

COLABORAÇÃO ESPECIAL

DAS PRÁTICAS COMERCIAIS NO ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU: As inovações no ordenamento jurídico da União Europeia

Mário FROTA*

Sumário: TÍTULO I - DAS PRÁTICAS COMERCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA; CAP. I – PRELIMINARES: 1. A *occasio legis*; 2. Fontes; 3. Domínio de aplicação; CAP. II - DA PROMOÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS: 1. Noção e glossário complementar; 2. Protecção de crianças e adolescentes; 3. Informações a prestar; CAP. III - DA PUBLICIDADE: 1. A publicidade enganosa; 2. A publicidade comparativa; 3. A publicidade *transfronteiras*: a “televisão sem fronteiras”; TÍTULO II - DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS; CAP. I – GENERALIDADES: 1. Proibição Geral de Práticas Desleais; 2. Conceito; 3. Extensão do conceito; CAP. II - PRÁTICAS COMERCIAIS ENGANOSAS: 1. Conceito; 2. Acções enganosas; 3. Omissões enganosas; CAP. III - PRÁTICAS AGRESSIVAS: 1. Conceito; 2. Meios; 2.1. *Assédio*; 2.2 *Coacção*; 2.3 *Influência indevida*; 3. Critérios de aferição dos meios ilícitos adoptados; Bibliografia.

Resumo: Este artigo aborda as diretivas gerais sobre as práticas comerciais da união europeia contemplando em sua disciplina os métodos negociais susceptíveis de influenciar diretamente o consentimento dos consumidores em relação a produtos ou a serviços no quadro das relações jurídicas de consumo.

Abstract: This article approaches the generalities directive of commercial usage on UE contemplating in its disciplines the business methods to directly influence the assent of the consumers in relation the products or the services in the legal relationships of consumption.

Palavras-chave: relações de consumo; métodos negociais; consentimento; União Europeia.

Key-words: consumer relations; business methods; assent; UE.

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII; Director do CEDC - *Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra*; Presidente da APDC - *Associação Portuguesa de Direito do Consumo*; Presidente do Conselho de Administração do CICAP - *Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Porto*, em representação da *Câmara Municipal do Porto*; Fundador e primeiro vice-presidente da AEDEPh - *Association Européenne de Droit et Économie Pharmaceutiques* (Paris); Director da RPDC - *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*; Director da RC - *Revista do Consumidor*; Fundador e primeiro presidente da AIDC - *Associação Internacional de Direito do Consumo / Association Internationale de Droit de la Consommation*; Fundador e Presidente da Comissão de Instalação do *Centro de Estudos Ibero-Americano de Direito do Consumidor*

TÍTULO I

DAS PRÁTICAS COMERCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA

CAP. I

PRELIMINARES

1. A *occasio legis*

Pretende-se que um elevado nível de convergência se logre pela aproximação das disposições nacionais por meio da transposição da directiva e dessarte se garanta um nível extraordinário de tutela da posição jurídica dos consumidores: a proibição geral única de práticas comerciais desleais que conduzam à distorção do comportamento económico dos consumidores e a estatuição de práticas comerciais agressivas actualmente não reguladas na União Europeia vão no sentido de uma tal conclusão.

A harmonização que tende a conseguir-se neste particular “*aumentará de forma considerável a segurança jurídica tanto para os consumidores como para as empresas: avantajá-los (ambos os segmentos) “ante” um quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos, regulando todos os aspectos das práticas comerciais desleais na União Europeia*”.

Como efeito, o da supressão dos entraves resultantes da fragmentação das disposições em vigor em cada um dos Estados-membros lesivas dos interesses económicos dos consumidores e a susceptibilidade da consecução, no plano de que se trata, do mercado interno.

O Tratado de Nice, em vigor, prescreve no nº 1 e na alínea *a*) do nº 3 do artigo 153 que à União Europeia incumbe relevante papel em ordem ao asseguramento de um elevado nível de protecção dos consumidores¹.

O *mercado* interno espraia-se por um espaço sem fronteiras internas (*barreiras físicas, fiscais, aduaneiras, técnicas*), o que propicia a livre circulação de pessoas, capitais, produtos, serviços e em que a liberdade de estabelecimento é assegurada, em princípio, sem restrições.

As práticas comerciais em um espaço desprovido de fronteiras internas e seu desenvolvimento, como *preambularmente* se define na Directiva ora vinda a lume em tema de “*Práticas Comerciais Desleais*”, “*é essencial para a promoção do desenvolvimento das actividades sem fronteiras*”.

¹ É do teor seguinte a moldura do artigo 153 do Tratado de Nice, em vigor: “A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.”

Assinaláveis diferenças se deparam a um qualquer observador e o fenómeno é em si susceptível de provocar sensíveis distorções no plano da concorrência interempresarial e de criar obstáculos ao regular funcionamento do mercado interno.

A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, que rege no domínio da *publicidade enganosa e comparativa*, estabelece critérios mínimos em ordem à harmonização da legislação dos Estados-membros.

Não obsta, porém, à vigência em cada um dos países de normativos que garantam uma mais ampla tutela dos consumidores.

Donde, as divergências acentuadas que ocorrem de legislação em legislação em cada um dos 25 Estados-membros.

Tais divergências revelam-se particularmente nocivas à ideia de mercado interno, geram incertezas em termos normativos e criam entraves que afectam empresas e consumidores: às empresas já que agravam encargos, em particular quando desenvolvem *estratégias mercadológicas*, efectuam *campanhas publicitárias* ou desencadeiam *promoções* em distintos países ou regiões no âmbito do mercado interno; aos consumidores já que *provocam incertezas* no tocante aos direitos e comprometem a sua *confiança* no mercado.

No preâmbulo se realça que os obstáculos à *livre circulação* mister será eliminá-los².

O que a directiva visa é aproximar as legislações dos Estados-membros no que tange às *práticas comerciais desleais*.

E no propósito que se enuncia se inclui a *publicidade* desleal, noção que surge pela vez primeira no congenho dos normativos europeus. *Publicidade desleal* susceptível, como é, de prejudicar directamente os interesses económicos dos consumidores e, indirectamente, interesses de análogo jaez de concorrentes legítimos.

No preâmbulo se invoca com ênfase que seria desejável que as práticas comerciais enganosas abrangessem aque-

² O nº 5 do preâmbulo da Directiva em apreciação revela um tal propósito, a saber, “*Na ausência de regras uniformes à escala comunitária, os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento podem justificar-se à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, desde que pretendam proteger objectivos de reconhecido interesse público e sejam proporcionais aos mesmos. Tendo em conta os objectivos comunitários, nos termos das disposições do Tratado e do direito comunitário derivado relativas à livre circulação e em conformidade com a política da Comissão em matéria de comunicações comerciais tal como indicado na Comunicação da Comissão “Seguimento do Livro Verde sobre a Comunicação Comercial no Mercado Interno”, esses obstáculos devem ser eliminados. Tais obstáculos só podem ser eliminados através da introdução de regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado de protecção dos consumidores e da clarificação de determinados conceitos legais, também ao nível comunitário, na medida em que tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica.*”

las práticas, incluindo a publicidade enganosa, que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efectuar uma escolha esclarecida e, deste modo, eficiente. Em conformidade com a legislação e a prática de Estados-membros sobre a publicidade enganosa, a presente directiva classifica as práticas enganosas como acções enganosas e omissões enganosas. Em relação às omissões, a presente directiva estabelece um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão de transacção esclarecida. Tal informação não terá de ser comunicada em toda a publicidade, mas apenas quando o profissional efectue um “convite a contratar”, conceito que é claramente definido nesta directiva. A abordagem de harmonização plena definida na presente directiva não obsta a que os Estados-membros 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. A presente directiva não pretende restringir a escolha do consumidor mediante a proibição da 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. A presente directiva não prejudica o direito comunitário em vigor que atribui expressamente aos Estados-membros a competência para escolherem entre diversas opções regulamentares para a protecção dos consumidores no domínio das práticas comerciais. Em especial, a presente directiva não prejudica o n.º 3 do artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002³, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

2. Fontes

Fonte de onde promana directamente a disciplina é a Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio⁴.

A Directiva 2005/29/CE altera a Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro, que regula a publicidade enganosa (e visa aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em um tal domínio).

E ainda a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, que regra os *contratos à distância em geral*.

³ Eis os seus termos: “Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que, por forma gratuita, não sejam permitidas comunicações não solicitadas para fins de comercialização directa em casos diferentes dos referidos nos n.os 1 e 2 sem o consentimento dos assinantes em questão ou que digam respeito a assinantes que não desejam receber essas comunicações, sendo a escolha entre estas opções determinada pela legislação nacional.”

⁴ JOCE L 149, de 11 de Junho de 2005.

E, de análogo modo, a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que disciplina os *contratos à distância* em um segmento particular – o dos *serviços financeiros*.

De assinalar que a Directiva 84/450/CEE, de 10 de Setembro, foi objecto de alterações pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, de molde a permitir, em dados termos, a *publicidade comparativa*, até então vedada ou ignorada normativamente no seio da Comunidade Europeia.

Incidência neste particular da disciplina da Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, que dispõe acerca do *tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas*.

A Directiva que constitui fonte primacial neste domínio tende a espargir os seus reflexos na Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio, no particular das acções inibitórias *transfronteiras*, como via de afirmação de tutela jurisdicional dos direitos do consumidor no *mercado interno* e meio de não denegação de justiça nesse amplo espaço transnacional, sempre que em causa tais direitos.

E interfere, razão por que *a* altera, na *essência* do Regulamento (CE) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro de 2004, que provê à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor (“*regulamento relativo à cooperação em matéria de defesa do consumidor*”).

As disciplinas do acervo da União Europeia que beneficiam do influxo da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio, poder-se-ão, pois, enunciar como segue:

- Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio - *contratos à distância*.
- Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990 - *viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados*.
- Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994 - *contratos de aquisição de direitos de utilização a tempo parcial de bens imóveis, vulgo, time-sharing*.
- Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 – *indicação de preços dos produtos oferecidos aos consumidores*.
- Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001 – *Código Comunitário dos Medicamentos para uso*

humano.

- Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 - *serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno* (“*Directiva do comércio electrónico*”).
- Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, alteração da Directiva 87/102/CEE do Conselho - *contratos de crédito ao consumo.*

3. Domínio de aplicação

A disciplina ora definida contempla os métodos negociais susceptíveis de influenciar directamente o *consentimento dos consumidores* em relação a produtos (ou a serviços) no quadro das relações jurídicas de consumo.

A directiva não se aplica a práticas negociais que visem objectivos outros, nomeadamente as *comunicações comerciais* dirigidas a investidores, tais como os relatórios anuais e a literatura de promoção das empresas.

A directiva não se aplica ainda aos requisitos legais do *bom gosto* e da *decência* que, como se acentua no preâmbulo do instrumento de que se trata, variam amplamente de um Estado-membro para outro.

Aí se realça que práticas como a abordagem de rua para efeitos comerciais, podem – por razões culturais – ser indesejáveis – *e são-no*, quantas vezes! - em determinados Estados-membros.

E que, em tal medida, os ordenamentos jurídicos nacionais poderão vedar por razões de *bom gosto* e de *decência* uma tal *praxis*, ainda que eventual ou hipoteticamente não restrinjam a liberdade de consentimento dos consumidores.

A directiva protege directamente os interesses económicos do *consumidor* ante as *práticas negociais* qualificadas como *desleais*: e indirectamente os interesses legítimos das *empresas* ante a concorrência desleal que de tais práticas pode naturalmente emergir.

Práticas há que, ainda que não prejudiquem os consumidores, se revelam susceptíveis de causar dano ou prejuízo aos concorrentes.

A Comissão Europeia é convocada a “*ponderar cuidadosamente a necessidade de acções comunitárias no domínio da concorrência desleal...*” [cumprindo-lhe preparar uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos (no âmbito de que se trata)].

A disciplina que ora se define não colide nem prejudica o regime do *direito dos contratos* definido na União, como em qualquer dos Estados-membros,

tão pouco os direitos de *propriedade intelectual*, as normas em sede de *saúde*, de *segurança* dos produtos, condições de *estabelecimento* e regimes de *licenciamento* e *alvará*, mormente as que, em conformidade com a legislação europeia, se referem a jogos de *fortuna* e *azar*, *concorrência* e às disposições nacionais que as aplicam.

Aplica-se às práticas comerciais desleais que relevam do estrito domínio do direito do consumo (*vale dizer*, das empresas no seu enlaçamento com os consumidores, enquanto tal).

A disciplina que ora se conforma não prejudica as normas que regem a *formação*, a *validade* e a *eficácia* dos contratos.

Não prejudica as *normas* ou os *códigos de conduta* que regulam os estratos profissionais, quaisquer que sejam.

Nem sequer se aplica às disposições inerentes à *certificação* e indicação dos *padrões de pureza* de artefactos de metais preciosos.

De harmonia com o que se prescreve nas disposições preambulares,

- a directiva de que se cura só se aplica quando não existam disposições de direito da União Europeia que regulem aspectos específicos das práticas comerciais desleais, tais como *requisitos de fundo* em matéria de consentimento (v.g., em matéria de *esclarecimento* e da forma como as *menções obrigatórias* devem ser reveladas ou apresentadas ao consumidor).

O instrumento de que se trata assegura a protecção dos consumidores nos casos em que não exista legislação sectorial específica no âmbito do direito europeu e veda aos profissionais se crie uma falsa imagem da natureza dos produtos em circulação no mercado.

Tal aspecto assume particular importância em hipóteses, como as de produtos complexos susceptíveis de comportar riscos elevados para os consumidores, tais como os ligados ao específico domínio dos *serviços* financeiros.

A directiva em análise completa, pois, o acervo legislativo europeu aplicável às *práticas comerciais* lesivas dos interesses económicos dos consumidores.

Sempre que os dispositivos emanados das instâncias legiferantes da União Europeia impuserem requisitos essenciais de informação alusivos às comunicações comerciais, à publicidade e às estratégias mercadológicas, *vulgo*, *marketing*, tais elementos serão considerados *substanciais* na aceção da directiva em apreção.

Os Estados-membros poderão manter ou aditar requisitos essenciais de informação se tal for consentido pelas cláusulas mínimas previstas nos instrumentos de direito europeu de que se trata.

Sempre que os Estados-membros introduzam requisitos de informação que excedam o que a legislação europeia prevê, com base nas cláusulas mínimas, a omissão de tais informações adicionais não cabe na noção de omissão enganosa na aceção que neste particular se retém.

No entanto, os Estados-membros poderão manter ou introduzir disposições *mais restritivas* conformes com o direito comunitário para assegurar um nível mais elevado de protecção dos direitos contratuais individuais dos consumidores.

A disciplina que quadra à directiva em exame estender-se-á a domínios outros abrangidos por distintos instrumentos, a saber, pelas directivas que estabelecem regras no quadro da *comunicação comercial* e, de entre este, o da *publicidade*, como se define no seu anexo II:

- Contratos à distância em geral⁵
- *Viagens organizadas*⁶
- Direitos de habitação periódica ou turística⁷
- *Transparência dos preços*⁸
- Código comunitário de medicamentos para uso humano⁹
- *Comércio electrónico*¹⁰
- Crédito ao consumo¹¹
- *Serviços financeiros à distância*¹²
- Investimento colectivo em valores imobiliários¹³
- *Mediação de seguros*¹⁴
- Seguros de vida¹⁵
- *Mercados de instrumentos financeiros*¹⁶

⁵ Directiva 97/7/CE, de 20 de Maio de 1997 (JO L 144, de 4 de Junho de 1997) – art.ºs 4º e 5º.

⁶ Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junho de 1990 (JO L 158, de 23 de Junho de 1990) – art.º 3º.

⁷ Directiva 94/47/CE, de 26 de Outubro de 1994 (JO L 280, de 29 de Outubro de 1994) – art.º 3º n.º 3.

⁸ Directiva 98/6/CE, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 80, de 18 de Março de 1998) – art.º 3º n.º 4.

⁹ Directiva 2001/83/CE, de 6 de Novembro de 2001 (JO L 311, de 28 de Novembro de 2001) – art.ºs 86 a 100 (última redacção dada pela Directiva 2004/27/CE – JO L 136, de 30 de Abril de 2004).

¹⁰ Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000 (JO L 178, de 17 de Julho de 2000) – art.ºs 5º e 6º.

¹¹ Directiva 98/7/CE, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, de 1 de Abril de 1998) – art.º 1º D.

¹² Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002 (JO L 271, de 9 de Outubro de 2002) – art.ºs 3º e 4º.

¹³ Directiva 2001/107/CE, de 21 de Janeiro de 2002, que altera a Directiva 85/611/CEE (JO L 41, de 13 de Fevereiro de 2002) – art.º 1º n.º 9.

¹⁴ Directiva 2002/92/CE, de 9 de Dezembro de 2002 (JO L 9, de 15 de Janeiro de 2003) – art.ºs 12 e 13.

¹⁵ Directiva 2002/83/CE, de 5 de Novembro de 2002 (JO L 345, de 19 de Dezembro de 2002), alterada pela Directiva 2004/66/CE (JO L 168, de 1 de Maio de 2004) – art.º 36.

¹⁶ Directiva 2004/39/CE, de 21 de Abril de 2004 (JO L 145, de 30 de Abril de 2004) – art.º 19.

- Seguro directo não vida¹⁷
- *Prospecto em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação*¹⁸.

CAP. II

DA PROMOÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS

1. Noção e glossário complementar

Perfilar-se-ão neste particular as *noções essenciais*, estruturantes do sentido e alcance da disciplina que se compendia no instrumento de que se trata.

1.1 Práticas comerciais

Por práticas comerciais das empresas, na acepção presente, se concebe qualquer *acção, omissão, conduta ou afirmação* e as *comunicações comerciais*, incluindo a publicidade e as estratégias mercadológicas (vulgo, *marketing*) de um profissional, tendentes à promoção ou ao fornecimento de um produto ao consumidor (em que a *venda* assume naturalmente primacial destaque).

Profissional é qualquer pessoa singular ou uma sociedade mercantil, seja qual for a forma adoptada que, no que às práticas comerciais se reporta, actue no âmbito da sua actividade industrial, comercial, profissional ou artesanal e quem – em nome e por sua conta – actue no mercado.

Consumidor é, como se vem grafando uniformemente, qualquer pessoa singular que, no domínio das práticas comerciais inscritas no âmbito da directiva, actue com fins que se não integrem, insiram ou incluam no quadro da sua actividade industrial, comercial, profissional ou artesanal.

Produto é, para efeitos do instrumento legislativo ora em foco, qualquer bem ou serviço, incluindo imóveis, direitos e obrigações.

Profissão regulamentada é a actividade ou o complexo 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.

Por diligência profissional se concebe o “*padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em*

¹⁷ Directiva 92/49/CEE, de 18 de Junho de 1992 (JO L 228, de 11 de Agosto de 1992), com a redacção dada pela Directiva 2002/87/CE (JO L 35, de 11 de Fevereiro de 2003) – artº.s 31 e 43.

¹⁸ Directiva 2003/71/CE, de 4 de Novembro de 2003 (JO L 345, de 31 de Dezembro de 2003) – artº.s 5º, 7º e 8º.

relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional”.

Prática de mercado honesta é a que é conforme à *honestidade*.

Segundo a Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, Editorial Enciclopédia, Limitada, Lisboa / Rio de Janeiro, “*honestidade, s.f., é qualidade do que é conforme à virtude, à probidade, à honra, integridade...*”

“*Honesto*” é *adjectivo* que significa “*que é conforme à lei moral, à honra, probo, íntegro, honrado: pessoas honestas, pensamentos, intenções honestas... sério, digno, virtuoso, casto, decente, pudico, modesto, puro...*”

Práticas comerciais honestas serão, por conseguinte, as susceptíveis de se aferir pelos códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade.

Princípio geral da boa fé, na óptica da empresa será, afinal, qualquer das vertentes subjectiva e objectiva em que uma tal cláusula geral se analisa, consoante o que os textos consagram.

A boa fé *subjectiva* traduz-se, afinal,

- no objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.

A boa fé *objectiva* consiste em:

- a 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 outros elementos atendíveis.

Os códigos *éticos* e *deontológicos* terão de ser considerados nos critérios de avaliação, conquanto a directiva, na disciplina que impõe, não prejudique o que prescrevem tais normativos ou outras específicas disposições que rejam os mesteres regulamentados destinadas a preservar elevados padrões de integridade dos profissionais a elas submetidos.

Código de conduta é, por seu turno, o acordo ou o complexo de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um qualquer Estado-membro que define o comportamento de profissionais que se adscrevem ao seu cumprimento no que tange a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividades específicas.

Titular de um código é qualquer entidade, em que se incluem profissionais individualmente considerados ou em grupo, responsável pela elaboração e a revisão de um código de conduta e/ou o controlo do cumprimento do código pelos que aos seus termos se adscrevem e vinculam.

As práticas comerciais desleais revelam uma aptidão particular susceptível de obnubilar o consentimento esclarecido do consumidor, como um dos *requisitos de fundo* dos negócios jurídicos em concepção hodierna, por contraposição à tradicional que ancorava os seus termos na *perfeição e liberdade* tão só.

Ao invés, a concepção doutrinal e legal ora em vigor permite fazer crescer ao binómio tradicional *perfeição e liberdade*, o *esclarecimento* e a *ponderação* (numa pluralidade de concretas situações de facto).

Ao conceituar-se o “*distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores*” logra-se, em termos de sentido e alcance, a *adoção 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 (expressão de uma dureza considerável), *dir-se-ia antes*, uma *decisão negocial* que de outro modo não teria tomado.

Ora, a directiva também conceitua “*decisão de transacção*” como “*a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir*”.

1.2 Promoções

A proposta de Regulamento subordinada ao tema “*promoções de vendas no mercado interno*”¹⁹, no dispositivo atinente às definições, serve um sem número de conceitos, o primeiro dos quais é o de comunicação comercial, a saber,

qualquer forma de comunicação concebida para promover, directa ou indirectamente, os produtos, os serviços ou a imagem de uma empresa, uma organização ou um indivíduo que desenvolva uma actividade comercial, industrial ou artesanal ou que exerça uma profissão regulamentada. Não constituem comunicações comerciais:

- as informações que permitam um acesso directo à actividade da empresa, da organização ou do indivíduo, nomeadamente um nome de domínio ou endereço de correio electrónico; e
- as comunicações relativas aos produtos, serviços ou à imagem da empresa, da organização ou do indivíduo compiladas de forma independente, particularmente quando essa compilação for desprovida de considerações financeiras”

No que tange à promoção de vendas, o conceito recortado é o de “um desconto, uma oferta gratuita, um brinde ou uma oportunidade de participar em

¹⁹ COM (2002) 546 final – 2001/0227 (COD), de 2 de Outubro de 2001.

um concurso ou jogo promocional”.

Promotor é, por seu turno, o utilizador de uma promoção de vendas, ou seja, a empresa, organização ou pessoa em nome de quem uma promoção de vendas é empreendida.

Desconto é a oferta temporária de

- *uma* redução de preço
- *uma* quantidade adicional do mesmo produto ou serviço adquirido que é oferecida sem qualquer custo adicional para o comprador
- *um* cupão ou *voucher* que permite ao comprador de um produto ou serviço obter uma redução no preço de um produto ou serviço idêntico numa compra posterior.

Oferta gratuita, de harmonia com o recorte que do conceito se traça, a oferta temporária do fornecimento ou prestação gratuito de um produto ou serviço sem obrigação de compra de um bem análogo ou do tipo de que se trata.

Brinde é a oferta temporária do fornecimento ou prestação de um produto ou serviço de tipo não idêntico ao produto com o qual é oferecido para compra.

Importa ainda deixar consignados os conceitos de concurso e jogo promocionais.

Concurso promocional consiste na oferta temporária para participar em um concurso susceptível de se sujeitar à obrigação de compra prévia de produto ou serviço, no qual o vencedor é determinado principalmente pela sua capacidade.

Jogo promocional é, por seu turno, a oferta temporária para participar num jogo no qual o vencedor é determinado principalmente pelo acaso, não sendo exigido qualquer pagamento para participar e no qual a participação pode estar sujeita a uma obrigação de compra prévia.

Tais jogos promocionais não poderão incluir actividades relacionadas com jogos a dinheiro, que implicam uma aposta com valor monetário em jogos de *fortuna* e *azar*, em que figuram lotarias e outras modalidades que envolvam apostas.

Ponto é saber se nas promoções se englobam as acções que por base têm estratégias mercadológicas determinadas. Ou, por outras palavras, se as acções de *marketing* directo aí se inserem.

Afigura-se-nos que a resposta terá de ser afirmativa, a despeito dos matices evidenciados aqui e além.

Poder-se-ia significar que o marketing mais não é do que o sentido co-

mercial erigido em método pelos imperativos da produção em massa. À escala industrial a astúcia e artifício perdem a sua exclusividade.

(...) [o *marketing*] designa a função comercial moderna fundada sobre o conhecimento do mercado, exercida na base de esquemas previsionais, conduzida de modo dinâmico em direcção a objectivos ambiciosos, programada ao combinar meios de acção escolhidos e coordenados e controlada segundo procedimentos rigorosos²⁰.

Outros, condensando, oferecem uma noção decerto incompleta, mas incisiva.

O marketing é uma série de técnicas, a que subjaz um estado de espírito particular, que visam a satisfazer, nas melhores condições psicológicas para a massa de consumidores, e financeiras para o distribuidor, necessidades naturais ou suscitadas²¹.

2. Protecção de crianças e adolescentes

A Proposta de Regulamento atinente às promoções de vendas no mercado interno, na exposição de motivos que lhe subjaz, e na rubrica “*protecção de crianças e menores*” – Comunicação 2001/02227 (COD) – COM (2001) 546 final, de 2 de Outubro de 2001 – revelam-se aspectos interessantes que importa registar.

A avaliação a que se precedeu revelou um específico risco no domínio de dados pessoais reclamados às crianças para a participação em concursos ou jogos promocionais.

As crianças nem sequer se dão conta, em geral, da relevância dos dados e do seu aproveitamento em vista de distintas estratégias mercadológicas.

Dá que importe, como se assinala, despertar as crianças para o fenómeno, provocando o consentimento dos progenitores, tutores ou curadores.

E que se não olvide que uma tal participação não é *graciosa*, antes condicionada pela comunicação dos dados (e, naturalmente, dos que aos familiares próximos respeitem).

Para tanto, mister será que se adoptem adequadas medidas “*para se evitar que se abuse da sua reduzida capacidade de discernimento*”.

O que imporá, no espaço europeu, se harmonizem as disposições específicas em matéria de transparência na promoção de vendas dirigida a crianças.

²⁰ Marcel VIDAL, *Publicité et Gestion*, Dunod, Paris, 1971.

²¹ Armand DAYAN, PUF, Paris, 7^{ème} édition, 1991, p. 6.

Restrições relativas a promoções de vendas dirigidas a crianças não acompanhadas.

Os estudos a que se procedeu revelaram que a incidência em grupos do estilo - entrega directa a crianças não acompanhadas de amostras grátis susceptíveis de prejudicar a sua saúde - eram proporcionais à desprotecção havida.

O que implicará, ao que se assevera, harmonização a nível europeu.

No que em particular se refere aos menores, realce para o que se encerra no Código da Publicidade vigente em Portugal que, no seu artigo 14²² previne, restringindo o conteúdo das mensagens, a publicidade dirigida a estratos infanto-juvenis, na esteira, de resto, da Directiva do Conselho de 3 de Outubro de 1989 – 89/552/CEE:

- 1- A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de:
 - a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
 - b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
 - c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
 - d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.
- 2- Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado.

E, na realidade, o Parlamento Europeu entendeu proceder a ajustes e no capítulo *“exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais”*, ter-se-á especificado que *“é, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em quaisquer circunstâncias uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade*

²² Cfr. o artigo 16º da Directiva Televisão Sem Fronteiras – Directiva 89/552/CEE, do Conselho, de 27 de Outubro de 1989, que reza o seguinte: “1. A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a protecção desses mesmos menores: - Não deve incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço; - Não deve incitar directamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão; - Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas; - Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.” 2. A televida deve obedecer às exigências a que se refere o nº 1 e, além disso, não deve incitar os menores a firmarem contratos de venda ou aluguer de bens e serviços.”

dirigida a crianças, as proteja de exortações directas à aquisição”.

Ora, um tal ditame já figura, aliás, sem sucesso, no texto que entre nós vigora.

Ponto é saber se entre a inépcia revelada pelas autoridades públicas susceptível de conduzir à impunidade e à publicidade dirigida aos menores sem restrições nem reservas e a inexistência institucional de educação e de formação para o consumo, não seria viável e adequado seguir o exemplo sueco e proibir sem *apelo nem agravo* a publicidade a menores de 12 anos.

Nem sequer se nos afigura uma medida radical: publicidade *é hoje* por *hoje* sujeição, sedução sem limites, via para a obesidade infanto-juvenil...

3. Informações a prestar na comunicação comercial:

- indicação do desconto, oferta gratuita, brinde, concurso promocional ou jogo promocional;

- preço (*incluindo impostos*) do produto ou serviço promovido e quaisquer custos adicionais associados a transportes, entrega ou porte;

- identidade do promotor;

- duração da oferta, compreendendo as datas de início e de fim; e

- nos casos em que a oferta estiver sujeita a condições, indicação do local onde essas condições ou qualquer outra informação podem ser obtidas.

mediante pedido, não dependentes da compra do produto ou serviço em promoção:

- o nome e o endereço geográfico do promotor;

- as condições relevantes para a promoção de vendas.

Descontos

Informações a fornecer na comunicação comercial:

- o montante exacto do desconto, representado percentualmente ou como custo unitário; e

- uma indicação de uma venda abaixo do custo.

Informações a disponibilizar, mediante pedido, não dependentes da compra do produto ou serviço em promoção:

- quaisquer condições ou restrições aplicáveis ao desconto; e

- o preço anterior do produto ou serviço promovido e o período (incluindo datas) durante o qual foi aplicado.

Informações a fornecer num cupão ou voucher:

- o valor em dinheiro do cupão ou *voucher*;
- quaisquer restrições à sua utilização, incluindo o prazo de validade; e
- os produtos ou serviços contra os quais o cupão ou *voucher* pode ser trocado.

Informações a disponibilizar, mediante pedido, por um fabricante ou prestador de serviços a quem tenham sido adquiridos produtos ou serviços:

- informações relativas a uma venda abaixo do custo, em conformidade com acordos contratuais prévios.

Ofertas gratuitas e brindes

Informações a fornecer na comunicação comercial:

- o valor real da oferta gratuita ou brinde; e
- quaisquer custos associados à obtenção da oferta gratuita ou brinde.

Informações a disponibilizar, mediante pedido, não dependentes da compra do produto ou serviço em promoção:

- quaisquer condições ou restrições aplicáveis à oferta gratuita ou brinde.

Concursos promocionais e jogos promocionais

Informações a fornecer na comunicação comercial:

- valor e natureza do prémio;
- data-limite para a recepção de candidaturas;
- quaisquer restrições geográficas ou pessoais, como localização ou idade;
- quaisquer exigências de apresentação de prova de compra;
- necessidade de obter a autorização de um adulto ou empregador para participar;
- quaisquer custos associados à participação no concurso promocional ou jogo promocional, para além da compra do produto ou serviço em promoção, e
- no caso de um jogo promocional, as possibilidades reais ou estimadas de ganhar prémios.

Informações a disponibilizar, mediante pedido, não dependentes da compra do produto ou serviço em promoção:

- quaisquer condições aplicáveis ao concurso ou jogo promocional, incluindo quaisquer restrições às candidaturas ou prémios;
- o número de prémios que pode ser ganho e o número de prémios de qualquer tipo, se estiver em jogo mais do que um tipo de prémio;
- as regras de participação e de atribuição dos prémios;
- se há possibilidade de substituir os prémios por dinheiro;
- os critérios de avaliação das candidaturas;
- o processo de selecção para a atribuição dos prémios e a composição do júri, se a selecção for efectuada desta forma;
- a data dos resultados e a forma pela qual serão anunciados;
- os meios pelos quais os prémios podem ser entregues ou levantados e quaisquer custos associados;
- o prazo para o levantamento dos prémios;
- quaisquer intenções de utilizar os vencedores em publicidade posterior e respectivas condições; e
- recolha de dados relativos às candidaturas que ganharam prémios sujeita ao consentimento dos vencedores e regras em matéria de protecção de dados.

CAP. III

DA PUBLICIDADE

1. A publicidade enganosa

A Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, que regra a *publicidade enganosa e comparativa*²³, estabeleceu *critérios* tendentes a uma *harmonização mínima* das legislações neste domínio. O facto *em si* não impediu a preservação ou a introdução pelos Estados-membros, nos seus ordenamentos jurídicos, de normas susceptíveis de assegurar aos consumidores uma protecção mais ampla, rasgada ou dilatada.

²³ Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 250, de 19 de Setembro de 1984, pág. 17. A Directiva fora, entretanto, modificada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (JOCE 290, de 23 de Outubro de 1997, pág. 18).

A Directiva conceitua *publicidade enganosa* como “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 afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”.

No que em particular se refere ao conceito, os critérios em ordem à sua definição estabelece-os a directiva.

Compendiam-se como segue:

Para determinar se uma qualquer mensagem é enganosa, deve ter-se em conta os seus elementos e, nomeadamente, as indicações que respeitem:

. às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços;

. ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;

. à natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.

De análogo modo, o Código da Publicidade vigente em Portugal prescreve *concordantemente*, no seu artigo 11, em decorrência *do princípio da licitude*, o que em rodapé figura²⁴”

²⁴ 1 - É proibida toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico, ou que possa prejudicar um concorrente. - 2 - Para se determinar se uma mensagem é enganosa devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, resultados que podem ser esperados da utilização ou ainda resultados e características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias. 3 - Considera-se, igualmente, publicidade enganosa, para efeitos do disposto no n.º 1, a mensagem que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induza ou seja susceptível de induzir em erro o seu destinatário ao favorecer a ideia de que determinado prémio, oferta ou promoção lhe será concedido, independentemente de qualquer contrapartida económica, sorteio ou necessidade de efectuar qualquer encomenda. 4 - Nos casos previstos nos números anteriores, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas de exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade. 5 - Os dados referidos nos números anteriores presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.”

As alterações, entretanto produzidas pela Directiva ora em apreciação – a 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005 –, compendiam-se em um sem número de dispositivos, a saber:

- o âmbito de aplicação volta-se na protecção dos profissionais contra a publicidade enganosa e suas consequências desleais.

- a publicidade comparativa passa a obedecer a prescrições do teor seguinte, plasmados no artigo 3º A:

às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços.

- E no que tange aos meios tendentes a reprimir a publicidade enganosa, realce para a redacção com que o artigo 4º, em decorrência das alterações introduzidas, ora se traja:

1. Os Estados-membros velarão por que existam meios adequados e eficazes para controlar a publicidade enganosa no interesse dos consumidores bem como dos concorrentes e do público em geral.

Estes meios devem incluir disposições jurídicas segundo as quais as pessoas ou organizações que tenham, segundo a legislação nacional, um interesse legítimo na proibição da publicidade enganosa possam:

- a) intentar uma acção judicial contra esta publicidade e/ou

- b) apresentar esta publicidade a um órgão administrativo competente, seja para decidir sobre as queixas, seja para dar início aos procedimentos judiciais adequados.

Compete a cada Estado-membro decidir a qual destas vias se deve recorrer e se convém que o tribunal ou órgão administrativo tenha poderes para exigir um recurso prévio a outras vias estabelecidas para o seguimento a dar às queixas, incluindo as referidas no artigo 5º.

2. No âmbito das disposições jurídicas referidas no nº 1, os Estados-membros conferirão aos tribunais ou aos órgãos administrativos as competências que os habilitem, no caso em que estes considerem que estas medidas são necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo e, nomeadamente, o interesse geral:

- a ordenar a cessação duma publicidade enganosa ou a dar início aos procedimentos adequados com vista a fazer cessar esta publicidade, ou

- a proibir tal publicidade ou dar início aos procedimentos adequados com vista a ordenar a proibição da publicidade enganosa quando ela não foi ainda levada ao conhecimento do público, mas quando a sua publicação está iminente;

- mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do anunciador.

Os Estados-membros prevêem, por outro lado, que as medidas referidas no primeiro parágrafo possam ser tomadas no âmbito de um processo acelerado:

- seja com efeito provisório,

- seja com efeito definitivo;

entendendo-se que compete a cada Estado-membro determinar qual destas duas opções será estabelecida.

Além disso, os Estados-membros podem conferir aos tribunais ou aos órgãos administrativos as competências que os habilitem, tendo em vista eliminar os efeitos persistentes de uma publicidade enganosa cuja cessação tenha sido ordenada por uma decisão definitiva:

- a exigir a publicação desta decisão no todo ou em parte e da forma que considerem adequada;

- a exigir, além disso, a publicação de um comunicado rectificativo.

3. Os órgãos administrativos referidos no nº 1 devem:

a) ser compostos de forma a que não seja posta em causa a sua imparcialidade;

b) ter poderes adequados que lhes permitam fiscalizar e impor de forma eficaz a observação das suas decisões quando decidirem sobre as queixas;

c) em princípio, fundamentar as suas decisões.

Quando as competências referidas no nº 2 forem exercidas unicamente por um órgão administrativo, as decisões devem ser sempre fundamentadas. Além disso, neste caso, devem ser previstos procedimentos pelos quais o exercício impróprio ou injustificado dos poderes do órgão administrativo ou o não exercício impróprio ou injustificado dos mesmos poderes possam ser objecto dum recurso judicial”

E, em consonância com o que precede, o nº 1 do artigo 7º da directiva da publicidade passa a prescrever que “... não prejudica a manutenção ou adopção pelos Estados-membros de disposições que assegurem uma protecção mais am-

pla dos profissionais e dos concorrentes em matéria de publicidade enganosa.”

2. Da publicidade comparativa

A *publicidade comparativa* passou a figurar como lícita em 1997, após interminável debate em que se acentuaram as divisões entre os juristas europeus e os *jusconsumeristas* em particular.

A *publicidade comparativa* comporta, porém, limitações como as que se enunciam no passo a seguir:

- Não ser enganosa
- Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos
- Comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço
- Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente
- Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente
- Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação
- Não retirar partido indevido da notoriedade de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes
- Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida

Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada.

3. O marketing directo

As *estratégias mercadológicas* que se empreendam de modo directo e imediato subsumem-se, em geral, às regras da publicidade.

No que tange aos contratos à distância em geral e aos dos serviços financeiros, regem os dispositivos particulares que se lhes referem directamente²⁵.

No que tange às informações a que se acham adstritos os anunciantes ou terceiros, registem-se as regras que emanam do artigo 6º da Directiva dos Serviços Financeiros à Distância:

Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação respeitem as condições seguintes:

- a) A comunicação comercial deve ser claramente identificável como tal;
- b) A pessoa singular ou colectiva por conta de quem a comunicação comercial é feita deve ser claramente identificável;
- c) Quando autorizadas pelo Estado-membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, serão claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca;
- d) Quando autorizados pelo Estado-membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, os concursos ou jogos promocionais devem ser claramente identificáveis como tal e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca.

No que se prende com o *SPAM* – as *comunicações comerciais não solicitadas* -, referência explícita à subsequente disposição, que reza o seguinte:

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território assegurarão que essa comunicação comercial seja identificada como tal, de forma clara e inequívoca, a partir do momento em que é recebida pelo destinatário.

2. Sem prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa (“opt-out”) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.”

²⁵ Directiva 97/7/CE, de 20 de Maio de 1997, que disciplina os contratos à distância; Directiva 2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, que visa a regular as comunicações comerciais nos serviços financeiros à distância; Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, que se reporta à disciplina da reserva da intimidade da vida privada.

TÍTULO II
DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS
CAP. I
GENERALIDADES

1. Proibição geral de práticas desleais

A proibição geral - que na directiva se estabelece - abrange as *práticas comerciais desleais* susceptíveis de distorcer o comportamento económico do consumidor.

A proibição geral é comum e única.

Comum porque atravessa transversalmente os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, impondo-lhes *injuntiva e uniformemente* a sua observância.

Única porque não podem os Estados-membros (já que se trata de directiva que visa a uma *plena harmonização* da disciplina jurídica neste particular) diminuir ou precluir a *validade e eficácia* das normas nela plasmadas.

De molde a reforçar a confiança dos consumidores, a proibição geral neste passo consignada aplicar-se-á tanto nos *preliminares*, como na *formação*, como ainda na sequência da celebração do contrato, vale dizer, no *curso* da relação negocial.

A directiva repousa sobre a hipótese de que as práticas comerciais são leais, salvo prova em contrário. Pese embora a configuração das que se têm por *desleais* e cuja moldura se capta do elenco típico constante dos apêndices do instrumento normativo europeu em apreciação.

Técnicas de marketing inovadoras não podem ser postas em causa, a não ser que atinjam os interesses económicos dos consumidores. E não serão havidas como desleais pelo facto da sua *novidade* e/ou mercê de uma ausência de domínio dos seus termos.

Uma *prática desleal* é manifestação que não atinge o grau habitual de diligência que se esperaria do profissional e que é susceptível de alterar de modo substancial a aptidão do consumidor médio para tomar uma decisão (*de se obrigar*) com pleno conhecimento de causa.

Registe-se, porém, que para se apreenderem impõe-se a sua recondução às listas que em anexo figuram, já que não são meramente indicativas e, além do mais, têm-se como insusceptíveis de alteração por si só pelos Estados-membros.

Daí que o *considerandum* 17 estabeleça:

É desejável que essas práticas comerciais consideradas desleais em quais-

quer circunstâncias sejam identificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por conseguinte, o Anexo I contém uma *lista exhaustiva* dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística, nos termos dos artigos 5.º a 9.º. A lista só poderá ser alterada mediante revisão da presente directiva.

Reitera-se:

A lista só poderá ser alterada mediante revisão do texto sobre que ora pende a nossa observação e apreciação.

1.1 A recondução na delimitação da figura do consumidor à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Opera-se uma inversão no que tange às roupagens de que se veste o *conceito de consumidor*.

O critério da adequação parece haver sido abandonado.

Em seu lugar surge a figura do *consumidor médio*, ainda que com atenuações em vista de *universos-alvo* distintos.

Na realidade, no nº 18 das disposições preambulares se pode captar:

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 no mesmo, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. 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 Jus-

tiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.

Para além, pois, da figura do consumidor médio, avulta a do consumidor médio de grupos-alvo particularmente vulneráveis, como é o caso das *crianças* ou dos *idosos* ou de *descapacitados outros* susceptíveis de configuração.

O que obriga a uma *panóplia* de critérios em vista da massa de consumidores visados em especial.

Os *consideranda* previnem, de resto, advertindo para situações do jaez destas, como se pondera, aliás, no *parágrafo* 19 das disposições preambulares do documento de que se trata:

Nos casos em que certas características como a idade, doença física ou mental, ou a credulidade, tornam os consumidores particularmente vulneráveis a uma prática comercial ou ao produto subjacente, e o comportamento económico apenas desses consumidores é susceptível de ser distorcido pela prática de uma forma que se considera que o profissional pode razoavelmente prever, é adequado prever que eles são devidamente protegidos mediante a avaliação da prática na perspectiva do membro médio desse grupo.

De realçar que nos ordenamentos jurídicos nacionais avultava já a figura dos *negócios usurários* que, no que nos toca, se prevêem no Código Civil²⁶.

Situações de especial debilidade inerente à pessoa do consumidor ou voluntariamente provocada pelo fornecedor em vista à assunção, sob qualquer forma, de vínculos contratuais, conceitua-as a lei²⁷ como segue: *são as que se verificam sempre que circunstâncias de facto revelem que, no momento da celebração do contrato, o consumidor se não achava em condições de apreciar convenientemente o significado e alcance das obrigações assumidas ou de descortinar como reagir aos meios adoptados para o convencer a assumi-las.*

O que conduz, em termos legais, à insubsistência de tais contratos.

A lei, no caso em apreço, em Portugal, ao invés do que ocorre em França, por exemplo, comina tais práticas como *ilícitos de mera ordenação social* passíveis de coimas²⁸.

Em França é de *crime* que se trata e a moldura penal é de prisão até três ou cinco anos, consoante a moldura do Código Penal ou do Código de Consumo²⁹.

²⁶ Cfr. artigo 282 que estabelece: “1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados. 2. Fica ressalvado o regime especial estabelecido nos artigos 559º-A e 1146º.”

²⁷ DL 143/2001, de 26 de Abril – artº 28.

²⁸ Cfr. DL 143/2001, de 26 de Abril – artº. 29.

²⁹ Cfr. artº. 313-7 du Code Penal e artº 122-8 du Code de la Consommation.

2. Conceito

Prática comercial desleal é toda a prática contrária às exigências relativas à diligência profissional, a que acresça cumulativamente a susceptibilidade de distorcer, de maneira substancial, o comportamento económico do consumidor médio a que o produto se destina ou afecta ou do membro médio do grupo (*sem-pre que a prática tiver como universo-alvo um dado grupo*)

As práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um dado grupo devem ser avaliadas do ponto de vista do *membro médio desse grupo*.

Um dado grupo será, nesta acepção, um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto.

Tal não prejudica a prática *comum e legítima* no domínio da publicidade que consiste em considerar conformes às concepções dominantes no comércio jurídico de afirmações exageradas ou que se não destinam a ser tomadas à letra.

3. Extensão do Conceito

As práticas comerciais desleais comportam, porém, uma *summa divisio*:

- *práticas comerciais enganosas*
- *práticas comerciais agressivas*

A proibição geral, noutro passo enunciada, concretiza-se em disposições que consagram os dois tipos de práticas comerciais, de longe as mais generalizadas, a saber,

- as práticas enganosas
- as práticas agressivas.

Como se preconiza nos fundamentos ou na exposição de motivos, seria conveniente que as práticas comerciais enganosas abrangessem os métodos negociais (em que se inclui a publicidade enganosa) que, induzindo em erro o consumidor, o impedem de efectuar uma escolha esclarecida e, por conseguinte, eficiente.

A directiva ora objecto de apreciação, em decorrência, aliás, da legislação e da jurisprudência dos Estados-membros, classifica as práticas enganosas tanto as que se fundam em *acções* como em *omissões*.

No que tange às *omissões*, nela se estabelece um número restrito de elementos essenciais em termos de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão negocial esclarecida.

Tais elementos não terão de ser veiculados em extensão e profundidade nas mensagens constantes da publicidade, mas tão só quando o profissional formule um “*convite a contratar*”, conceito que no texto é precisado, como a seu tempo se verá.

O propósito de harmonização plena que na directiva se define e consubstancia não obsta a que os Estados-membros consagrem, no direito interno, as características principais de determinados produtos, v. g., os *artigos de colecção* ou *artigos eléctricos*, cuja omissão seria substancial num convite a contratar.

O texto que ora se nos oferece não pretende restringir a escolha do consumidor mediante a proibição da promoção de produtos que se afiguram similares a outros, a menos que a semelhança seja susceptível de confundir os consumidores relativamente à origem comercial do produto e for, por tal razão, enganosa.

As disposições sobre práticas comerciais agressivas terão de abranger os métodos que prejudiquem significativamente a liberdade de escolha do consumidor.

Trata-se, em geral, de práticas que se socorrem do assédio, da coacção – tanto *relativa* (moral) quanto *absoluta* (física) – e da influência indevida.

Daí que a extensão do conceito imponha uma clara partilha de campos de molde a que equívocos não subsistam.

A lista de práticas enganosas e agressivas, que se descortinará em momento oportuno (cfr. *infra* 3.3 *in fine* e cap. III de análogo modo *in fine*), é exaustiva, salvo o que se achar sujeito a uma avaliação casuística no quadro dos artigos 5º a 9º da directiva sob análise.

CAP. II

PRÁTICAS COMERCIAIS ENGANOSAS

1. Conceito

As práticas enganosas, como noutro ponto houve o ensejo de significar, subdividem-se em

- *acções*

e

- *omissões*

O artigo 6º da Directiva, ao cuidar das acções enganosas, confere a soma de critérios susceptíveis de configurar uma acção enganosa.

Em geral, uma prática diz-se *enganosa* por acção se:

se fundar em informações falsas, inverídicas ou que, por qualquer forma e, em geral, incluindo a sua apresentação global, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio.

As omissões *enganosas*, ao invés, são como tais consideradas

as que, *no seu contexto factual, tendo em conta as características próprias e as circunstâncias envolventes, se conclua haver sido escamoteada informação substancial necessária para que se tome uma decisão negocial esclarecida.*

2. Acções enganosas

Preencher o conceito de *acção enganosa* com base nos critérios aferidores, obriga a definir, como tal:

a que se alicerça em “ informações falsas, inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão negocial que de outro modo não teria tomado:

- A existência ou natureza do produto;

- As características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados sobre o produto;

- O alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos;

- O preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;

- A necessidade de um serviço, de uma peça, de uma substituição ou de uma reparação;

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

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

Considera-se também enganosa

Uma prática comercial que, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo, e envolve:

- *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;*

- *Incumprimento por parte do profissional dos compromissos contidos em códigos de conduta aos quais esteja vinculado, desde que:*

- *o compromisso não seja uma mera aspiração, mas seja firme e verificável*

e que

- o profissional indique, na prática comercial, que está vinculado pelo código.”

3. Omissões enganosas

3.1. Considera-se, em rigor, omissão enganosa sempre que:

... no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, (silencie ou oculte) uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão (negocial) esclarecida, e, portanto, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma (tal) decisão que não teria tomado de outro modo.

3.2 Considera-se ainda omissão enganosa

A prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspectos descritos (no passo precedente), oculte informação substancial (ali) referida ou a presente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão (negocial) que não teria tomado de outro modo.

3.3 Quando o meio empregue para a comunicação da prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo, essas limitações e quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios serão tomadas em conta ao decidir-se se foi omitida informação relevante para o efeito.

3.4 A haver um *convite a contratar*, convém definir primacialmente um tal conceito.

Por convite a contratar se considera: *uma qualquer 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.*

Caso haja *convite a contratar*, são consideradas substanciais, se não se

puderem depreender do contexto, as informações seguintes:

- As características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto;
- O endereço geográfico e a identidade do profissional, tal como a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua;
- O preço, incluindo impostos e taxas, ou, quando, devido à natureza do produto, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor;
- As modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional;
- Para os produtos e transacções que impliquem um direito de retractação ou de anulação, a existência de tal direito.

3.5 Lista das Práticas Enganosas (*numerus clausus*)

De harmonia com o anexo da directiva, constituem *práticas enganosas* as situações fácticas seguintes:

- 1 - Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja.
- 2 - Exibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária.
- 3 - Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade, quando tal não corresponda à verdade.
- 4 - Afirmar que um profissional (incluindo as suas práticas comerciais) ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, reconhecimento ou autorização.
- 5 - Propor a aquisição de produtos a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não poderá, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os produtos em questão ou produtos

equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades que sejam razoáveis, tendo em conta o produto, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados (publicidade-isco).

CAP. III

PRÁTICAS AGRESSIVAS

1. Conceito

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

2. Meios

Os meios tendentes a uma qualquer *prática agressiva* acantonam-se em:

- assédio
- coacção, em qualquer das modalidades de que se revista
- e
- influência indevida.

Tais elementos inserem-se no quadro do *consentimento* que, por seu turno, é um dos pilares dos *requisitos de fundo*, como tradicionalmente se concebe na arrumação conceitual dos requisitos em que assentam os negócios jurídicos.

E de entre os *elementos* por que se desdobra o *consentimento*, dois eram, a época, os perspectivados pela doutrina:

- a *perfeição*
- e
- a *liberdade*.

A teoria geral do direito do consumo que, entretanto, noutras paragens se explora tenderá a considerar ao lado da perfeição e da liberdade (negócios celebrados *sem erro* – sobre o sujeito ou o objecto e a causa ou motivo determinante –, *sem dolo* e *sem coacção*), o *esclarecimento* (informação essencial por intermédio das menções obrigatórias apostas nos contratos, ademais, sujeitos a forma) e a *ponderação* ou *reflexão* (período dentro do qual ao consumidor é lícito *retractar-se*, ou seja, *dar o dito por não dito*, sempre que a lei lhe confira uma tal faculdade para se libertar do negócio e nos termos nela definidos).

Acresce, pois, a tais elementos

- o *assédio*,

- a *influência indevida*.

É pois, destes elementos que nos proporemos tratar nos passos subsequentes.

2.1 Assédio

“Assédio é, segundo os dicionários, *insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão* constantes em relação a alguém.”

E assediar = perseguir com propostas, sugerir com insistência; ser inoportuno ao tentar obter algo; molestar; abordar súbita ou inesperadamente

É vulgar ouvir-se falar de assédio no plano sexual, mas a figura surge agora, sob novos influxos, no domínio do direito contratual do consumo com absoluta pertinência e justificação.

Ponto é que se esquadrinhe e se asseste o conceito, subsumindo-a no seu quadro próprio.

2.2 Coacção

A coacção tanto assume natureza *relativa* (coacção moral), como *absoluta* (coacção física, a força bruta ao serviço de desígnios abomináveis).

Coacção relativa ou moral é a que radica no receio de um mal de que o consumidor foi ilicitamente ameaçado com o fim de dele se obter a declaração negocial.

A ameaça tanto pode respeitar a pessoa como a honra ou fazenda do declarante ou terceiro, não constituindo coacção a *ameaça do exercício normal de um direito* nem o simples *temor reverencial*.

Coacção absoluta ou física mais não é do que o emprego das força bruta

e o temor daí emergente que faz precipitar o pretense consentimento cuja liberdade é inquinada.

2.3 Influência indevida

De harmonia com a conceituação formulada no glossário da directiva, “*influência indevida*” é:

a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de (tal) forma que limite significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida.

Com Alain A. LEVASSEUR³⁰ se pode, na perspectiva do direito dos Estados Unidos, significar que:

Um contrato é susceptível de anulabilidade se uma das partes tiver agido no quadro do império da influência abusiva do seu cocontraente ou sob um constrangimento excessivo.

Tendo os tribunais da Common Law adoptado uma concepção demasiado restrita da noção de duress, foi aos tribunais d’equity que se deve a existência desta forma de vício do consentimento – a undue influence –, cujo objectivo é o de restabelecer uma sorte de equilíbrios económicos entre as partes. Este vício do consentimento pode existir em duas situações muito bem definidas.

A primeira tem em conta as relações particulares de confiança que podem existir entre ambas as partes, assim, p. e., entre marido e mulher, médico e paciente, ministro de culto e crente, advogado e cliente, etc.

No segundo caso, uma parte pode desfrutar de uma grande influência psicológica sobre a outra parte por causa da sua posição social, económica ou outra e exercer por isso mesmo o poder de persuadir esta outra parte a celebrar o contrato.

No primeiro como no segundo casos convirá estabelecer que a vítima era susceptível de ser influenciada por causa de certas fraquezas, psicológicas ou físicas, por exemplo, que a ocasião se apresentou a um contratante para influenciar o seu cocontratante, que a vítima não pode obter o conselho de outrem e, enfim, que há um desequilíbrio marcado nas obrigações a que se devem as partes.”

³⁰ « *Le contrat en droit américain* », collection Connaissance du Droit, Droit Privé, Dalloz, Paris, págs. 39 e ss.

As disposições que ora regem domínio como o presente integram a directiva da publicidade enganosa, aplicando-se a outras práticas comerciais, nomeadamente à fase pós-contratual.

É, v.g., enganoso defraudar os consumidores no que se prende com os resultados do produto, tais como a perda de peso, o crescimento dos cabelos ou uma melhoria das prestações do respectivo utilizador.

A noção de “*influência indevida*” surge no direito dos contratos forjado nos Estados Unidos da América.

3. Critérios de aferição dos meios ilícitos adoptados ou empregues

3.1 Os critérios

Nos casos em que o *assédio*, a *coacção* ou a *influência indevida* se empregam de molde a forçar o consentimento, importa se tome em consideração um sem número de elementos a fim de aferir da qualificação do meio de molde a retirar-se daí as consequências devidas.

Para se determinar, pois, se uma prática comercial é dominada por qualquer dos métodos que inquiram o consentimento, mister será se entre em linha de conta com:

- 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 injurioso;
- O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto;
- Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional;
- Qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível.

3.2 Os códigos de conduta como indutores de comportamentos do consumidor

Como se vem sustentando algures, recorre-se tradicionalmente a códigos de conduta, em um sem número de Estados-membros, por forma a definir as normas ou os padrões de comportamento dos profissionais não previstos pela legislação.

O recurso a tais códigos pode visar a pormenorização de medidas previstas na lei, para explicar, por exemplo, conceitos complexos de forma mais compreensível para o consumidor ou em domínios em que a lei não haja estabelecido obrigações concretas, como os concretos pontos em matéria de serviços pós-venta.

Os códigos de conduta aplicáveis no espaço económico europeu “*poderiam ter como objectivo promover a convergência das expectativas em matéria de diligência*” em cada um dos mesteres, “*o que permitiria reduzir o número de obstáculos ao mercado interno e garantir simultaneamente que os códigos em epígrafe não impediriam, restringiriam ou distorceriam a concorrência*”.

O valor acrescentado de tais códigos computar-se-ia pelo resultado do suporte conferido aos profissionais na aplicação eficaz dos princípios em que se estrutura a directiva nas quotidianas actividades que se empreendem ou desenvolvem.

Os códigos de conduta susceptíveis de cobrir os domínios por que se espria a harmonização plena a que tende a directiva, uma vez aplicados no espaço económico europeu, seriam susceptíveis de determinar se um qualquer profissional terá violado as normas tal como transpostas no Estado-membro em que se acha sediado o estabelecimento a que se adscreve.

As concretas modalidades de aplicação dependeriam obviamente das necessidades e das circunstâncias inerentes a cada um dos domínios de actividade.

Como se previne, aliás, nos *consideranda* preambulares:

Deve determinar-se um papel para os códigos de conduta, de forma a permitir que os profissionais apliquem de maneira efectiva os princípios da presente directiva em domínios económicos específicos. Em sectores onde a conduta dos operadores seja regulada por requisitos obrigatórios específicos, estes requisitos devem contemplar também as obrigações em matéria de diligência profissional nesse sector. O controlo exercido pelos titulares de códigos ao nível nacional ou comunitário, no sentido de serem eliminadas as práticas comerciais desleais, pode evitar a necessidade de se instaurar uma acção de carácter administrativo ou judicial, devendo, portanto, ser encorajado. Com o objectivo de atingir um nível elevado de protecção dos consumidores, as organizações de consumidores po-

derão ser informadas e envolvidas na elaboração dos códigos de conduta.

Os códigos de conduta que, em países onde falece uma saudável tradição neste particular, servem, na realidade, como formas estonteantes de subversão dos dispositivos legais e de perpetuação da impunidade, já que os códigos são destituídos de coercibilidade e a auto-regulação mera miragem que não cumpre os desígnios em si mesmo imbricados.

3.3 Lista das Práticas Agressivas (*numerus clausus*)

A lista que figura em anexo à directiva comporta as hipóteses seguintes de *práticas agressivas*:

- Criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato.
- Contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.
- Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, telecópia, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.
- Obrigar um consumidor que pretenda solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro a apresentar documentos que, de acordo com um critério de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.
- Incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados.
- Exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha 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).
- Informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o produto ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional.

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