que por força da DPCD serão comuns a todos os Estados-Membros, pelo que serão minimizados eventuais desvios de interpretação.

Assim, considerem-se cada um daqueles elementos que ainda que assumam uma projeção “comunitária”, não deixam de refletir os traços gerais destes comportamentos na maioria dos Estados-Membros, independentemente da necessidade, pela aplicação da DPCD, de eventuais ajustes nas regulamentações nacionais<sup>221</sup>.

Atendendo ao ordenamento jurídico português, a aplicação do conceito de assédio, no âmbito das práticas comerciais desleais, é uma inovação. No entanto, recorreremos à definição aplicada ao direito do trabalho, expurgando-lhe as especificidades deste ramo do direito, segundo a qual, constitui assédio “*(...) o comportamento indesejado (...) com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador*”<sup>222</sup>.

Considerando o relatório apresentado ao Departamento de Comércio e Indústria inglês<sup>223</sup>, ainda que não exista no Reino Unido uma definição de assédio, existem no entanto linhas orientadoras segundo as quais se destacam alguns elementos que integram este comportamento, independentemente da conclusão da necessidade de revisão da legislação nacional inglesa, que não se prende com os elementos conformadores deste conceito.

Ora, encontramos-nos então perante um comportamento que causa ao seu destinatário “*(...) alarm, distress or humiliation (...)*”, de forma “*(...) oppressive and unreasonable (...)*”.

Assim, os supracitados elementos que enformam uma conduta de assédio, parecem convergir, pelo que, associados àqueles que constam do art.º 9.º, como sejam o momento, o local, a persistência<sup>224</sup>, a linguagem injuriosa utilizada numa prática comercial, poderão colmatar eventuais desvios na aferição destes comportamentos.

Comportamentos, dada a especificidade da matéria sobre que versa, perpetrados por um profissional através da perseguição do consumidor com propostas

insistentes, de forma inoportuna, molestando-o<sup>225</sup>, de tal forma, que todam a liberdade de escolha do consumidor médio conduzindo-o ou sendo suscetíveis de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

No que concerne à coação, recorrendo à teoria geral do direito civil português e ao elenco contido no art.º 9.º – pelo recurso à ameaça –, parece que esta directiva acolheu a coação moral<sup>226</sup>, que radica no receio de um mal de que o consumidor foi – a DPCD não requer a ilicitude da ameaça – ameaçado – ameaça que tanto pode respeitar à pessoa, à honra ou à fazenda do consumidor como de terceiro<sup>227</sup> – com o fim de dele se obter a declaração negocial<sup>228</sup>.

Ainda que a directiva que se analisa inclua neste conceito o recurso à força física, não parece que seja pretendida a inclusão da coação física, uma vez que a DPCD visa à proteção dos interesses económicos do consumidor, assentes numa decisão de transação livre, ponderada e esclarecida, apontando para o processo de formação da vontade negocial do consumidor.

A DISTORÇÃO SUBSTANCIAL DO COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO CONSUMIDOR RESULTA DE UMA REDUÇÃO SENSÍVEL DA SUA APTIDÃO PARA TOMAR UMA DECISÃO LIVRE, PONDERADA E ESCLARECIDA

Ora, a coação física traduzir-se-á numa divergência entre o elemento interno (vontade) e o elemento externo da declaração negocial (declaração propriamente dita), uma vez que não é esta declaração que o consumidor médio pretende emitir, contrariamente à coação moral que, por sua vez, releva na relação entre a vontade real – aquela que o consumidor efetivamente formou no momento em que se decide pela emissão da sua vontade negocial, no caso, ainda que viciada pelo medo – e a vontade conjetural – vontade que o consumidor teria formado se a sua vontade real não estivesse viciada –, ou seja, o consumidor médio emite a declaração que pretende, sem que esta corresponda à sua vontade livre de vícios.

Por outro lado, no caso da coação física, exclui-se toda a liberdade do coagido, conduzindo à completa ausência de vontade, contrariamente às situações de coação moral, em que o vício, medo, reduz a liberdade do coagido mas não a elimina. Assim, o recuso à força física encontra-se ainda no âmbito da coação moral, como começo de execução do mal cominado, para compelir ao negócio<sup>229</sup>, sendo que a referência a ela, pela DPCD, constituirá apenas um reforço da consagração da coação moral nos termos explanados.

Ainda, se considerarmos o referido relatório, “(...) *threats to a person or property would give rise to duress if this coerced the innocent person to enter into a con-*

*tract if he would not have done so otherwise*<sup>230</sup>.

Ora, resulta das supraditas acepções que, pela coação o consumidor sofrerá uma limitação da sua liberdade de escolha susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.

Finalmente, a DPCD define como influência indevida, “*a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida*”<sup>231</sup>.

Assim, assume particular relevância a posição de supremacia de um profissional, que substancialmente prejudique o comportamento do consumidor médio em relação a um produto<sup>232</sup>, limitando a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida, traduzida num desequilíbrio entre as partes<sup>233/234</sup>.

Desequilíbrio, que em regra, resulta de relações particulares de confiança – médico e paciente –, de uma particular posição, social ou económica<sup>235</sup>, ou mesmo de uma relação jurídica – contrato de trabalho<sup>236</sup>, mas que, também, por força delas pode encontrar-se na relação profissional – consumidor<sup>237</sup>.

Refira-se ainda que parece incongruente a referência na definição de influência indevida, da possibilidade de recurso à força física ou à sua ameaça, senão vejamos.

De acordo com o que se aduziu em relação ao erro nas práticas comerciais enganosas, ao assédio, à coação, e atendendo à definição de influência indevida, parece que a limitação de vontade do consumidor médio decorrente desta última radica na falta de esclarecimento, ou seja, encontrar-nos-emos perante uma má representação da realidade pelo consumidor, que por sua vez importará a sua indução em erro e conseqüentemente será suscetível de o levar a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Ora, se recorrermos aos exemplos e às orientações da DPCD – art.º 9.º, al. c) –, podemos verificar que a posição de poder do profissional sobre o consumidor relevará como influência indevida se o primeiro, pela sua ascendência, influenciar – nomeadamente, pelo aproveitamento de um infortúnio – o consumidor, prejudicando a sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida – por exemplo, o estado de ansiedade acerca da sua própria segurança, causada pela morte de um familiar do consumidor<sup>238</sup>.

Ainda que o nexo causal possa estabelecer-se de forma direta entre a posição de poder do profissional e a decisão de transação do consumidor, seja pela confiança, seja pela ascendência psicológica do profissional, é projetada uma imagem ao consumidor médio que, por não corresponder à realidade, o influencia àquela tomada de decisão.

Poder-se-ia dizer então que estaríamos ante uma prática comercial enganosa,

no entanto, não nos encontramos perante uma informação – essencial – que gera uma má representação da realidade, ou sequer diante da sua omissão, mas sim face a um comportamento abusivo, de exploração ou aproveitamento de uma relação particular – confiança ou outra –, na qual as partes se encontram em situação de desequilíbrio, e como tal é agressiva.

Também não pode confundir-se com coação, uma vez que, como aduzido, esta sim, importa uma ameaça, independentemente da relação entre as partes, que conduz à limitação da liberdade do consumidor na tomada de decisão de transação, que pode incluir o recurso à força física, como se analisou.

Assim, a referência ao recurso ou ameaça de recurso à força física na definição de influência indevida, poderá apenas significar que a influência indevida, mesmo sem aquela, e ainda que apenas tolde o esclarecimento do consumidor médio, quando utilizada numa prática comercial, consubstancia uma prática agressiva.

Por outro lado, parece resultar dos exemplos consagrados pela Proposta da DPCD<sup>239</sup>, que eventuais pressões podem ser exercidas pelos profissionais, desde que não limitem a capacidade do consumidor médio, de forma livre ponderada e esclarecida, tomar uma decisão de transação. Aliás como refere a directiva em análise, no considerando 6.º, quando exclui do seu âmbito de aplicação “(...) *a oferta de incentivos, que possam legitimamente afectar a percepção de um produto pelo consumidor e afectar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida*”.

Assim, qualquer uma das supraditas formas de agressividade, previstas no art.º 8.º, utilizadas numa prática comercial importarão a sua qualificação como agressiva, atendendo ao caso concreto, reitera-se, desde que sejam suscetíveis de afetar, de forma substancial, o comportamento económico do consumidor médio, pelo que a utilização do assédio, coação ou influência indevida devem traduzir-se numa redução sensível da aptidão do consumidor médio, para tomar uma decisão esclarecida ou livre, ou seja, o impacto daquelas “agressões” condiciona-o ao ponto de o poder fazer tomar uma decisão de transação que de outro modo não teria tomado.

De molde a permitir enformar qualquer um daqueles conceitos, devem considerar-se os elementos constantes do art.º 9.º, designadamente, o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência, o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos, o aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio, entre outros ali melhor descritos.

#### 4. ANEXO I

Como referido sobre a articulação entre cláusula geral e as normas especiais, a proibição geral prevista no art.º 5.º consagra no n.º 5 uma lista, exhaustiva, de 31

práticas, que serão consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, por todos os EstadosMembros, pelo que dispensam o recurso a uma avaliação casuística, nos termos da aplicação das cláusulas gerais – quer da cláusula geral de deslealdade, quer das cláusulas gerais relativas às práticas comerciais enganosas e agressivas – previstas nos artigos 5.º a 9.º<sup>240</sup>. Lista que só poderá ser alterada mediante revisão da directiva que se estuda, nos termos do art.º 18.<sup>º241/242</sup>.

Desta forma, e de molde a garantir uma maior segurança jurídica, são elencadas as situações – por constituírem exemplos nacionais – que *per se* serão reputadas como enganosas ou agressivas.

Assim, caberá primeiramente verificar se determinada prática comercial está contida naquela lista, e apenas perante a negativa se lançará mão das cláusulas gerais de deslealdade.

No entanto, se atentarmos às práticas elencadas no Anexo I da DPCD verificaremos que a subsunção de uma particular situação não é automática, podendo exigir alguns juízos valorativos pelos tribunais nacionais, perante conceitos indeterminados como “*critério de razoabilidade*”, exigindo mesmo nexos causais, designadamente quando é necessário aferir “(..) *da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida*”<sup>243</sup> – os consumidores.

No que tange às práticas propriamente ditas, que aqui não se enumeram, são apontados, pela doutrina, alguns problemas à técnica que as elenca, nomeadamente à falta de estrutura sistemática<sup>244</sup> deste Anexo I, uma vez que práticas há, qualificadas como agressivas, que poderão subsumir-se como enganosas<sup>245</sup> e outras que ainda que qualificadas como enganosas, poderão subsumir-se como agressivas.

Mesmo porque a interpretação das situações em concreto, pelos tribunais nacionais, deve realizar-se à luz dos princípios gerais consagrados na DPCD sendo que na lista que se analisa, encontram-se elencadas situações que poderão *in casu* representar uma prática comercial enganosa ou agressiva<sup>246</sup>.

Da mesma forma, como aponta J. Pegado Liz<sup>247</sup>, o imobilismo da lista e a inexistência de uma lista cinzenta<sup>248</sup> impõem o recurso às cláusulas gerais, uma vez que não existe nem a possibilidade de adicionamento de novas práticas, nem a faculdade de, atendendo à situação concreta, com base em práticas típicas ali identificadas, poderem ser as práticas controvertidas reputadas *per se* como desleais.

## 5. APLICAÇÃO

São traçadas no capítulo 4 da DPCP as disposições finais que consagram os termos de aplicação desta directiva, seja pelas normas que a ditam, seja pela entidade que a garante, seja pela legitimidade dos sujeitos, seja pelo regime san-

cionatório.

Da mesma forma, são indicadas neste capítulo quais as alterações a introduzir nas directivas que com a DPCD confrontam, designadamente, nas Directivas 84/450/CEE do Conselho, 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e no Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

Posto isto, impõe-se aos Estados-Membros que, na implementação desta directiva nos ordenamentos jurídicos nacionais, garantam a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais, decorrência quer do art.º 11.º, quer do princípio previsto no art. 249.º CE<sup>249</sup>.

Para este intento, traça a directiva entre imposições e opções, quais as linhas de orientação dos Estados.

Assim, os meios a adotar devem contemplar disposições legais que permitam às pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, a possibilidade de recurso quer às vias judiciais – art.º 11.º, n.º 1, 1.º par., al. a) – quer às vias administrativas<sup>250</sup> – art.º 11.º, n.º 1, 1.º par., al. b) – para esse efeito, independentemente dos consumidores se encontrarem no território do Estado-Membro em que o profissional esteja estabelecido.

Assim, os Estados-Membros poderão optar, no combate às práticas comerciais desleais, pela via judicial, administrativa ou pela conjugação de ambas, e da eventual necessidade de recurso prévio à resolução extrajudicial de conflitos, nos termos do art.º 10.º.

Por outro lado, é reconhecida legitimidade ativa aos consumidores, seja individual seja coletiva – através de organizações de consumidores –, competindo aos Estados-Membros decidir qual a mais apropriada ao plano nacional.

Da mesma forma, atendendo a que este diploma comunitário pretende assegurar um elevado nível de proteção aos consumidores – que face à morosidade, aos encargos financeiros, à ignorância, entre outras condicionantes, muitas vezes não reage contra práticas comerciais perpetradas pelas empresas –, estendendo, ainda que indiretamente, o seu âmbito de aplicação aos interesses legítimos das empresas<sup>251</sup>, é expressamente atribuída a estas legitimidade ativa para reagir contra práticas comerciais desleais de um concorrente face aos consumidores.

Decorre também desta norma o reconhecimento de legitimidade ativa às autoridades administrativas, competentes à luz do direito nacional, para promover os procedimentos legais adequados, contra práticas comerciais desleais.

No que tange à legitimidade passiva, compete a cada Estado-Membro decidir se as ações instauradas no combate às práticas comerciais desleais sê-lo-ão individualmente, contra um profissional, ou coletivamente, contra diversos profissionais do mesmo setor económico – art.º 11.º, n.º 1, 4.º par., al. a) –, assim

como, se estas ações podem ser instauradas contra o titular de um código, caso este promova o não cumprimento das prescrições legais<sup>252/253</sup>.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do art. 11.º, devem os Estados-Membros dotar os tribunais ou as autoridades administrativas das competências necessárias para que possam prevenir – al. b – corrigir ou fazer cessar – al. c) – as práticas comerciais desleais.<sup>254</sup>

Sem que para tal seja necessário fazer prova de uma efetiva perda ou prejuízo pelo consumidor – atenda-se que “*a presente directiva não prejudica as ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo provocado por uma prática comercial desleal*”<sup>255</sup> – e independentemente da intenção ou negligência do profissional.

O mesmo é dizer, neste último caso, do carácter objetivo da prática comercial desleal, ou seja, a ilicitude da prática decorre independentemente da culpa do profissional, simplesmente pela sua desconformidade com as exigências da diligência profissional.

No que concerne ao processo ou procedimento – judicial ou administrativo – a que der origem a prática comercial desleal, este deve revestir forma simplificada, e como tal célere<sup>256</sup>, quer seja com efeito provisório, quer seja com efeito definitivo, podendo cada Estado-Membro decidir qual das alternativas deverá aplicar-se – art.º 11.º, n.º 2, 2.º parágrafo.

Por outro lado, autoridades administrativas que iniciem ou presidam aquele processo/procedimento, devem apresentar garantias de imparcialidade, de molde a garantir uma fiscalização ou aplicação das suas decisões de forma eficaz, devendo, em princípio, fundamentar as suas decisões, sendo que no segundo caso tal fundamentação é sempre necessária – art.º 11.º, n.º 3.

Da atuação das autoridades administrativas, deve caber sempre a possibilidade de recurso à via judicial.

No que se refere ao regime da prova, chama-se o que já se grafou em IV.1.d., referindo-se, no entanto, que aos tribunais ou às autoridades administrativas nacionais, nos termos do art.º 13.º, devem ser atribuídas competências que os habilitem, na contenda em particular, a exigir ao profissional a apresentação de provas da exatidão dos fatos que alegue relativos à prática comercial, e perante a sua falta ou insuficiência, considerá-las como inexatas.

Ainda, em referência ao regime sancionatório, determina a DPCD no art.º 13.º que devem ser definidas pelos Estados-Membros as sanções que, com carácter efetivo, proporcional e dissuasor, se apliquem às violações das disposições nacionais aprovadas nos termos da presente directiva, garantindo, desta forma, a sua efectiva aplicação<sup>257/258</sup>.

Fica, no entanto, no arbítrio dos Estados-Membros definir o carácter das san-

ções aplicáveis, sejam de natureza administrativa sejam de natureza penal<sup>259</sup> ou civil.

Acrescente-se que os tribunais ou as autoridades administrativas podem, se os Estados-Membros assim o entenderem, exigir a publicação da decisão de cessação definitiva de uma prática comercial desleal, no todo ou em parte e da forma que considerem adequada – art.º 11, n.º 3.º par., al. a) –, assim como exigir, também, a publicação de um comunicado retificativo – art.º 11, n.º 3.º par., al. a).

Sob a epígrafe de informação, o art.º 17.º, consagra o dever dos Estados-Membros permitirem aos consumidores o acesso aos dispositivos legais nacionais que transpuseram a DPCD, preocupação que trespassa as diversas iniciativas das Instituições Comunitárias, de forma a habilitar o consumidor a que de forma autónoma e eficiente, se movimente no mercado<sup>260</sup>. Por isso, estabelece, também esta norma, o dever dos Estados-Membros incentivarem os titulares de códigos a informar os consumidores dos seus códigos de conduta<sup>261</sup>.

Finalmente, os artigos 14.º, 15.º e 16.º consagram as alterações a introduzir na directiva 84/450/CEE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, nas directivas 97/7/CE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, e 2002/65/CE, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, e na Directiva 98/27/CE, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e do Regulamento n.º 2006/2004 (CE), relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, respectivamente<sup>262</sup>.

Alterações necessárias, quanto à primeira, para limitar o âmbito de aplicação da directiva sobre a publicidade enganosa e comparativa, à publicidade que lese as empresas, mas não os consumidores, matéria sujeita à disciplina da DPCD, e uniformizando conceitos.

No que concerne às segundas, e como a letra do próprio artigo aduz, tendo em conta a proibição expressa das práticas de fornecimento não solicitado estabelecida pela DPCD, qualificada como prática comercial agressiva em quaisquer circunstâncias<sup>263</sup>, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para dispensar o consumidor de qualquer contraprestação/obrigação em caso de fornecimento ou prestação não solicitados, não valendo como consentimento a ausência de resposta.

Por sua vez, de modo a ser possível instaurar uma ação inibitória que tenha por objetivo a defesa dos interesses coletivos dos consumidores que estejam ligados a práticas comerciais desleais, é substituída pela DPCD, na lista das directivas que os prevêem, a Directiva 84/450/CEE.

No que tange à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, é aditada à lista das directivas e

regulamentos que a prevêem, a DPCD.

## V. CONCLUSÕES

Num contexto em que o consumidor assume uma posição de destaque no desenvolvimento do Mercado Interno da União Europeia, surge a directiva relativa às práticas comerciais desleais, objeto do presente estudo, traçando objetivos ousados, numa construção legislativa inovadora.

Assim, vêm-se consagrados um mais elevado nível de proteção dos consumidores, visando diretamente os seus interesses económicos, promovendo uma maior confiança destes no mercado interno, cujo desenvolvimento requer uma diminuição dos entraves à sua concretização, resultante da coexistência de díspares quadros legais nacionais relativos a práticas comerciais, que esta directiva, pela plena harmonização que pretende, visa diminuir.

Harmonização, destinada a conferir uma maior segurança jurídica fundada num *“quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos regulando todos os aspectos das práticas comerciais desleais na União Europeia”*<sup>264</sup>.

Ora, a realização dos objetivos traçados pela DPCD, requerem a sua transposição para 27 ordenamentos jurídicos diferentes, pelo que a implementação das suas premissas dependerá de um processo de construção, senão vejamos.

A DPCD pretende criar um quadro legal único definindo para o efeito alguns conceitos, a que juntou uma lista de exemplos. No entanto, estes conceitos, dadas as diversas heranças jurídicas tenderão a ser interpretados de forma diferente quer no processo de transposição quer pela sua aplicação pelos tribunais nacionais. Interpretação que constitui a pedra de toque da problemática da integração das normas da DPCD nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No entanto, se podemos ser críticos pela indeterminação destas definições, e como referimos, designadamente na análise das práticas comerciais agressivas, pela introdução de elementos como o assédio e a coação, tais definições são construídas atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mormente o conceito de consumidor médio, a exemplos nacionais<sup>265</sup>, ponderados os princípios gerais, enquanto denominadores comuns, dos diversos Estados-Membros, contra práticas comerciais desleais.

Ora, a consagração de cláusulas gerais, pelo seu carácter flexível, pressupõe o

[É] ENGANOSA A PRÁTICA COMERCIAL SUSCETÍVEL DE DISTORCER SUBSTANCIALMENTE O COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO CONSUMIDOR MÉDIO, ATRAVÉS DE QUALQUER ACTIVIDADE DE MARKETING

recurso a conceitos adaptáveis, sem que com eles se perca, contudo, a linha base de orientação que sempre se conseguirá pela articulação da cláusula geral, com as normas especiais como se explanou em IV.1.e..

Assim, na apreciação dos elementos conformadores de qualquer conceito cabe ajuizar dos diferentes elementos interpretativos seja ele o gramatical, o sistemático, o teleológico, e até o histórico<sup>266</sup>, para que eventuais disparidades interpretativas possam ser minimizadas pelo recurso aos elementos de cada cláusula geral e da lista de exemplos constante do Anexo I.

No entanto ainda que se conclua por uma precisão de conceitos balanceada pelas necessidades de flexibilidade e de consensos entre os Estados-Membros, os elementos que os conformam não deixam de traduzir o mínimo, que de forma plena, se pode esperar da aplicação das disposições previstas pela DPCD, uma vez que aos Estados-Membros pelos seus tribunais nacionais ou pela via legislativa, caberá a definição de um sem números de situações.

Atenda-se que às exclusões normativamente consagradas, designadamente as relações entre empresas, ao direito contratual, entre outras, cujas matérias confrontam com o âmbito de aplicação da DPCD, acrescem as exclusões circunstanciais, que derivam da aplicação das suas disposições, como sejam a determinação da reação típica do consumidor médio, a apreciação *in casu* da violação das exigências de diligência profissional, do assédio, assim como todas as possibilidades que a avaliação casuística de que parte a subsunção das práticas comerciais como enganosas ou agressivas implica, uma vez que sempre existem as derivações interpretativas dos diversos conceitos pelos tribunais nacionais, que assim mesmo, por determinação da directiva atenderão a fatores culturais, sociais e linguísticos.

Por outro lado, o que pretende ser uma construção normativa coerente, porque, abrangente, flexível e uniformizadora e como tal eficaz na proteção dos interesses económicos dos consumidores e na supressão dos entraves do mercado interno, parece encerrar nesses desígnios a sua contradição, uma vez que a aceitação de todos estes “desvios”, de molde a permitir “(...) *proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais*(...)”<sup>267</sup> poderá fazer sucumbir uma harmonização total.

No entanto, se a esta cedência nos termos em que se apresenta, corresponderá uma diminuição da segurança jurídica, só o tempo o dirá, na medida em que a esta flexibilidade, enquadrada pelos princípios orientadores previstos da DPCD, poderá corresponder uma mais pronta resposta à proteção dos consumidores pela aproximação, que a sua aplicação importa, das características e circunstâncias do contexto factual que envolve determinada prática comercial.

Outra questão que a plena harmonização suscita é o alcance efetivo de um mais elevado nível de proteção do consumidor, se considerarmos, aliás como re-

flete a recente jurisprudência do TJCE<sup>268</sup>, que normas mais restritivas, consagradas pelos ordenamentos jurídicos nacionais, serão afastadas pelas disposições da DPCD.

Reitere-se no entanto o equilíbrio pretendido entre a proteção dos interesses económicos dos consumidores e o desenvolvimento da atividade comercial pelas empresas, que deve ser norteadada, nomeadamente, pela imposição de padrões de boa conduta, mormente pela outorga de códigos de conduta, espera-se que de futuro ao nível europeu, pelo dever de informar os consumidores dos elementos essenciais de determinado produto, para que este adote uma decisão de transação livre e esclarecida, mas também considerando que é objetivo das Instituições Europeias desde sempre<sup>269/270</sup> que o consumidor, quer pelo correspectivo direito à informação, quer pelas previstas ações de formação, seja, como entende o TJCE, um consumidor “(...) *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido* (...)”<sup>271</sup>.

Assim, uma segurança jurídica menos conseguida, por uma harmonização total debilitada, pode ser colmatada por um mais informado e melhor formado consumidor, que quer pelo conhecimento dos elementos essenciais de um produto determinado, quer pelo acesso aos dispositivos legais nacionais que transpuseram a DPCD, quer pelo incentivado conhecimento dos códigos de conduta outorgados pelos profissionais de determinado setor, verá reforçada a sua confiança nas transações comerciais realizadas no espaço comunitário – pelo reconhecimento de um quadro legal harmonizado.

Refira-se, ainda, que não resulta diretamente da DPCD qual o nome do vício de que enferma a vontade do consumidor perante uma prática comercial desleal, no entanto, como se explanou em IV.2.b. e IV.3., o erro e o medo parecem ser os elementos que toldam o discernimento do consumidor conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

Assim, por tudo o exposto, parecem estar os desígnios desta directiva dependentes dum processo construtivo a desenvolver pelos Estados-Membros, seja pela definição total de um novo regime jurídico, seja pela redefinição de modelos já existentes – por pequenos ajustes ou por cisão –, seja pela aplicação *in casu* dos princípios que a definem. Esforço que se espera meritório.

## NOTAS

<sup>1</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

<sup>2</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, p. 5.

<sup>3</sup> Plano de Ação Trienal de 1993-1995, FROTA, Mário, *Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003), p. 30.

<sup>4</sup> Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001.

<sup>5</sup> Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, p. 23, quando refere que *“as denominadas “directivas-quadro” devem ser utilizadas com maior frequência. Para além de pressuporem um menor grau de intervenção e de proporcionarem uma maior flexibilidade em termos de transposição, estes textos são normalmente aprovados mais rapidamente pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu. Independentemente da forma do instrumento legislativo escolhida, dever-se-ia recorrer mais à legislação “primária”, limitada aos elementos essenciais (direitos e obrigações básicos, condições da sua execução), deixando ao poder executivo a tarefa de regular os aspectos técnicos de execução através da adopção de regras “derivadas””*.

<sup>6</sup> Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, p. 23, quando refere que *“a co-regulamentação combina a ação legislativa e regulamentar vinculativa com medidas adoptadas pelos intervenientes mais afectados, tirando partido dos seus conhecimentos práticos.”*

<sup>7</sup> Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.

<sup>8</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>9</sup> Documento SEC(2003), de 18.6.2003.

<sup>0</sup> Na sua Versão Consolidada, JO C 321/E de 29.12.2006.

<sup>11</sup> Veja-se o art.º 14.º, n.º 2 CE.

<sup>12</sup> Considerando 1.º da DPCD.

<sup>13</sup> Economia de mercado *“(..)* que comporta a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade de empreender e de agir no domínio económico, a livre concorrência (...)”, como refere MOTA CAMPOS, João, Manual de Direito Comunitário, Lisboa, (2001), p. 262.

<sup>14</sup> Caracterizada pela importância das suas trocas internacionais.

<sup>15</sup> Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, p. 3.

<sup>16</sup> Vejam-se os considerandos 4.º e 8.º da DPCD.

<sup>17</sup> SENHORAS, E.M./UNOPAR Cient., «Ciências Jurídicas Empresariais, Londrina», v.6, p. 57-66, Março 2005, p.57.

<sup>18</sup> Eficiência, numa óptica de racionalidade da empresa, traduzida na preocupação concentrada na melhor maneira de execução de determinadas tarefas, a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas...) sejam aplicados da forma mais racional possível.

<sup>19</sup> *“Qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”*.

<sup>20</sup> Veja-se ALPA, Guido, «Rules on Competition and Fair Trading», em

COLLINS, H., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2004), p. 99.

<sup>21</sup> Considerandos 3.º e 4.º da DPCD.

<sup>22</sup> Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.

<sup>23</sup> Em referência ao Relatório de Cardiff da Comissão.

<sup>24</sup> Em referência ao relatório requerido pela Mesa Redonda Europeia dos Serviços Financeiros.

<sup>25</sup> Em referência ao estudo Eurobarómetro.

<sup>26</sup> Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007.

<sup>27</sup> Considerando 3.º da DPCD.

<sup>28</sup> Documento COM(2007) 99 final de 13.3.2007, p. 2.

<sup>29</sup> Refira-se designadamente o considerando 23.º da DPCD relativo à eventual revisão da directiva, que consagra primeiramente – como coerentemente o fez o legislador ao longo deste diploma – a supressão dos entraves ao mercado interno, mantendo, no entanto, a tónica na elevada protecção dos consumidores.

<sup>30</sup> Documento COM(2007) 60, de 21.2.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Um Mercado Único para os Cidadãos”, p. 5.

<sup>31</sup> FROTA, Mário, *Politica de Consumidores na União Europeia, O Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003), p. 23.

<sup>32</sup> Veja-se a Directiva 98/6/CE, de 16/02/98, in JO L80 de 18/03/98, sobre a indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, única baseada no art.º 129.º-A, actual 153.º CE, após nova numeração, designadamente no considerando 1.º quando refere que “um funcionamento transparente do mercado e uma informação correcta favorecem a protecção do consumidor e uma concorrência sã entre as empresas e os produtos”.

<sup>33</sup> Veja-se BOUSSIS, Panayota, “La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales”. Institut d’Etudes Européennes, Bruselas (2006), p.3, quando refere que “Cela n’implique pas que l’objectif principal de la directive est le bon fonctionnement du Marché intérieur, mais bien la protection des consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales. Si le Marché intérieur peut en être renforcé, c’est encore mieux.”

<sup>34</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p.13.

<sup>35</sup> Veja-se a conclusão 75ª das conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas em 21 de Outubro de 2008 referentes aos Processos apenas C-261/07 e C-299/07, primeiras questões colocadas no âmbito da DPCD, quando refere que “no artigo 1.º da Directiva 2005/29 volta-se a referir o método

da aproximação legislativa, do que resulta que este visa aumentar a proteção dos consumidores e aperfeiçoar o mercado interno.”

<sup>36</sup> MOTA CAMPOS, João, Manual de Direito Comunitário, Lisboa, (2001), p. 315.

<sup>37</sup> «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Juridica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p.2.

<sup>38</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

<sup>39</sup> SEGURA RODA, Isabel, «Opini3n: La Directiva relativa a las pr3cticas comerciales desleales», Revista de Derecho Alimentario, nº 14, (2006), p. 15-21, p. 3.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, Lu3s, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Juridica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p. 4.

<sup>41</sup> Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, p. 9.

<sup>42</sup> Veja-se o Livro Branco sobre a Governança Europeia, Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, no que respeita a uma melhor regulamentação, p. 21-24.

<sup>43</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>44</sup> Veja-se a Comunicaç3o da Comiss3o ao Parlamento Europeu relativa à Posiç3o Comum do Conselho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p.2, na qual a Comiss3o manifesta o seu acordo com a aboliç3o do princ3pio do pais de origem por considerar que o elevado n3vel de defesa dos consumidores se encontra garantido pela plena harmonizaç3o contemplada pela DPCD, permitindo que, “de acordo com a pr3tica habitual, o direito aplic3vel aos lit3gios transfronteiriços” seja “determinado pelos tribunais competentes”.

<sup>45</sup> «La Directiva 2005/29/CE relativa a las pr3cticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonizaci3n total y el enfoque de plena armonizaci3n en materia de protecci3n de los consumidores». \_Derecho de los Negocios, nº 181, (2005), p. 5-18, p. 6.

<sup>46</sup> «A “lealdade” no com3rcio ou as desventuras de uma iniciativa comunit3ria (análise critica da directiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 86.

<sup>47</sup> Acórd3o do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

<sup>48</sup> Vejam-se as 88ª e 89.º das conclus3es apresentadas em 21 de Outubro de 2008.

<sup>49</sup> «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 86-87.

<sup>50</sup> «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 75.

<sup>51</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Civitas, (2006), p. 54.

<sup>52</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 43.

<sup>53</sup> PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 87.

<sup>54</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 58.

<sup>55</sup> De acordo com o art. 2.º, al. k) da DPCD, é “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir.”

<sup>56</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Civitas, (2006), p. 37.

<sup>57</sup> Veja-se o ponto 39.º, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>58</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 60.

<sup>59</sup> Veja-se o considerando 7.º da DPCD quando refere que “práticas comerciais como a abordagem na rua para efeitos comerciais, podem ser indesejáveis em certos Estados-Membros por razões culturais.”

<sup>60</sup> Veja-se o ponto 39.º, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>61</sup> Como refere Giuseppe B Abbamonte, «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition» em BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques, Hart, (2007), p. 15-16.

<sup>62</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Tho-

mas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 61.

<sup>63</sup> Veja-se a al. d) do n.º 2 da DPCD quando as define como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”.

<sup>64</sup> Exemplos paradigmáticos, enunciados no ponto 40.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, são a denegrição e a imitação servil “(i.e. a reprodução independentemente de ser demonstrado o risco de confusão)”, praticas que, não se consubstanciando como lesivas para os interesses económicos dos consumidores, não distorcendo substancialmente o seu comportamento económico – no caso da imitação servil poderão até traduzir-se numa vantagem, pela colocação no mercado de produtos, que poderão substituir os originais, a custos mais baixos para os consumidores –, representando sim um prejuízo para os concorrentes que, desta forma, sofrem um desvio na procura dos seus produtos, podendo mesmo ver a sua reputação afectada.

<sup>65</sup> Veja-se o considerando 6.º da DPCD.

<sup>66</sup> Veja-se o considerando 6.º da DPCD quando refere que este diploma legal “(..) não abrange nem afecta as disposições da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade susceptível de enganar as empresas mas não os consumidores(..).”

<sup>67</sup> Veja-se o considerando 9.º quando refere que a DPCD não prejudica as disposições comunitárias e nacionais relativas “(..) às regras comunitárias da concorrência e às disposições nacionais que as aplicam.”

<sup>68</sup> Veja-se o considerando 8.º da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, que revogou e substituiu a Directiva 84/450/CEE sobre publicidade enganosa (JO L 376, p. 21).

<sup>69</sup> Veja-se o art. 6.º, n.º 2, al. a) da DPCD.

<sup>70</sup> JO C108 de 30 de Abril de 2004, ponto 3.4.1.1., p. 83.

<sup>71</sup> Ainda que esta sistematização não se encontre completamente cimentada. Veja-se o caso francês que inclui as práticas desleais de marketing num abrangente código do consumidor.

<sup>72</sup> A grande maioria dos ordenamentos jurídicos continentais.

<sup>73</sup> Veja-se o direito alemão que, como refere Ulf Bernitz, «The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition» em Ulf Bernitz y Stephen Weatherill, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart, (2007), p.33-34, considera a proteção dos consumidores e das empresas, no âmbito do direito concorrencial, ao mesmo nível, “(..) balancing

conflicting business and consumer interests, when necessary”. Nesta mesma orientação atenda-se ao direito espanhol e à “Ley de Competencia Desleal”, pelo que a transposição e aplicação das normas comunitárias emanadas pela DPCD representará, citando Marta Pardo Leal em «La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español», Revista de Derecho Alimentario, nº 16, (2006) p. 22-25, p.10, uma “(...) diferenciación que es ajena a la legislación que es vigente en España(...)”.

<sup>74</sup> Aliás, como refere a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003, no ponto 40.º quando considera que “(...) são abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva as práticas que alguns Estados-Membros classificam no contexto da concorrência desleal (...)”.

<sup>75</sup> Veja-se o art.º 6.º, n.º 2, al. a) da DPCD, quando considera como enganosa, em contexto, “(...) Qualquer actividade de marketing relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;”

<sup>76</sup> Veja-se o considerando 6.º da DPCD in fine.

<sup>77</sup> Veja-se, no Anexo I, a 13ª prática, considerada como prática comercial enganosa em qualquer circunstância a promoção de “(...) um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o produto provém desse mesmo fabricante.”

<sup>78</sup> Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

<sup>79</sup> Vejam-se o Documento COM(2003) 68 final, de 12.2.2003 relativo à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos. Plano de Ação» e o Documento COM(2004) 651 final, de 11.10.2004 relativo à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «O Direito Europeu dos Contratos e a Revisão do Acervo: O caminho a seguir».

<sup>80</sup> «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws» em BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques, Hart, (2007), p. 157.

<sup>81</sup> Conceito amplo, que inclui todas as regras jurídicas relativas ao contrato de consumo, independentemente da classificação como contratual ou extra-contratual, pelos diferentes ordenamentos jurídicos.

<sup>82</sup> Veja-se o art. 2.º, al. d).

<sup>83</sup> Atenda-se à 27ª prática comercial, elencada no Anexo I da DPCD, quando é perpetrada “(...) com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.”

<sup>84</sup> Veja-se, no mesmo sentido, o considerando 13.º da DPCD, quando refere que a proibição geral única das práticas comerciais desleais “(...) deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução.” (sublinhado nosso).

<sup>85</sup> Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março, Diário da República, 1.ª série — N.º 60 — 26 de Março de 2008, art. 14.º, n.º 1, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a DPCD.

<sup>86</sup> Veja-se COLLINS, H., «EC Regulation of Unfair Commercial Practices», em *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2003), p. 38, quando se refere que “a duty to trade fairly might shape or interfere with established patterns of private law with respect to pre-contractual obligations, performance obligations, and possible enforcement mechanisms”.

<sup>87</sup> Desta forma, questões como a publicidade a bebidas alcoólicas ou a alimentos para crianças ricos em gordura, açúcar ou sal estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD.

<sup>88</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 43.º.

<sup>89</sup> A promoção de um produto com a indicação de que consegue o crescimento de cabelo em calvos.

<sup>90</sup> Veja-se, ainda, a 17ª prática comercial, reputada como enganosa em qualquer circunstância, por “alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”.

<sup>91</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 75.

<sup>92</sup> Veja-se o considerando 10.º da DPCD.

<sup>93</sup> Veja-se o art.º 3.º, n.º 4 da DPCD.

<sup>94</sup> Veja-se, designadamente, o Anexo II da DPCD.

<sup>95</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, 45.º ponto da exposição de motivos.

<sup>96</sup> MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006), p. 52.

<sup>97</sup> Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

<sup>98</sup> Veja-se o art. 3.º, n.º 9 da DPCD.

<sup>99</sup> Esta matéria não encontra consagração expressa no corpo normativo da DPCD.

<sup>100</sup> Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

<sup>101</sup> Veja-se a al. l) do n.º 2 da DPCD, segundo a qual uma profissão regu-

lamentada compreende “a actividade ou o conjunto de actividades profissionais cujo acesso, exercício ou modalidade de exercício se encontram directa ou indirectamente subordinados, por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, à posse de determinadas qualificações profissionais”.

<sup>102</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 79.

<sup>103</sup> Veja-se o art. 3.º, n.º 7 da DPCD.

<sup>104</sup> Veja-se o art. 3.º, n.º 10 da DPCD.

<sup>105</sup> Veja-se o art.º 20.º da DPCD.

<sup>106</sup> Vejam-se as conclusões 77ª e 89ª das conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas em 21 de Outubro de 2008 referentes aos Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

<sup>107</sup> Nesse sentido, veja-se o Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07, no ponto 38.º.

<sup>108</sup> Documento COM(2004)753 final, de 16.11.2004, p. 3.

<sup>109</sup> «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», *InDret*, revista para el analisis del derecho», Barcelona, 2006. [Internet]. Available from: [www.indret.com/pdf/330\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/330_en.pdf) [Accessed 25 August 2008], p. 8.

<sup>110</sup> Vejam-se as 68ª, 69ª e 70ª conclusões.

<sup>111</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, Livro Verde, ponto 4.1.

<sup>112</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, Proposta da DPCD, motivo 50.º.

<sup>113</sup> Veja-se o considerando 13.º da DPCD.

<sup>114</sup> Veja-se o motivo 51.º.

<sup>115</sup> Atente-se que a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, previa no art.º 2.º uma outra definição de diligência profissional, traduzida no “grau de competência e de cuidado assumido por um profissional de uma forma proporcional às exigências das práticas habituais do mercado relativamente ao consumidor no seu âmbito de actividade no mercado interno”. O legislador comunitário reforçou esta definição, completando-a, pela referência à competência especializada do profissional, conformada por práticas de mercado honestas temperadas pelo princípio geral da boa fé.

<sup>116</sup> Veja-se a Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2.

<sup>117</sup> Veja-se o motivo 53.º.

<sup>118</sup> BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Tech-*

niques, Hart, (2007), p. 22.

<sup>119</sup> BOUSSIS, Panayota, «La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales» Institut d'Etudes Européennes, Bruselas, (2006), p. 6.

<sup>120</sup> Veja-se «An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – Answers to the questionnaire by Jules Stuyck, with the assistance of Tom van Dyck and Evelyne Terryn – Belgium», contido em TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry. [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 183.

<sup>121</sup> FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 23-69, p. 37.

<sup>122</sup> Nesse sentido, veja-se WILLET, Chris, Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms. Ashgate, (2007), p. 49 e 430.

<sup>123</sup> TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry, in www.berr.gov.uk [accessed 25 August 2008].

<sup>124</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 73.º.

<sup>125</sup> Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, na parte concernente à co-regulação, p. 21-23.

<sup>126</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, ponto 4.4, p. 15.

<sup>127</sup> Veja-se o considerando 20.º da DPCD.

<sup>128</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, ponto 4.4, p. 15.

<sup>129</sup> Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, relativo ao Seguimento do Livro Verde, ponto 29.º, p. 12.

<sup>130</sup> Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2.

<sup>131</sup> Veja-se, por exemplo, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores». Derecho de los Negocios, n.º 181, (2005), p. 5-18, p. 19.

<sup>132</sup> “ 1. Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja;

2. Exibir uma marca de confiança (trust mark), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária;

3. Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo pú-

blico ou outra entidade, quando tal não corresponda à verdade.”

<sup>133</sup> Veja-se também o ponto 28.º do Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, relativo ao Seguimento do Livro Verde.

<sup>134</sup> Note-se, que estão excluídas do âmbito de aplicação da DPCD, nos termos do art.º3.º, n.º 8, “(...) os códigos de conduta deontológicos (...) destinados a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional, que os Estados-Membros podem, em conformidade com o direito comunitário, impor aos profissionais.”

<sup>135</sup> “Qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.”, de acordo com a al. a), do art. 2.º da DPCD.

<sup>136</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, no ponto 34.º.

<sup>137</sup> «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores». Derecho de los Negocios, n.º 181, (2005), p. 5-18, p. 10-11.

<sup>138</sup> Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, Comunicação da Comissão relativa à posição comum do Conselho, p. 2.

<sup>139</sup> Veja-se também o considerando 19.º da DPCD.

<sup>140</sup> Como refere a Posição Comum do Conselho (JO C 38-E de 15.2.2005) na senda das alterações propostas pelo Parlamento na Posição sobre a Proposta da DPCD (JO C-104-E de 20 de Abril de 2004).

<sup>141</sup> Veja-se a Posição do Parlamento Europeu sobre a Proposta da DPCD, JO C-104-E, de 20 de Abril de 2004, considerando 14.º e 15.º, quando propõe a introdução de fatores económicos e do grau de instrução na conformação do critério do consumidor médio.

<sup>142</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Julho de 1998, Processo C-210/96 in Colectânea da Jurisprudência 1998, página I-04657.

<sup>143</sup> Nesse sentido, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 233, (2004), p. 33-48, p. 11 e 12.

<sup>144</sup> Veja-se PONCIBÒ, Cristina, INCARDONA, Rossela, «The EU Unfair Commercial Practices Directive: A faltering first step, London Law Review», Volume I, Outubro 2005, Issue 2, p. 317-337. [Internet]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1097069> [Accessed 25 August 2008], p. 9, quando refere que “the Commercial Practices Directive does not, however, protect the consumer who

is distrate or uninformed on the goods or services which are the subject matter of a commercial practice, nor those consumers who naively allow themselves be convinced by deceptive exaggerations in advertising.”

<sup>145</sup> JO C 108 de 30.4.2004, ponto, 3.6.2., p. 84.

<sup>146</sup> Em sentido contrário veja-se PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 73.

<sup>147</sup> Veja-se o n.º 3, do art.º 5.º da DPCD quando salvaguarda a “(...) prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.”

<sup>148</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 114.

<sup>149</sup> JO C 44, de 16.02.2002.

<sup>150</sup> JO C 7, de 11.01.2003.

<sup>151</sup> Veja-se LIMA DE BRITO, Alírio Maciel e TEIXEIRA DUARTE, Haroldo Augusto da Silva, «O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade». [Internet]. Available from: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8648>>. [Accessed 26 Mars 2009], quando citam António Benjamin, que considera que “... A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é uma marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”.

<sup>152</sup> Veja-se o parecer do CESE, JO C 108 de 30.4.2004, ponto 3.6.2., p. 84, em referência ao conceito de consumidor médio.

<sup>153</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 114.

<sup>154</sup> MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006), p. 91-92.

<sup>155</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 116.

<sup>156</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando, «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», *InDret*, revista para el analisis del derecho, Barcelona, (2006). [Internet]. Available from: [www.indret.com/pdf/330\\_](http://www.indret.com/pdf/330_)

en.pdf [Accessed 25 August 2008], p.19.

<sup>157</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º

<sup>158</sup> Atenda-se ao considerando 6.º da DPCD, quando refere que “(..) a presente directiva protege os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável.”

<sup>159</sup> Veja-se o art.º 2.º, al. k) da DPCD.

<sup>160</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º

<sup>161</sup> Veja-se a definição de práticas comerciais, que incluem as comunicações comerciais associadas à promoção de um produto.

<sup>162</sup> Seja pelas condições de aquisição, de entrega, formas de pagamento, entre outras especificidades da execução do contrato.

<sup>163</sup> Veja-se, entre outros, o relatório apresentado ao Departamento do Comércio e Indústria inglês, TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry» [Internet]. Available from: [www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk) [Accessed 25 August 2008], p. 13-14.

<sup>164</sup> Veja-se o considerando 13.º da DPCD quando refere que “(..) a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução”.

<sup>165</sup> Nesse sentido também, a Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 59.º.

<sup>166</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001, relativo à Proposta da DPCD, ponto 54.º

<sup>167</sup> Veja-se WILLET, Chris, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Ashgate, (2007), p.389, quando refere que “(..) consumers are not really ‘free’ unless they are free from restrictions at the procedural stage that obstruct their ability to protect their interests (..) notion of freedom infused with fairness concerns”.

<sup>168</sup> Veja-se nesse sentido o considerando 56.º da Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2007 que altera a Directiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, JO L 332 de 18.12.2007, quando refere que “para além das práticas reguladas pela presente directiva, as práticas

comerciais desleais, como as práticas enganosas e agressivas, que se verifiquem nos serviços de comunicação social audiovisual são reguladas pela Directiva 2005/29/CE (...)

<sup>9</sup> «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 76.

<sup>170</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 85.

<sup>171</sup> Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

<sup>172</sup> Veja-se o ponto 69.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2001.

<sup>173</sup> Veja-se o art.º 6.º da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade enganosa, art.º 7.º na versão codificada, designadamente da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa que a revogou e substituiu (JO L 376, p. 21).

<sup>174</sup> Veja-se o art.º 11.º, n.º 3, al. a) da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997.

<sup>175</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 87.

<sup>176</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Aldershot, (2006), p. 110.

<sup>177</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Direcção-Geral da Saúde e Defesa do Consumidor, «A Directiva das Práticas Comerciais Desleais, Novas leis para impedir comportamentos desleais em relação aos consumidores», (2006). [Internet]. Available from: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/ucp\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_pt.pdf). [Accessed 25 August 2008], p. 10 e 20.

<sup>178</sup> Veja-se o considerando 7.º, in fine, da DPCD.

<sup>179</sup> Veja-se o considerando 17.º da DPCD.

<sup>180</sup> Veja-se o considerando 13.º, in fine, da DPCD.

<sup>181</sup> Veja-se os pontos 56.º e 57.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>182</sup> Veja-se o considerando 18.º, da DPCD, quando refere que “(...) a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, (...) mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a

um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo.”

<sup>183</sup> Veja-se, também, o ponto 30.º, da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, quando refere que o critério do consumidor médio é “(..) aplicável sempre que uma prática comercial se destine ou afecte 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.” (sublinhado nosso)

<sup>184</sup> Veja-se o ponto 58.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>185</sup> Veja-se nesse sentido a conclusão 79ª, das conclusões da advogada-geral Verica Trstenjak referentes aos já citados Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

<sup>186</sup> Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, p. 15.

<sup>187</sup> JO C 108, de 30.4.2004, ponto 3.7.2., p. 84.

<sup>188</sup> Veja-se a conclusão 81ª, das conclusões apresentadas pela advogada-geral Verica Trstenjak, concernentes aos já citados Processos apensos C-261/07 e C-299/07, quando refere que “(..) a directiva, segue a abordagem contrária, favorável à liberdade de empresa do profissional, que corresponde no essencial ao raciocínio jurídico in dubio pro libertate.”

<sup>189</sup> Traz-se aqui a definição adoptada pelo ordenamento jurídico português pela transposição da DPCD, designadamente no art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, Diário da República, 1.ª série, N.º 60 de 26 de Março de 2008.

<sup>190</sup> TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from: [www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk) [Accessed 25 August 2008], p. 43.

<sup>191</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 66.º.

<sup>192</sup> Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 9 e 17-18.

<sup>193</sup> Veja-se o art.º 2.º, n.º 2, art.º 2.º, al. b) na versão codificada, designadamente da Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa que a revogou e substituiu (JO L 376, p. 21).

<sup>194</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 105.

- <sup>195</sup> Veja-se o art.º 5.º, n.º 3 in fine, da DPCD.
- <sup>196</sup> Veja-se o Código Civil português, art.º 253.º, n.º 2.
- <sup>197</sup> DIAS OLIVEIRA, Elsa, «Práticas Comerciais Proibidas», em Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume III, Coimbra, (2006), p. 163.
- <sup>198</sup> Veja-se o considerando 15.º da DPCD.
- <sup>199</sup> Veja-se o art.º 8.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, Diário da República, I Série – A, N.º 176 de 31-7-1996.
- <sup>200</sup> Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- <sup>201</sup> Veja-se o ponto 4.3, Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.
- <sup>202</sup> Veja-se o ponto 2.2., p. 18, e a p. 9, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002.
- <sup>203</sup> Veja-se neste sentido, TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <[www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk)>. [Accessed 25 August 2008], ponto 4.13, p. 54.
- <sup>204</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- <sup>205</sup> Veja-se o n.º 3 do art.º 7.º, em relação ao juízo de ponderação levado a cabo na determinação da existência ou não de uma omissão, quando o meio de comunicação utilizado para veicular a informação impuser limitações de espaço ou de tempo.
- <sup>206</sup> Veja-se o ponto 62.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- <sup>207</sup> Veja-se o ponto 63.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- <sup>208</sup> Veja-se a al. i) do art.º 2.º da DPCD.
- <sup>209</sup> Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- <sup>210</sup> Veja-se o art.º 10.º do Decreto-lei 57/2008, de 26 de Março, Diário da República, 1ª Serie, N.º 60, 26 de Março de 2008.
- <sup>211</sup> Veja-se o ponto 64.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- <sup>212</sup> Veja-se o considerando 14.º da DPCD.
- <sup>213</sup> Veja-se o ponto 65.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.
- <sup>214</sup> Acórdão de Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4301/2005-4, de 19 Outubro 2005. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].
- <sup>215</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1066, de 08 de Maio 2007. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April

2009].

<sup>216</sup> Directiva 84/450/CEE, recentemente revogada e substituída, com efeitos a partir de 12 de Dezembro de 2007, pela Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (JO L 376, p. 21), que, todavia, mais não é do que uma versão codificada, por necessidades de clareza e de racionalização, das anteriores disposições da Directiva 84/450.

<sup>217</sup> Como refere MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Actualizada, Coimbra, (1999), p. 501, citando o Professor Manuel de Andrade.

<sup>218</sup> Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 70.º.

<sup>219</sup> Veja-se PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93, p. 83.

<sup>220</sup> Veja-se o ponto 4.1 do Livro Verde, Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001.

<sup>221</sup> TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 178.

<sup>222</sup> Veja-se o art.º 29.º, n.º 1 do Código do Trabalho, anexo à Lei 7/2009 de 12 de Fevereiro, *Diário da República*, 1.ª série de 12 de Fevereiro de 2009, que o aprova.

<sup>223</sup> TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 62-66.

<sup>224</sup> Veja-se a prática 25ª no Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

<sup>225</sup> FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 43, (2005), p. 63.

<sup>226</sup> Veja-se o art.º 255.º do Código Civil português, segundo o qual:

1. Diz-se feita sob coação moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração.

2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do de-

clarante ou de terceiro.

3. Não constitui coação a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.

<sup>227</sup> Veja-se a prática 30<sup>a</sup> no Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

<sup>228</sup> FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 64.

<sup>229</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto, Teoria Geral do Direito Civil, 3<sup>a</sup> Edição Actualizada, Coimbra, (1999), p. 526.

<sup>230</sup> TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 56.

<sup>231</sup> Veja-se a al. j) do art.º 2.º da DPCD.

<sup>232</sup> Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003.

<sup>233</sup> Veja-se a alínea c) do art.º 9.º da DPCD.

<sup>234</sup> Veja-se também a 27<sup>a</sup> prática do Anexo I, reputada como agressiva em quaisquer circunstâncias.

<sup>235</sup> FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 43, (2005), p. 64-65.

<sup>236</sup> MASSAGUER, José, El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, Madrid, (2006), p. 135.

<sup>237</sup> Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003, quando refere a título de exemplo que “(...) se o consumidor já possui dívidas e pagamentos em atraso em relação a um profissional, haveria abuso de influência se o profissional propusesse a renegociação da dívida na condição de o consumidor adquirir outro.”

<sup>238</sup> Veja-se o ponto 2.3 do Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 19.

<sup>239</sup> Veja-se o ponto 71.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final de 18.6.2003 quando refere que “o facto de ser proposto um incentivo ao consumidor, como um autocarro gratuito para um estabelecimento situado fora da cidade ou a oferta de refrescos durante as compras (...) ou as ofertas efectuadas no âmbito de uma promoção de vendas não podem, só por si, ser conside-

radas como práticas agressivas.”

<sup>240</sup> Veja-se o considerando 7.º, in fine, da DPCD.

<sup>241</sup> Veja-se o considerando 17.º da DPCD.

<sup>242</sup> Veja-se o ponto 30.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, p. 10.

<sup>243</sup> Veja-se a 7ª prática do Anexo I da DPCD.

<sup>244</sup> HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006), p. 160.

<sup>245</sup> Veja-se a prática 31ª do Anexo I da DPCD.

<sup>246</sup> Veja-se a prática 12ª do Anexo I da DPCD, que pode ser contextualizada numa situação de recurso a influência devida pelo profissional e como tal tratar-se-á não de uma prática enganosa mas sim de uma prática agressiva.

<sup>247</sup> PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44 (2005), p. 17-93, p. 84.

<sup>248</sup> Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, ponto 3., p. 20.

<sup>249</sup> Veja-se MOTA CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, (2001), p. 321, quando refere que “(...) os Estados gozam, ao abrigo, desta disposição, da possibilidade de escolher, entre as medidas concretas susceptíveis de conduzir o resultado prescrito a nível comunitário, as que lhe pareçam (do seu ponto de vista) as mais adequadas, as menos perturbadoras da ordem interna e as mais conformes ao regime jurídico existente.”

<sup>250</sup> Veja-se o considerando 21.º da DPCD.

<sup>251</sup> Veja-se o considerando 8.º da DPCD.

<sup>252</sup> Veja-se nesse sentido a Comunicação da Comissão relativa à Posição Comum do Concelho, Documento COM(2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 2-3.

<sup>253</sup> Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 12.

<sup>254</sup> Veja-se o art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março, *Diário da República*, 1ª Serie, N.º 60, 26 de Março de 2008, que transpôs a DPCD para o ordenamento jurídico português.

<sup>255</sup> Veja-se o considerando 9.º da DPCD.

<sup>256</sup> Veja-se o Seguimento do Livro Verde, Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 16.

<sup>257</sup> Veja-se o considerando 22.º da DPCD.

<sup>258</sup> Veja-se o ponto 78.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>259</sup> Refira-se que o ordenamento jurídico português consagrou, por efeito da transposição da DPCD, um regime sancionatório de natureza contra-ordenacional, cujo processamento e aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas competentes.

<sup>260</sup> Veja-se o Plano de quinquenal de ação (2002-2006), ponto 3.3.2.1., FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 84.

<sup>261</sup> Veja-se o Plano de Ação Trienal 1996-1998, ponto 1, FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 36, quando refere que “(...) fazer cumprir e controlar o cumprimento da regulamentação resultará mais difícil se os consumidores não estiverem vigilantes e prontos a assinalar quaisquer falhas no mercado.”

<sup>262</sup> Veja-se o ponto 79.º da Proposta da DPCD, Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>263</sup> Veja-se a prática 29ª do Anexo I, segundo a qual consubstancia uma prática comercial agressiva “exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado, excepto no caso de produtos de substituição fornecidos em conformidade com o n.º 3 do artigo 7.º da Directiva 97/7/CE (fornecimento não solicitado).”

<sup>264</sup> Veja-se o considerando 12.º da DPCD.

<sup>265</sup> Livro Verde, Documento COM( 2001) 531 final, de 2.10.2001, p.14.

<sup>266</sup> Veja-se, por exemplo, Professor Thomas Wilhelmsson, «An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive – The Case of Finland», TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from <www.berr.gov.uk>. [Accessed 25 August 2008], p. 191, quando refere que “The general clauses should rather be applied on the basis of a holistic assessment in which the precise wording used in the general clause is of less importance”.

<sup>267</sup> Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

<sup>268</sup> Acórdão do TJCE de 23 de Abril de 2009, JO C 141, de 20.06.2009, p.3, Processos apensos C-261/07 e C-299/07.

<sup>269</sup> Vejam-se o Plano de Ação Trienal 1990-1992, o Plano de Ação Trienal 1993-1995, o Plano de Ação Trienal 1996-1998, o Plano Quinquenal de Ação 2002-2006, FROTA, Mário, Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo, Coimbra, (2003), p. 28, 30, 36 e 84-85, respectivamente.

<sup>270</sup> Veja-se também a Estratégia comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013, Documento COM(2007) 99 final, de 13.3.2007, p. 14.

<sup>271</sup> Veja-se o considerando 18.º da DPCD.

## REFERÊNCIAS

### Livros

ALVES, João, *Direito dos Consumidores – Textos e Peças Processuais*, Coimbra, (2006).

BERNITZ, Ulf e WEATHERILL, Stephen, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, (2007).

COLLINS, H., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haya, (2003).

FROTA, Mário, *Política de Consumidores na União Europeia, o Acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, (2003).

HOWELLS, Geraint, MICKLITZ, Hans-W. e WILHELMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, (2006).

MASSAGUER, José, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, (2006).

MOTA CAMPOS, João, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, (2001).

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Edição Actualizada*, Coimbra, (1999).

WILLET, Chris, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Aldershot, (2007).

### Artigos

ALVES, João, «A publicidade e a directiva 2005/29/CE do parlamento europeu e do conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, (2006), p. 65-76.

ALVES, João, «Anteprojecto do código do consumidor, Do processo geral», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 41-54.

BOUSSIS, Panayota, «La protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales». *Institut d'Etudes Européennes*, Bruselas, (2006).

DIAS OLIVEIRA, Elsa, «Práticas Comerciais Proibidas», em *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume III*, Coimbra, (2006), p. 147-173.

FROTA, Mário, «Das Práticas Comerciais na União Europeia, O ordenamento da União Europeia», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 43,

(2005), p. 23-69.

FROTA, Mário, «Novas tendências do direito do consumidor na Europa», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 47, (2006), p. 44-83.

FROTA, Mário, «Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 46, (2006), p. 113-146.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 233, (2004), p. 33-48.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís, «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores», *Derecho de los Negocios*, n.º 181, (2005), p. 5-18.

LOPEZ SANTOS, Oscar, «La directiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 47, (2006), p. 15-43.

MENEZES LEITÃO, Adelaide, «A publicidade no anteprojecto do Código do Consumidor», em *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Volume III, Coimbra, (2006), p. 135-146.

PARDO LEAL, Marta, «La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español». *Revista de Derecho Alimentario*, n.º 16, (2006), p. 22-25.

PEGADO LIZ, J., «A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, (2005), p. 17-93.

PEGADO LIZ, J., «Um código do consumidor, para os consumidores ou nem uma coisa nem outra?», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 26-32.

PEGADO LIZ, J., A «transposição” da directiva relativa às práticas comerciais desleais no ante-projecto do código do consumidor», *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, (2007), p. 20-25.

SEGURA RODA, Isabel, «Opinión: La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Alimentario*, n.º 14, (2006), p. 15-21.

SENHORAS, E.M./UNOPAR Cient., «Ciências Jurídicas Empresariais», Londrina, v.6, p. 57-66, Março 2005.

#### Referências Eletrónicas

COMISSÃO EUROPEIA, Direcção-Geral da Saúde e Defesa do Consu-

midor, «A Directiva das Práticas Comerciais Desleais, Novas leis para impedir comportamentos desleais em relação aos consumidores», (2006). [Internet]. Available from: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/ucp\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_pt.pdf). [Accessed 25 August 2008].

GÓMEZ POMAR, Fernando, «The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective», InDret, revista para el analisis del derecho, Barcelona, (2006). [Internet]. Available from: [www.indret.com/pdf/330\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/330_en.pdf) [Accessed 25 August 2008].

HOWELLS, Geraint G., «The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?». [Internet]. Available from: [http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr28\\_1/Howells.pdf](http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr28_1/Howells.pdf). [Accessed 25 August 2008].

LIMA DE BRITO, Alírio Maciel e TEIXEIRA DUARTE, Haroldo Augusto da Silva, «O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade». [Internet]. Available from: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8648>. [Accessed 26 Mars 2009].

PONCIBÒ, Cristina, INCARDONA, Rossela, «The EU Unfair Commercial Practices Directive: A faltering first step, London Law Review», Volume I, Octubre 2005, Issue 2, p. 317-337. [Internet]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1097069> [Accessed 25 August 2008].

TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint; NORDHAUSEN, Annette, «An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive, A report for the Department of Trade and Industry». [Internet]. Available from [www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk). [Accessed 25 August 2008].

## OUTRAS REFERÊNCIAS ELETRÓNICAS

<http://www.consumidor.pt/wwwbase/raiz/mlkImprimir.aspx?codigoms=>. [Accessed 21 January 2009].

[http://www.revistadeimprensa.weblog.com.pt/arquivo/2004/11/ue\\_proibe\\_publici.html](http://www.revistadeimprensa.weblog.com.pt/arquivo/2004/11/ue_proibe_publici.html). [Accessed 21 January 2009].

<http://www.soudal.pt/noticias/praticas-comerciais-desleais>. [Accessed 21 January 2009].

[http://www.difusionjuridica.es/HTML/economist\\_demo/articulo\\_det.php](http://www.difusionjuridica.es/HTML/economist_demo/articulo_det.php). [Accessed 19 January 2009].

[http://www.apdconsumo.pt/nova\\_pagina\\_3.html](http://www.apdconsumo.pt/nova_pagina_3.html). [Accessed 18 January 2009].

<http://www.aedc.es/?s=noticias&id=665>. [Accessed 16 January 2009].

<http://www.acmedia.pt/documentacao/unfair.htm>. [Accessed 08 January 2009].

2009].

<http://www.deco.proteste.pt/direitos/lei-combate-praticas-comerciais-desleais-s521231.htm>. [Accessed 27 August 2008].

<http://www.deco.proteste.pt/mais-vale-tarde-que-nunca-praticas-comerciais-desleais-s519641.htm>. [Accessed 27 August 2008].

[http://ec.europa.eu/consumers/rights/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/index_en.htm). [Accessed 20 August 2008].

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/consumer\\_information/132011\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/132011_pt.htm). [Accessed 20 August 2008].

[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=pt&DosID=183711](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=pt&DosID=183711). [Accessed 20 August 2008].

[http://www.milbank.com/NR/rdonlyres/9DBA6D06-4090-4364-9197-1190D2B075C1/0/082307\\_unfair\\_commercial\\_practices\\_haravon.pdf](http://www.milbank.com/NR/rdonlyres/9DBA6D06-4090-4364-9197-1190D2B075C1/0/082307_unfair_commercial_practices_haravon.pdf). [Accessed 20 August 2008].

#### Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Secção), de 23 de Abril de 2009, Processos apensos C261/07 e C299/07 que opõem, respectivamente, VTBVAB NV contra Total Belgium NV, e Galatea BVBA contra Sanoma Magazines Belgium NV, JO C 141, de 20.06.2009, p. 3.

Acórdão de Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4301/2005-4, de 19 Outubro 2005. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1066, de 08 de Maio 2007. [Internet]. Available from: <http://www.dgsi.pt/>. [Accessed 22 April 2009].

#### Documentos Oficiais das Instituições Europeias

Documento Com(2007) 99 Final De 13.3.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, «Estratégia Comunitária em Matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013».

Documento COM(2007) 60, de 21.2.2007, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Um Mercado Único para os Cidadãos».

Tratado que institui a Comunidade Europeia, Versão Consolidada, JO C 321/E de 29.12.2006.

Documento COM(2006) 744 final, de 08.02.2007, Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor.

Documento COM(2004) 651 final, de 11.10.2004, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «O Direito Europeu dos Contra-

tos e a Revisão do Acervo: O caminho a seguir».

Documento SEC(2003), de 18.6.2003, Relatório de Avaliação de Impacto Exhaustiva.

Documento COM(2003) 356 final, de 18.6.2003, Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE.

Documento COM(2003) 68 final, de 12.2.2003, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos. Plano de Ação».

Documento COM(2002) 289 final, de 11.6.2002, Comunicação da Comissão sobre o Seguimento do Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia.

Documento COM(2001) 531 final, de 2.10.2001, Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia.

Documento COM(2001) 428 final, de 25.7.2001, Livro Branco sobre Governança Europeia.