

AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

1. Generalidades

Um dos vectores fundamentais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, situação que na actual sociedade de consumo assume cada vez mais relevância. Efectivamente, o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada dos clientes, foi actualmente substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psicologicamente⁽¹⁾.

Tradicionalmente, a repressão das práticas comerciais agressivas era apenas possível com base na legislação comercial e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, sancionados exclusivamente através do instituto da concorrência desleal. Mas a ideia base desse instituto é precisamente a de que apenas os comercian-

⁽¹⁾ Cfr. LUIS M. MIRANDA SERRANO, *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid / Barcelona, Marçail Pons, 2001, pp. 13 e ss.

tes lesados pelos actos de concorrência poderiam reagir contra a situação. O consumidor, sendo o principal objecto da disputa concorrencial, não aparece tutelado pela disciplina da concorrência⁽²⁾.

Actualmente, a situação modificou-se, verificando-se que a disciplina da concorrência desleal e da liberdade de concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado⁽³⁾.

É assim um vector importante de protecção aos consumidores a legislação contra as denominadas práticas comerciais desleais e agressivas. À volta dele se articulam inúmeras normas e regras tendentes a defender o consumidor contra as suas próprias fraquezas perante tentações e solicitações a que é exposto através de métodos comerciais agressivos, utilizados por empresas que na mira de expansão dos seus negócios, têm a preocupação de descobrir e empregar técnicas de distribuição e de promoção sedutoras, aproveitando-se da debilidade e vulnerabilidade dos consumidores⁽⁴⁾.

Uma das poucas medidas que a Comissão Barroso adoptou na esfera dos direitos dos consumidores foi precisamente a adopção da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno⁽⁵⁾. Esta Directiva foi transposta em Portugal pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, que passaremos a examinar de seguida.

⁽²⁾ O que não se apresenta correcto, já que, conforme refere EIKE VON HIPPEL, “Verbraucherschutz”, em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 513-534 (529), trad. port. sob o título “Defesa do consumidor” no *BMJ* 273 (1978), pp. 5-37 (29), a concorrência é o melhor amigo do consumidor.

⁽³⁾ Esta é uma tendência corrente na Alemanha onde a cláusula geral do § 1 UWG, tendo sido bastante usada para efeitos de protecção dos consumidores. Cfr. GERHARD SCHRICKER, “Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes” em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 535-578.

⁽⁴⁾ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 75.

⁽⁵⁾ Para uma crítica contundente, mas justificada a esta Directiva, cfr. Cfr. JORGE PEGADO LIZ, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)”, na *RPDC* n° 44 (Dezembro 2005), pp. 17-93.

2. A proibição genérica das práticas comerciais desleais nas relações de consumo

2.1. Generalidades

O art. 4.º do Decreto-Lei 57/2008, estabelece singelamente a proibição das práticas comerciais desleais, referindo o art. 5.º, n.º 1, que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”.

É possível decompor esta definição nos seguintes elementos:

- 1) Prática comercial;
- 2) Desconformidade da prática à diligência profissional;
- 3) Efeito ou susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço.

Examinemos sucessivamente estes requisitos:

2.2. Prática comercial

A definição de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores, ou, abreviadamente, prática comercial” consta do art. 3.º *d*), que considera como tal “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”. Trata-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados.

2.3. Desconformidade da prática à diligência profissional

Relativamente à desconformidade da prática com a diligência profissional, há que tomar em consideração o conceito de diligência profissional que consta do art. 3.º g) deste diploma, que a define como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta do mercado e ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade profissional”. Compreender-se-ão aqui, portanto, os padrões éticos pelos quais o profissional deve pautar a sua actividade, em conformidade com as regras gerais do mercado ou com as regras específicas da sua profissão.

Naturalmente que as práticas admissíveis variarão consoante a actividade profissional em causa, podendo uma prática considerada admissível numa profissão já não o ser noutra profissão. Muito importantes são por isso os códigos de conduta aprovados para determinadas profissões⁽⁶⁾, previstos nos arts. 17.º e ss. É, no entanto de salientar que esses códigos podem estabelecer uma protecção do consumidor superior à que resulta dos preceitos legais (art. 17.º, n.º 1), mas já não poderão derrogar esse regime (art. 18.º).

2.4. Efeito ou susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço

Finalmente, exige-se que a prática comercial produza ou seja susceptível de produzir o efeito de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço. Este requisito é

⁽⁶⁾ O art. 3.º f) define código de conduta como “o acordo ou conjunto de normas, não impostas por decisões legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos”.

igualmente objecto de concretização no art. 3.º, *d*), onde se considera “distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores” a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”. Este requisito é ainda concretizado no art. 5.º, n.º 2, onde se estabelece que “o carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. A utilização deste critério do consumidor médio tem vindo, porém, a ser objecto de críticas, por se considerar que os profissionais não devem poder exonerar-se invocando a especial ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores, fora dos casos previstos no art. 6.º *a*)(7).

Apesar de não expressamente referido nesta definição o comportamento económico do consumidor que a prática comercial pode distorcer resultará inevitavelmente numa decisão de transacção, que o art. 3.º *l*) define como “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer qualquer direito contratual relativamente ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”. Neste âmbito pode sustentar-se que este diploma pretende evitar que o consumidor não faça um exercício efectivo da autonomia privada, tomando decisões negociais devido a comportamentos agressivos ou enganosos da outra parte.

(7) Cf. JORGE PEGADO LIZ, *RPDC* n.º 44 (Dezembro 2005), p. 77, que critica a noção de consumidor médio, por considerar que «(...) um consumidor “médio” é uma utopia, ninguém é “médio” e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de protecção dos consumidores numa ficção».

3. Proibições específicas de certas práticas comerciais desleais

3.1. Generalidades

Para além da definição geral do art. 5.º, os arts. 6.º e ss. do D.L. 57/2008 indicam várias modalidades de práticas comerciais desleais. Esta enumeração não é, porém, exaustiva, como resulta claramente da utilização da expressão “em especial” no art. 6.º, prómio do diploma. Efectivamente, qualquer prática que preencha os requisitos gerais do art. 5.º é proibida por este diploma, mesmo que não se encontre abrangida na enumeração dele constante.

3.2. As práticas dirigidas a consumidores particularmente vulneráveis

O art. 6.º *a)* proíbe especificamente “as práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo claramente identificável de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”. Conforme salientou ELSA DIAS OLIVEIRA, a propósito de preceito semelhante do Anteprojecto do Código do Consumidor, desta disposição resulta que “nos casos em que a prática comercial se dirige a um grupo determinado de consumidores, — v.g. crianças, adolescentes, idosos — que, devido a qualquer razão, sejam particularmente vulneráveis à prática utilizada ou ao bem ou serviço em causa — e essa vulnerabilidade seja previsível para o profissional —, na avaliação do impacto da prática comercial, devem ser tidas em conta as características da pessoa média desse grupo e não já o consumidor médio *tout court*”⁽⁸⁾. Temos assim que esta

(8) Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas”, em LUÍS MENEZES LEITÃO (org), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, III, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 147-173 (157).

disposição pode funcionar como contraponto ao conceito de consumidor médio aciam referido, mas não é especialmente feliz, dado que, conforme referiu JORGE PEGADO LIZ, “(...) esta referência ao facto de o profissional poder razoavelmente ter previsto tal circunstância de pertença a um grupo de tais características (...) anula a vantagem da consideração dos grupos de consumidores particularmente vulneráveis”⁽⁹⁾.

3.3. Práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas

3.3.1. Generalidades

Na sequência do previsto na Directiva Comunitária, o art. 6.º *b)* e *c)* do D.L. 57/2008 distingue entre práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas.

3.3.2. Práticas comerciais enganosas

No que repeita às práticas comerciais enganosas, é por sua vez feita uma subdistinção entre acções enganosas e omissões enganosas. No caso de serem praticadas através da publicidade, as mesmas constituem publicidade enganosa, nos termos do art. 11.º, n.º 1, do respectivo Código.

3.3.2.1. Acções enganosas

As acções enganosas encontram-se previstas no art. 7.º do D.L. 57/2008, cujo n.º 1, proémio refere que “é enganosa a prática comercial que contenha 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 enume-

(9) Cf. JORGE PEGADO LIZ, *RPDC* n.º 44 (Dezembro 2005), p. 78.

rados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”: Entre os elementos a seguir enumerados encontram-se a existência ou natureza do bem ou serviço (art. 7.º, n.º 1, *a*)), bem como as suas características (art. 7.º, n.º 1, *b*)), o conteúdo e extensão dos compromissos assumidos pelo profissional (art. 7.º, n.º 1, *c*)), o preço (art. 7.º, n.º 1, *d*)), a necessidade de um serviço ou de uma peça, ou da substituição ou reparação de um bem (art. 7.º, n.º 1, *e*)), natureza, atributos e direitos do profissional (art. 7.º, n.º 1, *f*) e direitos do consumidor (art. 7.º, n.º 1, *g*)). Trata-se assim de elementos essenciais para que o consumidor tome uma decisão informada e esclarecida em relação ao negócio em causa.

Consideram-se igualmente acções enganosas as actividades de promoção comercial relativas a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (art. 7.º, n.º 2, *a*)). Da mesma forma, é considerada acção enganosa o incumprimento por parte do profissional de normas constantes em códigos de conduta a que está vinculado, desde que tenha informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código (art. 7.º, n.º 2, *b*)).

3.3.2.2. *Omissões enganosas*

As omissões enganosas constam do art. 9.º do D.L. 57/2008, sendo definidas como tais aquelas que são enganosas, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, e portanto conduzem ou são susceptíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. O legislador concretiza esse critério, indicando como enganosas as práticas comerciais:

- a*) Que omitem uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor;
- b*) Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior;

- c) Em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do seu texto.

É, no entanto, de salientar que o art. 9.º, n.º 2, considera relevantes as limitações de espaço estabelecidas pelos diversos meios, o que poderá levar a que seja apresentada essa justificação para omitir informação.

A definição de requisitos substanciais de informação é concretizada nos n.ºs 3 e 4 do art. 9.º, que considera como tais os requisitos de informação exigidos nos diversos diplomas para as comunicações comerciais nos diversos sectores de actividade.

No caso de proposta contratual ou convite a contratar o art. 10.º considera como substanciais as informações que versem sobre: *a)* as características principais do bem ou serviço; *b)* o endereço geográfico e a identidade do profissional; *c)* o preço e demais despesas; *d)* as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução; *e)* a existência dos direitos de resolução e anulação, nos casos em que resultem da lei ou do contrato. Admite-se, porém, que estas informações se possam depreender do contexto, o que pode levantar controvérsia.

A definição de convite a contratar consta do art. 3.º *i)* que considera como tal “uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição”. Esta definição é bastante controversa, pois não corresponde à distinção habitual no ordenamento jurídico português entre proposta contratual e convite a contratar, cabendo nesta definição casos de verdadeira proposta contratual⁽¹⁰⁾.

3.3.2.3. *Práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância*

No art. 8.º do D.L. 57/2008 são depois indicadas várias práticas comerciais enganosas que serão sempre entendidas como tais e

⁽¹⁰⁾ Neste sentido, também ELSA DIAS OLIVEIRA. *op. cit.*, pp. 165-166.

consequentemente proibidas. Essas práticas resultam da transposição do Anexo I da Directiva, que institui uma “lista negra” de práticas comerciais enganosas⁽¹¹⁾.

A lista de práticas comerciais enganosas não apresenta um critério uniforme de ordenação. Podemos, no entanto, tentar agrupar essas práticas de acordo com a seguinte classificação:

A) Falsas declarações em relação à existência de regulação ou de certificação

Os primeiros exemplos de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância são as falsas declarações em relação à existência de regulação ou certificação. Entre estas encontra-se o afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja (art. 8.º *a*)), exibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária (art. 8.º *b*)), afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade (art. 8.º *c*)), e afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou serviço foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, do reconhecimento ou da autorização (art. 8.º *d*)).

B) Falsas declarações relativas à disponibilidade dos produtos ou serviços

A outra categoria de práticas comerciais enganosas consiste nas falsas declarações relativas à disponibilidade de produtos ou serviços, que depois não são fornecidos. Neste âmbito, a lei refere como exemplos desta categoria de práticas em primeiro lugar o

⁽¹¹⁾ JORGE PEGADO LIZ, *RPDC*, n.º 44 (Dezembro 2005), p. 84, critica a técnica da lista na Directiva relativa às práticas comerciais desleais, sustentando que seria melhor a lista não apresentar um carácter taxativo, já que não permite o adicionamento de novas situações. Defende ainda que deveria ter sido apresentada uma “lista cinzenta” de práticas para além desta “lista negra”.

“propor a aquisição de um bem ou serviço por um preço inferior àquele praticado no mercado por outros fornecedores ou prestadores de serviços sabendo ou não podendo desconhecer que não tem condições para o cumprir, não dispondo, ou não indicando quem disponha, nas mesmas condições e em igual grau de acessibilidade para o consumidor de existências em quantidade suficiente, por um período de tempo compatível com a procura previsível face ao volume e meios de publicidade realizada ao bem ou serviço em causa, e o preço indicado” (art. 8.º e)). Outro exemplo é o de “propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente o fornecimento aos consumidores do bem ou do serviço solicitado” (art. 8.º f)). É ainda exemplo desta categoria de práticas comerciais enganosas o “recusar as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou o fornecimento num prazo razoável” (art. 8.º g)). É ainda uma prática comercial enganosa “declarar falsamente que o bem ou serviço está disponível apenas durante um período muito limitado ou que estará disponível em condições especiais durante um período muito limitado a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficiente para tomarem uma decisão esclarecida” (art. 8.º i)). Finalmente, constitui uma prática comercial enganosa “declarar que o profissional está prestes a cessar a actividade ou a mudar de instalações, quando tal não corresponde à verdade” (art. 8.º s)).

C) Comparações falsas ou enganosas com outros produtos

Outras categorias de práticas comerciais enganosas são aquelas em que a decisão de aquisição resulta da realização de comparações falsas ou enganosas com outros produtos que são do conhecimento do consumidor. Neste caso, temos a apresentação de amostra defeituosa ou demonstração insuficientes (art. 8.º h)) ou promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja o caso, o bem ou o serviço provém do mesmo fabricante (art. 8.º p)).

D) Declarações falsas ou enganosas em relação à assistência pós-venda

São também consideradas práticas comerciais enganosas as declarações falsas ou enganosas em relação à assistência pós-venda, como a indicação de que esta está disponível noutra língua (art. 8.º *j*)) ou no território de outro Estado membro (art. 8.º *ac*)).

E) Indução do consumidor em erro em relação às condições jurídicas do negócio

Outra categoria de práticas comerciais enganosas consiste na indução do consumidor em erro em relação às condições jurídicas de aquisição do bem ou serviço comercializado. Neste âmbito, encontra-se o “declarar que a compra ou venda de um bem ou a prestação de um serviço é lícita ou transmitir essa impressão quando tal não corresponda à verdade” (art. 8.º *l*)), o “apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei” (art. 8.º *m*)), o “incluir no material de promoção comercial factura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o bem ou serviço comercializado, quando tal não aconteceu” (art. 8.º *aa*)) e o “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor (art. 8.º *ab*))(12).

F) Indução do consumidor em erro quanto à independência de conteúdos editoriais relativos ao produto

É igualmente uma prática comercial enganosa o “utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente

(12) Neste último caso, o profissional daria a entender ao consumidor que não se estaria perante uma relação de consumo, não beneficiando por isso o consumidor da protecção atribuída por esta legislação.

no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa indicar com clareza” (art. 8.º, *n*)). Efectivamente, tem-se verificado com alguma frequência o surgimento de conteúdos editoriais nos meios de comunicação social financiados pelo profissional a promover a comercialização dos bens e serviços que comercializa.

G) Indução do consumidor em erro em relação ao custo dos produtos ou quanto à existência de vantagens económicas na sua aquisição

São também consideradas práticas comerciais enganosas as declarações que possam induzir o consumidor em erro em relação ao custo dos produtos ou à existência de vantagens económicas na sua aquisição. Neste âmbito, inclui-se o arredondamento em alta do preço do bem ou serviço, com base em factores que não tenham correspondência com o gasto e utilização efectiva realizados pelo consumidor (art. 8.º *q*), as vendas “em pirâmide” (art. 8.º *r*)⁽¹³⁾, “transmitir informações inexactas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado” (art. 8.º *v*)), “declarar que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável” (art. 8.º *x*) e “descrever o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente, se o consumidor tiver que pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega” (art. 8.º *z*)).

⁽¹³⁾ Esta técnica é proibida em virtude dos perigos que representa para o consumidor, já que, embora este julgue que pode obter um benefício, através da redução do preço da compra do seu produto em virtude da progressão geométrica do número de clientes, a verdade é que esse benefício é irreal, já que o que verdadeiramente existe é um desconto geral, em virtude da quantidade de produtos adquirida. Assim, o consumidor é levado normalmente a adquirir uma quantidade excessiva de produtos, sem qualquer garantia de reposição e depois tem dificuldade no seu escoamento.

H) Levar o consumidor à aquisição dos produtos com base no medo, ignorância ou superstição

Outra categoria de práticas comerciais enganosas corresponde a levar o consumidor a adquirir os produtos com base no medo, ignorância ou superstição. Neste âmbito, temos a prática de “fazer afirmações substancialmente inexactas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço” (art. 8.º, o)), “alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar” (art. 8.º t)), e “alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções, e malformações” (art. 8.º u)).

3.3.3. Práticas comerciais agressivas

3.3.3.1. Definição

O art. 11.º, n.º 1, do D.L. 57/2008 considera agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão que de outro modo não teria tomado. Para avaliação dessa situação, o n.º 2 manda atender ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias, nomeadamente:

- a) o momento, local, natureza e persistência da prática comercial;
- b) o recurso a linguagem ou comportamentos injuriosos;
- c) o aproveitamento consciente, pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objectivo de influenciar a decisão deste relativamente ao bem ou serviço;

- d) colocação de entraves onerosos ou desproporcionados em caso de exercício pelo consumidor dos seus direitos;
- e) ameaça de exercício de acção judicial que não seja legalmente possível.

O conceito de influência indevida é ainda concretizado no art. 3.º j) que o qualifica como “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”. O legislador não concretiza, no entanto, os conceitos de assédio e coacção, igualmente aqui referidos.

3.3.3.2. Práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância

O art. 12.º do Decreto-Lei 57/2008 inclui igualmente uma “lista negra” de práticas comerciais agressivas, que correspondem às seguintes:

A) Criar a impressão de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento, sem que antes tenha sido celebrado um contrato

A primeira prática comercial considerada agressiva é a de criar no consumidor a impressão de que ele não pode deixar o estabelecimento, sem que antes tenha sido celebrado um contrato (art. 12.º a)). Esta era uma prática extremamente comum no âmbito da venda de *time-sharing*, em que os consumidores eram convidados a ir a determinados locais, de onde não os deixavam sair até ao momento em que adquiriam o produto. Genericamente, no entanto, recairá neste âmbito qualquer situação em que se pressione o consumidor a permanecer no estabelecimento, até que tenha adquirido algum dos produtos ou serviços.

B) Realização de visitas insistentes ao domicílio do consumidor

Outro exemplo de uma prática comercial agressiva consiste em “contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual” (art. 12.º *b*)). Naturalmente que a realização de visitas insistentes ao domicílio do consumidor, mesmo após o pedido deste para que o profissional cesse os contactos, constitui um exemplo claro de uma prática comercial agressiva, na medida em que o assédio constante ao consumidor pode levá-lo a pensar que a única maneira de o profissional desistir será adquirir o produto.

Há, no entanto, na lei uma excepção que é a existência de circunstâncias que tornem a realização das visitas justificadas para cumprimento de obrigação contratual. Naturalmente que esta obrigação contratual não pode ser relativa ao próprio profissional, uma vez que tal não constitui justificação para o assédio ao consumidor. Terá que ser uma obrigação resultante de um contrato celebrado com o próprio consumidor, que leve a que o mesmo esteja vinculado a permitir as visitas ao domicílio como sucede com as leituras dos fornecimentos de água ou do gás.

C) Utilização dos meios de comunicação à distância para realização de contactos insistentes com o consumidor

A lei considera igualmente como prática comercial agressiva a realização de “solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro meio de comunicação à distância, excepto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual” (art. 12.º *c*)).

Neste âmbito, há que recordar que a Lei 6/99, de 27 de Janeiro, já disciplina a publicidade não solicitada permitindo ao consumidor proibir a colocação de publicidade não endereçada na sua caixa de correio (art. 3.º da Lei 6/99), assim como enviar a publicidade endereçada, depois de o consumidor ter manifestado oposição ao seu envio (art. 4.º da Lei 6/99). Já a publicidade por

telefone com utilização de mensagens automáticas de voz e a publicidade por *fax* são proibidas, a menos que o destinatário as autorize previamente (art. 5.º, n.º 1, da Lei 6/99). Em relação à publicidade telefónica com intervenção humana, o consumidor pode opor-se à mesma, inscrevendo o seu número numa lista de pessoas que não desejam receber publicidade (art. 5.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 da Lei 6/99).

Da mesma forma, no âmbito do comércio electrónico, o Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro disciplina no seu art. 22.º as comunicações não solicitadas. Este diploma exige o consentimento prévio do destinatário para o “envio de mensagens para fins de marketing directo, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico”, (art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei 7/2004), mas dispensa esse consentimento no caso das pessoas colectivas (art. 22.º, n.º 2, do Decreto-Lei 7/2004) e dos clientes com quem se tenha celebrado previamente transacções (art. 22.º, n.º 3, do Decreto-Lei 7/2004), aos quais é reconhecida, no entanto, a possibilidade de se oporem à recepção dessa publicidade (art. 22.º, n.º 4, do Decreto-Lei 7/2004).

D) Ausência de resposta ou utilização de expedientes dilatórios para recusar o cumprimento de contratos de seguro

O art. 12.º *d)* considera ainda como prática comercial agressiva “obrigar o consumidor, que pretenda solicitar indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro, a apresentar documentos que, de acordo com os critérios de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais”. Neste caso, sabendo-se da tendência de certas companhias seguradoras de deixar sem respostas ou colocar exigências documentais desproporcionadas quando os clientes pretendem accionar os contratos de seguro, o legislador decidiu expressamente tipificar esta situação como prática comercial agressiva.

E) Inclusão em anúncio publicitário de uma exortação a crianças para comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a adquirirem os bens ou serviços comercializados

No art. 12.º *e*) considera-se ainda como prática comercial agressiva “incluir em anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços comercializados”. Esta qualificação como prática comercial agressiva compreende-se, não apenas em virtude de as crianças serem especialmente influenciáveis pela publicidade, mas também à maior dificuldade dos adultos em recusar os pedidos das crianças, constituindo por isso a exortação às mesmas uma forma desleal de promover a venda dos produtos ou serviços. Deve, aliás, salientar-se que esta forma de utilização das crianças na publicidade já é expressamente proibida no art. 14.º, n.º 1, *a*) e *b*) do Código da Publicidade.

F) Exigência do pagamento ou devolução de bens ou serviços não solicitados

Uma outra prática comercial agressiva, expressamente referida no art. 12.º *f*) consiste em “exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalente”. Efectivamente, tem sido prática comum de certos comerciantes, designadamente no âmbito de livros e revistas, enviá-los sem qualquer solicitação e depois reclamar o preço ou a sua devolução, o que constitui uma forma de assédio em relação à aquisição do produto. Em ordem a reprimir esse tipo de assédio, a lei qualifica expressamente esse comportamento como prática comercial desleal.

Em ordem a proteger o consumidor contra este tipo de prática, o art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei 57/2008, estabelece que no caso de envio de bens ou serviços não encomendados ou solicitados, que não constitua o cumprimento de qualquer contrato válido, o desti-

natário desses bens ou serviços não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-los a título gratuito. A lei é expressa no sentido de que a ausência de resposta do destinatário não vale como consentimento (art. 13.º, n.º 2), estabelecendo-se ainda que, caso o destinatário decida efectuar a devolução do bem, tem direito a ser reembolsado das despesas desta decorrentes no prazo de 30 dias a contar da data em que a tenha efectuado (art. 13.º, n.º 3).

A qualificação como prática comercial desleal deixa, no entanto, de se verificar se for fornecido um bem ou um serviço de qualidade e preço equivalentes aos solicitados ao abrigo do regime dos contratos à distância. Efectivamente, o art. 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio, admite que o fornecedor possa fornecer um bem ou prestar um serviço ao consumidor de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato, de forma clara e compreensível e aquele informe por escrito o consumidor de que correm por sua conta as despesas com a devolução. Nesse caso, o consumidor já não adquire o direito de conservar os bens a título gratuito, mantendo no entanto a possibilidade de optar pelo direito de livre resolução, caso em que as despesas de devolução ficam a cargo do fornecedor (art. 9.º, n.º 5, do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio).

G) Informação ao consumidor de que a recusa de aquisição do bem ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional

Outra prática comercial agressiva prevista no art. 12.º g) é a de informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o bem ou contratar a prestação de serviço põe em causa o emprego ou a subsistência do profissional. Efectivamente, muitas vezes os consumidores vêem-se confrontados com propostas de aquisição de bens ou serviços por parte de funcionários do profissional, os quais os informam que podem perder o emprego ou não conseguir obter rendimentos necessários à sua subsistência caso

não consigam colocar os bens ou serviços que foram encarregados de comercializar. Essa informação pode colocar problemas de consciência nos consumidores, determinando-os a adquirir esses produtos ou serviços pelo receio das consequências que a sua recusa acarrete para os referidos funcionários. Trata-se por isso naturalmente de uma prática comercial agressiva e daí a sua proibição legal.

H) Transmitir a falsa impressão de que o consumidor ganhou ou pode ganhar um prémio ou uma vantagem inexistentes ou geradoras de custos

Finalmente, o art. 12.º, *h*) qualifica como prática comercial agressiva o acto de transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante a prática de um determinado acto, ganha um prémio ou outra vantagem, quando não existe qualquer prémio ou vantagem ou quando a prática de actos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo. Este tipo de comportamento constitui em bom rigor uma acção enganosa semelhante às previstas no art. 8.º. A sua qualificação como prática comercial agressiva justifica-se em virtude da pressão que institui sobre o consumidor, que é determinado à aquisição do produto em resultado da falsa convicção de ter sido beneficiado com qualquer prémio ou vantagem.

4. Meios de reacção às práticas comerciais desleais

4.1. Generalidades

As práticas comerciais desleais suscitam diversos tipos de reacção da ordem jurídica, podendo assim desencadear a aplicação de diversas sanções. A lei qualifica as práticas comerciais desleais como contra-ordenações, sendo assim sancionadas com coimas (art. 21.º). Para além disso, considera anuláveis os contratos celebrados ao abrigo dessas práticas (art. 14.º), determinando ainda que as mesmas podem constituir o infractor em responsabilidade

civil pelo prejuízo causado ao consumidor (art. 15.º). Finalmente, as práticas comerciais desleais podem determinar o recurso à acção inibitória, destinada a estabelecer a sua proibição futura (art. 16.º).

Analisemos todas estes meios de reacção.

4.2. A qualificação das práticas comerciais desleais como contra-ordenação

Nos termos do art. 21.º, n.º 1, a violação do disposto nos arts. 4.º a 12.º constitui contra-ordenação punível com coima de €250 a €3740,98, se o infractor for pessoa singular, e de €3000 a 44 891,81, se o infractor for pessoa colectiva.

De acordo com o art. 21.º, n.º 2 podem ser ainda aplicáveis, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente, as seguintes sanções acessórias:

- a) perda de objectos pertencentes ao agente;
- b) interdição do exercício de profissões ou actividades, cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública;
- c) encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa;
- d) publicidade de aplicação das coimas e das sanções acessórias a expensas do infractor.

As três primeiras sanções têm um prazo máximo de vigência de dois anos, contados a partir da data da decisão condenatória (art. 21.º, n.º 3).

A negligência é punível, sendo os limites máximos e mínimos das penas reduzíveis a metade (art. 21.º, n.º 4).

4.3. A invalidade dos contratos

O art. 14.º estabelece que os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a

pedido do consumidor, nos termos do art. 287.º do Código Civil. Desta remissão resulta que apenas o consumidor tem legitimidade para requerer a anulação do contrato, tendo para o efeito o prazo de um ano a contar da cessação do vício (art. 287.º, n.º 1, CC). Caso, no entanto, o contrato ainda não tenha sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção (art. 287.º, n.º 2, CC).

Numa solução pouco comum, a lei admite, no entanto, que o consumidor possa, em lugar da anulação, requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade (art. 14.º, n.º 2). Esta solução não consta da Directiva 2005/29/CE e é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais, as quais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em acções ou omissões enganosas ou agressivas. Dificilmente por isso a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores.

A lei estabelece ainda que, se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido (art. 14.º, n.º 3). Esta disposição contraria o regime geral da redução negocial, constante do art. 292.º CC, o qual estabelece que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada. Efectivamente, neste âmbito a invalidade parcial afecta todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução.

4.4. A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor

Dispõe o art. 15.º que o consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais. O consumidor adquire assim direito à reparação dos danos causados em resultado da prática comercial desleal. A nosso ver, no entanto, o âmbito do dano indemnizável variará consoante venha a ser ou não anulado o con-

trato ao abrigo do art. 14.º. Efectivamente, em caso de anulação, a indemnização será limitada ao interesse contratual negativo. Já se o contrato não for anulado, a parte terá o direito a que a indemnização abranja o interesse contratual positivo.

4.5. A acção inibitória

O último meio de reacção contra as práticas comerciais desleais é o recurso à acção inibitória. O art. 16.º permite a instauração da acção inibitória prevista na Lei 24/96, de 31 de Julho, a qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas. Efectivamente, o art. 10.º, n.º 1, c) da Lei 24/96, admite o recurso à acção inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, designadamente aquelas que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei. Nesse caso, a sentença proferida nessa acção pode ser acompanhada da sanção pecuniária compulsória prevista no art. 829.º-A CC, sem prejuízo da indemnização a que haja lugar (art. 10.º, n.º 2, da Lei 24/96).

