

A Cláusula Geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores

Por Hélio Tiago Rigor Rodrigues

Advogado Estagiário

Menção Honrosa do Prémio Wolters Kluwer Portugal de Artigos Jurídicos Doutrinários
2008

Abstract: O presente estudo tem como objectivo a compreensão de um novo fenómeno comunitariamente estimulado e que se impõe aos Estados Membros, primeiramente nessa qualidade. Assim, uma abordagem da cláusula geral das práticas comerciais desleais terá maior interesse quando feito em relação directa à sua fonte, ou seja, à Directiva comunitária (2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), contando, obviamente, que não se percam as necessárias referências ao diploma nacional (Decreto-Lei 57/2008). Isto porque os conceitos do diploma nacional são usados no mesmo sentido da Directiva, bem como o alcance e ideia subjacente à introdução da cláusula geral são, também, necessariamente coincidentes, como mandam as boas práticas de transposição.

Introdução.

O presente estudo tem como objectivo a compreensão de um novo fenómeno comunitariamente estimulado e que se impõe aos Estados Membros, primeiramente nessa qualidade. Assim, uma abordagem da cláusula geral das práticas comerciais desleais terá maior interesse quando feito em relação directa à sua fonte, ou seja, à Directiva comunitária (2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), contando, obviamente, que não se percam as necessárias referências ao diploma nacional (Decreto. Lei 57/2008). Isto porque os conceitos do diploma nacional são usados no mesmo sentido da Directiva, bem como o alcance e ideia subjacente à introdução da cláusula geral são, também, necessariamente coincidentes, como mandam as boas práticas de transposição.

1) *Noções introdutórias sobre o tema e direito comparado.*

Não faz sentido falar sobre a cláusula geral das práticas comerciais desleais, sem que se diga, em primeiro lugar, o que se entende por este conceito de prática comercial. Este é um conceito que aparece definido na Directiva e no diploma nacional, como significando *“qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”*.

A Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e 11 de Maio de 2005 estabelece no seu artigo 5º n.º 1 e 2, uma cláusula geral proibitiva das práticas comerciais desleais. Esta cláusula geral, introduzida pela Directiva, tem como finalidade realizar objectivos comunitários e nacionais, promovendo a efectiva supressão dos entraves ao mercado interno bem como conceder uma efectiva protecção aos consumidores.

Para que esses objectivos pudessem ser atingidos, seria necessário, como se refere no considerando 13 *“Substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. Deste modo, a proibição geral comum e única estabelecida na presente directiva abrange as práticas comerciais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá da mesma forma às práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução.”*

Podemos, assim, identificar a harmonização a nível comunitário do direito da concorrência desleal, como o verdadeiro propulsor do legislador quando construiu a cláusula geral da proibição das práticas comerciais desleais. Nesse sentido, deverão os Estados-Membros que não possuíam qualquer cláusula geral no seu ordenamento jurídico nacional, introduzir *ex novo* a constante da Directiva, e por outro lado, aqueles que possuíam cláusulas gerais divergentes, substituí-las, também, por aquela que esta Directiva introduz. Porém, como facilmente se alcança, a harmonização não é, neste particular, um bem em si mesmo, ou seja, é evidente que ela visa alcançar propósitos mais nobres, como seja conceder uma maior certeza jurídica ao consumidor, passando este a saber o que pode esperar dos profissionais, não só do seu país, mas de todos os Estados Membros.

A existência de uma cláusula geral em matéria de concorrência desleal não é novidade na generalidade dos Estados-Membros. A questão que razoavelmente se poderá fazer é se, da perspectiva da protecção dos interesses dos consumidores, se impunha uma efectiva harmonização nesta matéria, ou se aqueles interesses estariam já garantidos caso na Directiva apenas se fizesse menção às práticas comerciais especiais, ou seja, às práticas enganosas e às práticas agressivas, deixando que os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais continuassem a estabelecer, autonomamente, uma cláusula geral nesta matéria.

Em nossa opinião, a introdução de uma cláusula geral na Directiva constitui uma vantagem efectiva para os consumidores. Ainda mais se pensarmos que, pese embora existirem na maioria dos Estados Membros, como referimos, as cláusulas gerais nacionais fundavam-se em princípios jurídicos divergentes e eram concretizadas de distintos modos, ou seja, por referência a conceitos jurídicos (indeterminados) diferentes, sendo que muitos deles não tinham sequer como vocação a protecção dos consumidores. Porém, para conseguirmos responder adequadamente esta questão, teremos que proceder a uma análise das várias legislações nacionais nesta matéria antes da elaboração da Directiva¹, o que passamos a fazer:

Em Portugal, existia uma cláusula geral proibitiva da concorrência desleal. Essa cláusula constava do artigo 260º do Código de Propriedade Industrial, que passou para o artigo 317º com a revisão operada pelo Decreto-lei 36/2003 de 5 de Março. O direito português considerava desleal *“Todo o acto de concorrência contrário às normas de usos honestos de qualquer ramo de actividade económica”*. O conceito indeterminado utilizado pela lei portuguesa era assim o de *normas e usos honestos do mercado*, que resultava já do artigo 260º do anterior CPI aprovado pelo Decreto-Lei 16/95 de 6 de Janeiro. Já em Espanha, o artigo 5º da Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de Janeiro) refere que *“se reputa desleal todo o comportamiento que resultado objectivamente contrário a las exigências de la buena fe”*². Também o artigo 6º da Ley General de Publicidad (Ley 34/1998 de 11 de Novembro, na sua alínea b) *in fine* afirma que a publicidade será desleal quando *“contrária às*

¹Vide estudos de: Prof. Dr. Reiner Schulze and Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke *“Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices”* 2003 e de Cees van Dam *“Unfair Commercial Practices”* London 2005.

²Tradução nossa. Ver a este respeito: FUENTES, JOSÉ MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999 ; e RODIL, Alfonso Villagómez, *“competência desleal”* segunda edición, Granada, 2006.

exigências da boa fé y a las normas de correccion y bonos usos comerciais". É assim visível que os princípios de boa fé e das práticas honestas do mercado seguidos pela directiva já existiam na legislação espanhola.

Na Alemanha, existe a lei contra a concorrência desleal ("*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*", "UWG") de 7 de Junho de 1909. Esta lei estabelece no seu artigo 1º que "qualquer pessoa que, no decorrer de qualquer actividade comercial com objectivos concorrenciais praticar actos *contra bonos mores* (contra a moral publica), poderá ser ordenado a desistir desses actos e reparar os danos que causar"³. A lei alemã, adianta, além desta cláusula geral chamada "*maior*", uma outra de âmbito "*menor*" contida no artigo 3º do UWG que diz, a respeito da publicidade enganosa, que "qualquer pessoa que, no decorrer de uma actividade comercial, com objectivos concorrenciais, fizer afirmações enganosas acerca de matérias comerciais...". Vemos assim que também no ordenamento jurídico alemão podemos encontrar nesta matéria duas cláusulas gerais. No entanto aquela que mais influenciou as leis nacionais de alguns Estados-Membros foi a contida no artigo 1º do UWG, cujo conceito indeterminado se apresenta sob o signo de "*contra bonos mores*".

Como exemplo de países europeus que seguiram a lei alemã nesta matéria, introduzindo assim a proibição de qualquer prática "*contra bonos mores*" podemos encontrar a Áustria, no artigo 1º do UWG e a Grécia.

Os países nórdicos, nomeadamente a Dinamarca e a Suécia, optaram por estabelecer uma cláusula geral que considera desleais todas as actuações contrárias às "*boas práticas de marketing*". A Finlândia, pelo contrário considerava desleal uma prática que fosse contrária às "*boas práticas do comércio*"

A Itália, por outro lado, não possuía qualquer norma específica que contivesse uma cláusula geral proibitiva da concorrência desleal, pelo que será assim necessário socorremo-nos do Codice Civile italiano, mais precisamente do seu artigo 2598º n.º 3, para conseguirmos encontrar uma cláusula que proíbe as actuações contrárias aos princípios da lealdade ou correcção profissional. No entanto esta norma não protege os consumidores, pois estando regulada no capítulo que trata da concorrência, apenas será aplicável nas relações B2B (Businesses to Businesses), ou seja, nas relações entre empresários.

³ Tradução nossa.

Em França não existia também qualquer cláusula geral proibitiva das práticas desleais, existindo apenas nesta matéria, quanto às relações das empresas com os consumidores, uma obrigação de informação com a amplitude de obrigar os profissionais a comunicar, aos consumidores, as características essenciais dos bens ou serviços a estes fornecidos. O que, como é óbvio, não pode ser qualificado como uma cláusula geral para estes efeitos.

Na Europa dos 27, os conceitos indeterminados que sustentam uma cláusula geral de concorrência desleal, quando esta existe, não são muito diferentes daqueles adoptados pelos países que antes vimos. Podemos, assim, encontrar na legislação da **Hungria** no capítulo II do LVII act de 1996, que qualquer acto *contrário á integridade comercial* (ou comercial) será desleal. Na **Eslovénia** o critério na determinação da deslealdade de uma prática consistia em saber se esta era "*contrária às boas práticas comerciais*". Na **Republica Checa**, o Código Comercial, no seu capítulo V, artigo 44º refere que uma prática será desleal se for "*contra bonos mores*" seguindo claramente o exemplo alemão. Na **Polónia** o princípio seguido na determinação da deslealdade é o da boa fé.

Apesar de as cláusulas gerais dos vários Estados-Membros não serem, como se demonstrou, insustentavelmente incompatíveis⁴ (pelo menos naqueles em que essa cláusula existe), impunha-se uma uniformização a este respeito. Isto porque a protecção dos consumidores é conseguida a um nível claramente superior se, além das práticas comerciais agressivas e enganosas, forem estabelecidos princípios e regras de conduta que lhes garantam protecção, mesmo naquelas situações em que tais práticas especiais, por não estarem programadas, não logram alcançar, *per se*, uma situação particular que mereça protecção. Passam, assim, os consumidores a saber que, em qualquer país da comunidade europeia, podem esperar o mesmo critério de deslealdade que encontram no seu país de origem, o que, evidentemente, contribui para o efectivo desenvolvimento do mercado interno.

⁴ Mas que, segundo Howells, Micklitz y Wilhelmsson, "*European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*" pag. 4, podem ser divididas em cinco tipos diferentes que são: "*The German law-influenced countries (Austria, Germany, Greece, and Portugal) have a general clause based on "bonos mores" (against public morals). The former German law used the phrase "guten sitten" which could be translated as honest market practices, whereas the new law of 2004 talks instead of unfair (unlauteren) competition, (...). The civil law countries, like Belgium, Italy and Luxembourg use "fair commercial practices" and it is even suggested this might reflect the practice in France. The Nordic countries, such as Denmark, Finland and Sweden, prefer "good market practices". "Unlawfulness" and "fault" are the leitmotifs in the Netherlands and France*".

2) Características essenciais da cláusula geral.

Convém, antes de mais, esclarecer que a aplicação da cláusula geral actua de modo subsidiário em relação às práticas comerciais tipificadas (que são as práticas agressivas e as práticas enganosas). Assim, se num determinado caso a actuação do profissional estiver abrangida pelas disposições que regulam as práticas comerciais enganosas (artigos 6º e 7º da Directiva e art. 7º; 8º; 9º e 10º do Dec-Lei 57/2008) ou as práticas comerciais agressivas (artigos 8º e 9º da Directiva e 11º e 12 do Dec-Lei 57/2008) serão estas as que devem ser aplicadas, não sendo, como é óbvio, necessário recorrer à cláusula geral⁵. Esta particularidade não provoca na cláusula geral a perda do carácter substantivo, que também lhe poderá ser imputado entre outros motivos pela sua funcionalidade.

Como afirma José Massaguer Fuentes⁶ a proibição geral das práticas comerciais contidas na directiva não é um princípio programático, mas sim uma verdadeira norma substantiva susceptível de ser declarada autónoma e directamente. Este aspecto será de extrema importância, porque a evolução dos mercados e as inovações técnicas que a acompanham provocam uma constante mutação das formas assumidas pela concorrência desleal. Pelo que, o Direito terá necessariamente, que acompanhar essa transformação, conseguindo dar uma resposta adequada aos problemas que forem surgindo.

Aquela constante mutação não se compadece com uma previsão taxativa das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que é o que acontece no caso das práticas enganosas e no caso das práticas agressivas, nem com uma técnica legislativa que crie normas pouco flexíveis e por isso impossíveis de moldar às exigências que possam surgir⁷. O legislador comunitário optou assim criar uma cláusula geral sustentada em conceitos jurídicos indeterminados, que lhe conferem uma amplitude suficientemente abrangente, mas ainda assim passíveis de impor um controlo objectivo sobre as condutas, ou mais precisamente, sobre as práticas comerciais, adoptadas pelos profissionais em relação aos consumidores.

A grande vantagem da cláusula geral resulta de aspectos funcionais, na medida em que ela concede aos Tribunais a possibilidade de se socorrerem da sua previsão para regular e impedir novas práticas desleais que não existiam no mercado na altura

⁵ A este respeito vide Howells, Micklitz y Wilhelmsson, "*European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*" pag. 117 e 118.

⁶ "*El nuevo derecho contra la competencia desleal*", Civitas Madrid, 2006, Pag 57.

⁷ Ver: RUTE, José Maria de la Cuesta "*Curso de Derecho de la Publicidad*", Navarra, 2002, pag. 190.

da elaboração da Directiva ou da sua transposição para os ordenamentos nacionais, nem razoavelmente poderiam nessa data ter sido previstas. Somos assim da opinião que o efeito útil que dela se pode retirar constitui uma mais-valia no grau de protecção dos consumidores.

Porem, a inclusão desta cláusula geral na Directiva das práticas comerciais desleais não isentou o legislador comunitário de críticas provenientes de respeitáveis sectores da doutrina. Compreendemos as preocupações, mas não podemos concordar com a opinião, por exemplo, de Gomez Pomar⁸ quando afirma que *“os promotores da directiva 2005/29/CE estão confiantes, talvez demasiado confiantes, no uso de cláusulas gerais ou outros instrumentos como ferramentas legais também capazes de serem adaptadas às circunstâncias específicas de um caso concreto pelo intérprete ou julgador da norma legal”*. Continuando depois o citado autor: *“As regras legais não são instrumentos de conhecimento, mas instrumentos de motivação directos e indirectos de condutas humana, e aqui, a confiança em fórmulas abstractas e uniformes para prever situações heterogéneas, pode ser por vezes excessiva.”*.

As preocupações do citado autor acerca da confiança excessiva numa cláusula geral poderão até ser justificadas, mas a verdade é que a forma como esta cláusula foi redigida, e as preocupações demonstradas pelos autores da Directiva em abranger todas as práticas desleais das empresas face aos consumidores (B2C), parece justificar, não uma confiança total, é certo, mas algum optimismo.

Como veremos, na concretização da cláusula geral foram acolhidas as orientações legislativas mais avançadas e consistentes que existiam nos ordenamentos jurídicos nacionais. Além disso, uma norma de conduta elaborada nos termos que estão previstos no artigo 5º da Directiva, ainda que não seja capaz de afastar todas as práticas comerciais que futuramente possam aparecer, pois como se sabe o leque de possibilidades é imenso, tem pelo menos o mérito de avisar os consumidores, passando estes a saber que comportamento pode ser exigido aos profissionais nas relações de consumo que envolvam práticas comerciais por estes adoptadas.

O recurso a cláusulas gerais e conceitos indeterminados poderá efectivamente não consistir no mais perfeito sistema legislativo, porém na obtenção dos objectivos

⁸ Revista para el analisis del derecho *“The unfair Comercial Practices Directiv: a law and economics prespective”*, n.º 330, Janeiro de 2006, pag 14.

⁹prosseguidos pela Directiva nesta matéria, será como diria Leibniz “ *O melhor dos mundos possíveis*” .

3) Método de concretização.

No artigo 5º n.º 1 da Directiva prevê-se a cláusula geral proibitiva das práticas comerciais desleais, que é concretizada no n.º 2 do citado preceito do seguinte modo:

“2. Uma prática comercial é desleal se:

- a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional; e*
- b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.”*

De uma simples leitura do artigo 5º parece resultar que se exige, na formulação do juízo de deslealdade de uma prática por aplicação de cláusula geral, que se verifiquem cumulativamente os requisitos das alíneas a) e b). Ou seja, uma prática será nestes termos desleal, se for contrária à **diligência profissional** e for susceptível de **distorcer o comportamento económico** de um **consumidor médio** em relação a um **produto**. Neste sentido, sempre que, numa situação concreta, determinada prática comercial apenas preenche uma das alíneas, não poderá ser considerada desleal por aplicação da cláusula geral.

Esclarecedor da necessidade de estarem preenchidos cumulativamente a alínea a) e b) do número 2 do artigo 5º, será o ponto 53 da proposta de directiva¹⁰ que a este respeito refere que: *“Importante será recordar que as condições são cumulativas. Consequentemente, ainda que uma prática seja contrária à diligência profissional, será apenas considerada como desleal se as outras condições da proibição geral forem respeitadas”*.

Os Estados-Membros compreenderam a obrigatoriedade de fazer cumular ambas as condições para que uma prática seja considerada desleal, sendo tal exigência evidente nas transposições da Directiva para os ordenamentos jurídicos nacionais¹¹. Convém, no entanto, esclarecer que este duplo pressuposto ou se preferirmos dupla exigência no que se refere aos requisitos poderá originar, como veremos, um mecanismo demasiado marcado pela sua complexidade. O que poderá conceder às

⁹ O artigo 5 n.º 1 refere o seguinte: “São proibidas as práticas comerciais desleais”.

¹⁰ Apresentado pela comissão em 18.6.2003 COM (2003) 356 final 2003/0134 (COD)

¹¹ Veja-se a este respeito, em Portugal, o artigo 5º do Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março de 2008.

empresas mais hipóteses de defesa e consequentemente menos protecção efectiva aos consumidores.

4) ANÁLISE DA CLÁUSULA GERAL.

4.1.) Primeiro requisito: “Diligência Profissional”.

4.1.1.) Aspectos gerais.

Vimos já que a diligência profissional é um critério nuclear na determinação da deslealdade de uma prática comercial e na estrutura da cláusula geral da directiva. Neste sentido, o conceito de “*diligência profesional*” serve para concretizar o modo como devem as empresas (ou profissionais) preparar e executar as práticas comerciais dirigidas aos consumidores. Não será, por este motivo, errado afirmar-se que estamos perante uma verdadeira *norma de conducta* imposta aos profissionais.

Rosa M. Méndez e A. Esther Vilalta¹² justificavam a necessidade de conjugar o modo como se executavam algumas práticas comerciais, como a publicidade, com a protecção dos consumidores, alegando para o efeito uma transcrição da exposição de motivos do anterior estatuto da publicidade em Espanha, onde se dizia que “(...) *la actividad publicitaria presenta una naturaleza competitiva preferencial, dirigida a provocar la adquisición de bienes y servicios por el publico, para lo que se utilizan todos los medios de difusión al alcance. Su misma dinámica, en cuanto es medio e instrumento para la obtención del mayor lucro económico posible, la hace en sí actividad de riesgo, en la que cabe la previsibilidad y exige el necesario control, la actuación más diligente e el imprescindible cuidado, y, sobre todo, el respecto a los derechos ajenos*”.

No citado excerto são visíveis referências expressas à necessidade de um controlo objectivo, mencionando-se também a necessidade da actuação *mais diligente* e do imprescindível cuidado. Tais referências ao cuidado e à diligência constam também do texto comunitário.

Questão diferente será a de saber se a intensidade da diligência profissional prevista na Directiva alcança o desejado nível a que o texto da anterior exposição de motivos fazia alusão, ou se neste ponto se permite um padrão ou nível menos exigente e consequentemente mais permissivo para os profissionais. Esta é uma questão que não deixaremos de abordar ao longo deste estudo.

¹² “*Lá publicidad ilícita engañosa, desleal, subliminal y otras*”; Barcelona 1999 pag 8.

4.1.2) Estrutura do conceito de diligência profissional.

A alínea h) do artigo 2º da Directiva (como sucede no art. 3º do DL 57/2008) define o conceito de diligência profissional como sendo "*o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional*".

Como sugere Fernandez Novoa¹³, para melhor se compreender o significado desta noção de Diligência Profissional, será conveniente dividi-la em duas partes.

- Numa primeira parte, o conceito de diligência profissional abrangerá "*o padrão de competência especializada e de cuidado que razoavelmente se pode esperar e um profissional*".
- A segunda parte será assim constituída pela avaliação daquela primeira parte de acordo, ou em conformidade, com as "*práticas honestas do mercado e o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade do profissional*".

Iremos estudar estes temas separadamente para melhor compreensão.

4.1.3) Existe uma perfeita Harmonização do conceito de diligência profissional?

Antes de iniciar a exegese da definição de diligência profissional, será indispensável referir um aspecto curioso. A tradução da alínea h) do artigo 2º da Directiva, onde se define o conceito de diligência profissional, concretizou-se nos diferentes Estados-Membros com algumas diferenças terminológicas. Tais diferenças poderão provocar alterações no modo como este conceito é interpretado, podendo, consequentemente surgir variações no seu sentido e alcance entre as várias legislações nacionais.

O problema de uma eventual diferenciação ao nível nacional desta noção, não reside apenas, como imediatamente se possa pensar, na frustração do desiderato uniformizador que a directiva pretende implementar. Bem mais grave que esse prejuízo será a possível desprotecção dos consumidores que podem vir a ser afectados por uma prática comercial que não foi considerada desleal por uma tradução, quando o teria certamente sido por uma outra. Estamos a referir-nos à

¹³ "*Lá directiva comunitária sobre práticas comerciais desleais*" Autocontrol de lá publicidad. Pag17.

tradução espanhola, que na primeira parte da definição de diligência profissional contida na alínea h) do artigo 2º refere “*el nivel de competencia y cuidado especiales (...)*” sendo esta tradução diferente da portuguesa¹⁴, onde se diz tratar-se do “*padrão de competência especializada e cuidado*”; bem como da italiana, onde se lê que significa “*il normale grado della specifica competenza ed attenzione (...)*” e da versão francesa, que diz definir-se a diligência profissional como sendo “*le niveau de compétence spécialisée et de soins (...)*”.

É fácil de constatar que esta diferença se deve ao facto de a tradução espanhola se ter baseado na versão inglesa, que define diligência profissional como “*means the standard of special skill and care (...)*”. Esta não é uma diferença passível de provocar uma catástrofe, todavia, é substancialmente diferente falar-se numa “*competência especializada e cuidado, ou numa competência e cuidado especiais*”. Em primeiro lugar porque, na tradução portuguesa, o consumidor não pode contar com um cuidado *especial* por parte da empresa, apenas devendo esperar uma competência que não é especial, mas sim especializada. Em segundo lugar, este conceito de “*especializada*” quando se refere à competência, que a tradução portuguesa adoptou, parece sugerir uma competência sectorial. Ou seja, que o consumidor pode esperar por se tratar daquela especialidade de labor ou daquela actividade específica e não de qualquer outra.

Ao sugerir que o cuidado que se pode legitimamente esperar de um profissional no trato com os consumidores não terá que ser especial (porque, insiste-se, apenas se exige competência especializada e cuidado), a tradução portuguesa, claramente inspirada na versão francesa, poderá conceder às empresas o argumento que aquela prática não poderá considerar-se desleal, porque apesar de ter actuado com um cuidado mediano ou normal, não lhe podia ser exigido mais que isso, ou seja, não estava obrigado a agir com um cuidado “*especial*”.

Insiste-se, contudo, que a importância desta questão não deverá ser sobrevalorizada, havendo inclusivamente autores¹⁵ que entendem que a qualificação do nível de cuidado e competência como “*especial*” previsto na tradução espanhola, desempenha apenas o papel de estabelecer as relações entre empresas e consumidores num mercado e âmbito de actividade económica determinados. Concluindo depois que a qualificação da competência e cuidado como especiais, não

¹⁴ É importante referir, a este respeito, que a terminologia usada na tradução da Directiva para língua portuguesa manteve-se na sua transposição, como se vê na definição de diligência profissional contida na alínea h) do art. 3º do Dec. Lei 57/2008. Situação idêntica sucedeu nos restantes casos apontados.

¹⁵ Veja-se a este respeito Massaguer Fuentes, “*el nuevo derecho...*” Ob. Cit. Pag 60.

implica uma elevação das exigências de “*práticas honestas*” e “*principio da boa fé*” ao nível de “*especial*”, entendido como qualitativamente mais intenso. Pelas razões que antes referimos, entendemos que a referência ao nível «especial» de competência e cuidado não poderá servir para restringir a referência da diligência profissional a um mercado determinado. Discordamos, por isso, da tese destes autores.

4.1.4.) Padrão de competência especializada e cuidado que se pode esperar de um profissional.

Em relação a esta primeira parte, entendemos ser adequada a opinião de Fernandez Nova¹⁶, que considera que teria sido mais acertado optar por dizer-se que diligência profissional significa “*o nível de correcção que cabe esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores*”¹⁷.

Demais, não deixaria de vincular os profissionais ou as empresas nas suas relações com os consumidores, que parece ter sido um dos efeitos que pretendeu o legislador comunitário instituir. Em nossa opinião o termo «correcção» expressa mais convenientemente o juízo de lealdade exigível numa prática comercial do que o conceito de cuidado ou competência especializada. Isto será ainda mais evidente caso se pretenda interpretar esta competência como sendo a capacidade ou aptidão para desenvolver uma determinada actividade profissional, o que parece traduzir melhor o grau de qualidade técnica exigido ao profissional do que o modo leal como este deve agir quando se relaciona com os consumidores.

Esta reflexão parece-me de extrema importância porque a definição de diligência profissional plasmada na Directiva, não tem, certamente, como função apurar as *legis artis* daquela função ou daquela empresa, mas sim integrar uma cláusula geral de práticas desleais, cujo escopo principal é conceder uma efectiva protecção aos interesses económicos dos consumidores.

Podemos constatar, pelas modificações que o conceito de diligência profissional (que adiante estudaremos), sofreu até atingir a sua versão final, que foi intenção do legislador comunitário conceder a este conceito jurídico, não apenas um carácter utilitarista de mera observação de mercado, mas um substrato ético capaz de traduzir convenientemente a noção de “deslealdade” de uma prática e, concomitantemente, dota-la das qualidades necessárias para que pudesse funcionar

¹⁶ Ob. Cit.

¹⁷ Tradução nossa.

como uma norma de conduta objectiva. Também por isso julgamos ter sido mais conveniente a referência à *“correção que se deve esperar de um profissional”*.

A *“correção profissional”*, como norma objectiva de conduta, nos termos previstos na Directiva, não teria certamente merecido as críticas que a Ley espanhola de competencia desleal lhe dirigiu no título III número 2 do preambulo, apelidando-a de *“sectorial e de inequívoco sabor corporativo”*, tais críticas, sendo justificáveis naquele momento, não seriam, nesta conjuntura, adequadas ou pelo menos razoáveis. Continuamos, por isso, a entender que *“correção profissional”* teria sido uma opção mais feliz do que competência especial ou especializada.

Como bem refere Giuseppe B. Abbamonte¹⁸, o conceito de diligência profissional é mais abrangente do que a boa fé subjectiva no âmbito de intervenção do profissional. Para este autor ela encerra um sentido de dever de cuidado (duty of care) usado no sistema da common law. Assim, a título de exemplo, se um antiquário honesto, mas incompetente, vender peças falsas, a sua atitude ofende a diligência profissional da Directiva, mesmo que ele julgasse que tais objectos eram verdadeiros.

4.1.5) “Nível” de competência especializada e cuidado imposto aos profissionais.

Será também importante referir que, sendo a clausula geral contida no artigo 5º da Directiva extremamente ambiciosa e fazendo a primeira parte da definição referência a critérios como *“competência”* e *“cuidado”*, torna-se extremamente difícil balizar ou demarcar o que deve entender-se como sendo um nível óptimo ou satisfatório de competência e cuidado.

O universo europeu, como se sabe, é extremamente heterogéneo e temos aqui que contar com o envolvimento de todos os profissionais ou empresas, cada uma com as suas características e particularidades e com todos os consumidores, com diferentes níveis de exigência e diferentes expectativas. Determinar, nesta conjuntura, o nível ideal de cuidado ou competência exigíveis, ainda que alheios a qualquer critério de *“especialidade”* adicional, será uma tarefa extremamente complexa.

Pese embora dizer-se na Directiva que esse nível ou padrão é avaliado de acordo com o *princípio geral da boa fé* e com as *práticas de mercado honestas*,

¹⁸ *“The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition”* in Stephen Weatherill Coord. The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 pag. 22.

talvez fosse realmente vantajoso que dela constasse um critério adicional onde, estabelecendo-se uma regra *de minimis*, onde se dissesse qual o nível mínimo que poderia revestir esse padrão de competência e cuidado exigíveis.

Isto porque, em primeiro lugar, poderão existir decisões muito diversas de um Estado-Membro para outro acerca dos referidos níveis ou padrões, mesmo tendo por base os critérios da *boa fé* e das *práticas honestas*, atendendo a que os Tribunais, não sendo operadores de comércio, não são peritos em negócios de mercado, nem tem razoavelmente que o ser. Pode ainda suceder, em segundo lugar, que a protecção dos consumidores, tão enfaticamente apregoada pela directiva, seja neste particular posta em causa. Basta para isto pensar que podem as empresas defender-se argumentando que o nível de competência com que agiram era o exigido pela Directiva, provando assim que actuaram com a necessária diligência profissional.

A não existência da regra *de minimis*, que supra referimos, conjugada com o parco conhecimento de mercado dos Tribunais e com os recursos jurídicos e económicos de que as empresas (especialmente as grandes empresas) dispõem, a que somamos a falta desses recursos por parte dos consumidores, é muito provável que consigam fazer essa prova, inviabilizando assim a aplicação da cláusula geral e legitimando, deste modo, todas as suas práticas desleais que não caibam na previsão especial de práticas enganosas ou agressivas, retirando deste modo qualquer efeito útil à cláusula geral.

Neste sentido, entendemos que o padrão de competência especializada e de cuidado deve ser avaliado de acordo, não só com a boa fé e às práticas honestas do mercado, mas também ponderado tendo por base o *interesse económico dos consumidores*, sendo este interesse o limite mínimo inultrapassável daquele nível ou padrão. O que significa que, em nossa opinião, o nível de competência especializada e cuidado não pode ser baixo a ponto de ferir os interesses económicos dos consumidores, devendo a diligência profissional, pelo menos, acompanhar estes interesses. Com base no critério que propomos, o nível mínimo de diligência profissional deve continuar a ser determinado casuisticamente, com base nas específicas circunstâncias que cada caso concreto apresenta.

4.1.6) Diligência profissional como conceito objectivo.

Antes de passar á análise da segunda parte da definição de diligência profissional, cumpre mencionar que é de aplaudir a objectivação introduzida por este conceito. Na verdade, ao dizer-se que a diligência profissional é o nível de

competência especializada e cuidado “que se pode razoavelmente esperar de um profissional” não se estabelece qualquer dependência de critérios subjectivos. Sendo por isso totalmente alheia as intenções do profissional ou às suas convicções ou conhecimentos pessoais sobre a actividade que desenvolve.

Este alheamento de critérios subjectivos permite um controle mais eficaz por parte das autoridades competentes, simplificando consideravelmente o trabalho dos tribunais no processo de determinação de deslealdade de uma prática. Como se sabe, se a diligência profissional partisse de um pressuposto subjectivo seria de prova difícil e retiraria qualquer efeito útil à cláusula geral de deslealdade.

4.1.7) As práticas de Mercado Honestas e o princípio geral da Boa Fé. Evolução legislativa dos conceitos.

Nos termos da alínea h) do artigo 2º da Directiva (bem como na alínea h) do artigo 3º do Dec. Lei 57/2008), o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode esperar de um profissional, avalia-se “de acordo com a prática de mercado honesta e/ou princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional”.

Embora na sua redacção final a noção de diligência profissional contida na Directiva, se tenha aproximado da orientação seguida nos mais evoluídos sistemas jurídicos a nível europeu, o certo é que passou por um grande processo de aperfeiçoamento, onde foram sugeridos diversos conceitos. Para que melhor se entenda a actual redacção, será conveniente que se conheça o seu processo evolutivo, citando aqui Massager Fuentes¹⁹: “*la primera indicación avanzada por la comisión advirtió que lá prohibición general de las prácticas comerciales desleales podría inspirarse en el «buen comportamiento comercial» (vid. apartado 4.1. del libro verde sobre lá protección de los consumidores en la union europea) y, a continuación, explicó su contenido e alcance mediante referencias a la «buena conducta comercial», al «grado de cuidado y pericia aplicados por el bueno empresario», a los «estándares generalmente aceptados en lá pratica comercial (del) sector de actividade concreto» o a los «usos y la costumbre» [vid. apartado (53) de la Propuesta de Directiva], mientras que la definición propuesta para la diligencia Professional, en línea com las más extremas de estas explicaciones, lá equiparo com*

¹⁹ Massager Fuentes, “*El nuevo derecho..*” pag. 61.

«los requisitos de lá práctica normal del mercado respecto a los consumidores» [art. 2 j) de la Propuesta de Directiva]” .

Não será difícil adivinhar que, caso a redacção final da Directiva tivesse mantido este critério de “*práticas normais do mercado*”, o resultado teria sido desastroso.

Em primeiro lugar porque quem dita o que é normal no mercado são as empresas que nele operam, e neste caso a normalidade seria certamente analisada segundo o costume ou os hábitos das empresas, ou seja, segundo o que era usual fazer-se e como se sabe esses hábitos nem sempre são os mais correctos. Em segundo lugar porque numa cláusula de deslealdade é imperativo uma referência ética (não necessariamente moral), que imponha uma conduta avaliada segundo princípios de lealdade, passíveis de serem avaliados objectivamente, alheios inclusivamente as intenções dos seus intervenientes, e não segundo critérios de normalidade talhados pelas conveniências da empresas e moldados aos seus interesses. As práticas normais de mercado representariam, naquele caso, apenas a aceitação generalizada de uma determinada prática, ainda que desleal, pelos agentes económicos que intervêm num determinado sector de mercado onde tal prática é usualmente adoptada²⁰.

O texto final da Directiva, que difere da proposta inicialmente apresentada, foi obtido mediante uma posição comum do Conselho e do Parlamento Europeu, após as correcções que este tinha promovido. Neste sentido, mesmo os mais críticos da Directiva terão que admitir que a substituição das “*práticas normais do mercado*” pelo critério das “*práticas de mercado honestas*”, semelhante ao que constava do artigo 10 bis n.º 2 da convenção da união de Paris de 1883 com a revisão de Estocolmo de 1975²¹, (“*usos honestos em matéria industrial ou comercial*”) constitui um considerável avanço legislativo.

²⁰ Vide: Tato Plaza, Ob. Cit.

²¹ Diz o Artigo 10 bis: 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União protecção efectiva contra a concorrência desleal. 2) **Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.** (negrito nosso) 3) Deverão proibir-se particularmente: 1. Todos os actos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente; 2. As falsas alegações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente; 3. As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

4.1.8) Autonomia dos critérios de avaliação.

Como vimos, a lei estabelece dois critérios para se avaliar o grau de competência especializada e o cuidado: a *prática de mercado honesta* e o *princípio geral da boa fé*.

Estas duas realidades estabelecem-se na lei como fontes distintas de avaliação, que poderão, ou não, funcionar cumulativamente na tarefa de determinar se determinada conduta do profissional é conforme a diligência profissional. Ou seja, a boa fé e a prática de mercado honesta actuam como padrões de conduta autónomos e perfeitamente distintos. O que significa que não existe qualquer relação de dependência entre ambos, nem nos podemos socorrer de um para tentar interpretar ou verificar o alcance de outro. Nestes termos, o princípio da boa fé não é utilizado na directiva como um meio de iluminar o caminho na busca do significado do que seja prática de mercado honesta e vice-versa.

O intérprete ou o julgador pode socorrer-se de uma, de outra, ou de ambas concomitantemente, na tarefa de determinar o padrão de competência especializada e cuidado (ou por outras palavras: o padrão de diligência profissional), que pode razoavelmente esperar de um profissional. Exemplificando, significa que uma prática comercial, que viole apenas o princípio geral da boa fé, poderá considerar-se contrária ao padrão de competência especializada e cuidado, e conseqüentemente contrária à diligência profissional. O que poderá conduzir a que, verificando-se que é susceptível de distorcer o comportamento económico do consumidor médio, seja considerada desleal por aplicação da clausula geral.

Esta possibilidade de aplicação alternativa revela que existe uma marcada diferença substantiva e conceptual entre ambos critérios. Não pode também deixar de se referir que, além de ontologicamente distintos, têm, na opinião da Directiva, o poder de impor padrões de conduta objectivos, capazes de permitir que se proceda a uma subsunção autónoma e perfeitamente separada, em apenas um dos conceitos (boa fé ou práticas honestas) de uma determinada conduta do profissional, sem que se belisque ou abarque, de modo sensível, o âmbito de intervenção do outro conceito.

Só assim se compreende que se possa optar pelo critério do *princípio geral da boa fé* ou pelo critério da *prática de mercado honesta* na hora de avaliar o padrão de diligência exigível. Não quer isto dizer que não concordemos com a possibilidade concedida pela directiva de aplicação alternativa de ambos os critérios. Chamamos apenas a atenção para a dificuldade que poderão sentir os Tribunais nacionais na

hora de determinar o que se deverá entender por cada um dos conceitos, uma vez que, como vimos, os seus significados não poderão coincidir sob pena de se extinguir esta possibilidade.

A análise que neste aspecto até agora fizemos permite que se possa seguramente afirmar que a cláusula adoptada pela Directiva funciona como um mecanismo jurídico altamente complexo. Neste sentido, requer, no momento em que for usada pelos Tribunais nacionais, uma abordagem teleológico-racional, que permita uma aplicação suficientemente agilizada, mas ao mesmo tempo segura. Para que assim se consigam retirar dos conceitos indeterminados propostos pela Directiva, elementos de ponderação suficientemente concretos e objectivos para que tanto empresas como consumidores (estes especialmente) consigam identificar em que situações se poderá considerar desleal uma determinada prática comercial.

Como anteriormente referimos, entendemos que esta cláusula geral representa uma mais-valia na protecção dos consumidores, mas não podemos deixar de alertar que serão os Tribunais nacionais dos vários estados membros que irão desempenhar um papel fundamental, e ao mesmo tempo ostensivamente difícil, na concretização desta cláusula geral.

Cumprido, contudo, chamar a atenção para que os Tribunais nacionais apenas se pronunciarão sobre esta questão se a mesma lhe for colocada à sua apreciação. Como se sabe, a justiça, com os custos que acarreta, pelo menos na realidade portuguesa, transforma-se paulatinamente num recurso de luxo ao dispor daqueles com algum poder económico. Um consumidor, que se sinta afectado por uma prática comercial que deva ser declarada desleal ao abrigo da cláusula geral, e que não conste, por isso, do catálogo do Anexo I da directiva, apenas recorrerá ao tribunal se o produto em causa for de valor considerável e for manifestamente ostensivo (se isso for possível!) que aquela prática comercial será efectivamente considerada desleal pelo Tribunal. Certamente que os profissionais que lidam com produtos de maior valor terão cuidados redobrados nas práticas comerciais que dirigem ao consumidores. Por outro lado, entender-se uma prática comercial como certamente desleal por aplicação da cláusula geral, será, antes de existir jurisprudência sobre o assunto, altamente improvável. Isto porque, como afirma Massaguer Fuentes²², apenas referindo-se à diligencia profissional, que é apenas um dos dois pressupostos exigidos na concretização da clausula geral, *“la Directiva se ha limitado a componer*

²² Ob. Cit. Pag 68.

un estándar jurídico genérico (o conceito de diligencia profissional) por médio de otros dos estándares jurídicos (boa fé e práticas honestas) al menos tan genéricos e indeterminados como el definido y, en consecuencia, ha trasladado el esfuerzo de la integración desde la «diligencia profesional» a las «práticas honestas del mercado» y al «principio de buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante». Así, la definición de diligencia profesional tal vez no sea de toda la ayuda que habría cabido esperar de ella...”

A possibilidade de aplicação prática que motivou a existência da cláusula geral nestes termos²³, poderá assim constituir o grande motivo da sua absoluta ineficácia. A complexidade dessa aplicação numa situação individual e concreta, poderá causar nos consumidores o receio de, não conseguindo provar os seus pressupostos, ter de suportar os (elevados e muitas vezes desproporcionados) custos com um procedimento judicial. Pelo que, nesta conjuntura, preferirão por certo, não reagir judicialmente quando a prática comercial que lhes for dirigida, não conste do elenco das práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias²⁴.

4.1.9) Prática honesta de mercado.

As práticas honestas do mercado devem ser entendidas na lógica dos *“usos honestos em matéria comercial ou industrial”* que previa o artigo 10 bis n.º 2 da Convenção da União de Paris para a protecção da propriedade industrial, com a redacção da revisão de Estocolmo²⁵.

A honestidade, como regra timoneira das práticas de mercado, de que trata esta cláusula geral, deverá ser entendida em termos objectivos, e apreciada com o sentido ético que a Directiva lhe pretendeu imprimir. Como sugere Mário Frota²⁶ é a própria definição de honestidade²⁷ que impõe a sua análise de uma perspectiva essencialmente ética, afirmando este autor que as *“Práticas comerciais honestas serão, por conseguinte, as susceptíveis de se aferir pelos códigos de honorabilidade, de probidade, de integridade.”*

²³ Vide considerandos 12 e 13.

²⁴ Constantes do Anexo I da Directiva e dos artigos 8º e 12º do Decreto-lei n.º 57/2008 de 26 de Março.

²⁵ Vide nota 21.

²⁶ Frota, Mário. *“Das práticas comerciais no espaço económico Europeu. As inovações no ordenamento jurídico da comunidade Europeia”*. Pág. 11

²⁷ O Dicionário da Língua portuguesa 2006 da Porto Editora adianta a seguinte definição de honestidade: *“1 qualidade do que age com rectidão, de acordo com a verdade; seriedade; probidade; 2 característica daquele que é sincero, e em quem se pode confiar; (...)”*

No seguimento do que anteriormente referimos no ponto 4.2) quando estudamos a evolução legislativa dos conceitos de práticas de Mercado Honestas e Princípio geral da boa fé, não deverá colher, neste particular, uma interpretação do conceito de práticas de mercado honestas definida pelas empresas ou profissionais, no sentido vulgar de conformidade com o que é usual fazer-se naquele sector de mercado, ainda que todas as empresas, desse e doutros sectores, tenham acordado nessa definição e seja por isso comumente aceite pelos operadores económicos em geral.

A Directiva deve ser interpretada e aplicada tendo como base a sua intenção de assegurar uma efectiva protecção aos consumidores, garantindo que estes façam as suas escolhas de forma livre e esclarecida. O conceito de honestidade, não sendo idêntico, deverá ser interpretado no mesmo sentido da noção de correcção empresarial. Que ultrapassa, sobremaneira, a mera ideia de *“normalidade”*, seja ela geral ou sectorial.

O considerando 20 da Directiva aborda o tema da regulação específica de diligência profissional num determinado sector, através da celebração de um código de conduta. Referindo-se que *“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”*. Esta regulação específica operada através de um código de conduta, não poderá servir para aligeirar as obrigações resultantes da diligência profissional e muito menos para enfraquecer ou mitigar as exigências provenientes dos conceitos indeterminados de que se socorre a sua definição no artigo 2º alínea h). Entendemos que esses códigos de conduta, reguladores da diligência profissional, apenas serão admissíveis desde que, salvaguardando os interesses dos consumidores, lhes garantam uma protecção efectivamente igual ou mais intensa do que aquela que resulta já da Directiva, caso contrário tornariam-se num modo de contornar a lei adaptando-a aos interesses dos profissionais.

Massager Fuentes²⁸ alerta ainda para a necessidade de se entender a honestidade de uma prática comercial em conjugação com o princípio da legalidade. Ou seja uma prática comercial contrária a jurisprudência anteriormente fixada, ou

²⁸ “El nuevo derecho..” pag 73

de uma qualquer norma reguladora daquela actividade (por ex: da publicidade de alimentos dirigidos a menores) ou mesmo a normas especiais, como sejam os artigos 6º a 9 da directiva, ou os seus considerandos 8), 10), 14), 18), 21), 27), e 29), será, obviamente uma prática de mercado desonesta.

Quando essa pratica possa ser incluída na categoria de práticas enganosas ou agressivas da directiva, não será, como já referimos, necessário ao julgador ou ao intérprete socorrer-se da cláusula geral. Essa análise não deixa contudo de ser importante para que se compreendam as motivações do legislador comunitário, e se possam transpor, mediante um juízo crítico e racional, essas motivações para a cláusula geral, e nomeadamente para a determinação da prática de mercado honesta. Deverá assim entender-se toda a directiva como uma unidade funcional, o que poderá facilitar a concretização de alguns conceitos indeterminados, como este de prática honesta.

4.1.10) O princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional.

Vimos, quando estudamos a primeira parte da definição de diligência profissional, que o princípio geral da boa fé representa uma norma de conduta distinta das práticas honestas de mercado, não se confundindo com estas.

A boa fé, enquanto instrumento de avaliação da deslealdade de uma prática, e consequentemente imposição de norma de conduta, poderá, em teoria, seguir dois modelos. Por um lado, poderia ser analisada sob uma perspectiva subjectiva, (*Guten Glauben*), que se caracteriza pela apreciação do estado de consciência do profissional quando adopta determinada conduta, ou por outras palavras, da sua intenção de agir de modo leal. Por outro lado, existe a perspectiva objectiva de determinação da boa fé, (*Treud ud Glauben*) em que esta é apreciada por factores externos as intenções ou consciência do profissional. Assumindo-se aqui boa fé como um modelo de conduta, pautado pelos valores da probidade e integridade de carácter a que o profissional está obrigado.

A opção pela boa fé como critério de conduta leal existia já na lei de Espanha, apesar de a directiva não acolher *ipsis verbis* o que constava do normativo espanhol, (que se referia a um comportamento " objectivamente contrário às exigências da boa fé") deve, em nossa opinião, ser entendido do mesmo modo. O que significa que, a boa fé a que faz referencia a alínea h) do artigo 2º da directiva se

determina com total alheamento das intenções ou convicções do profissional, devendo necessariamente apreciar-se segundo critérios objectivos.

É por isso que entendemos que a boa fé, como sustento da diligência profissional e da deslealdade de uma prática, possui um substrato eminentemente ético, à semelhança do que sucede com as praticas honestas do mercado. Isto significa que, está o profissional impedido de, na sua relação com os consumidores, actuar com propósitos censuráveis, e que por isso sejam objectivamente merecedores de um juízo ético de reprovação.

Em relação à boa fé como critério necessariamente objectivo, é esclarecedor o texto de Cuesta Rute²⁹ que refere *“No puede considerar-se contraria a las exigências de la «buena fé» (...) cualquier practica más o menos molesta para algún operador o agente del mercado; se tiene que tratar de una práctica que sea objectivamente lesiva para el buen funcionamiento del mercado, al ser este el principio del sistema sistema económico imperado por la Constitución por considerarse favorecedor de los legítimos intereses de todos cuantos en el mercado operan (...) tanto como del interés general o bien común.”*.

A boa fé como critério objectivo, ou norma de conduta não é novidade desta Directiva, ela existia pelo menos desde 1990, data em que o Código Civil alemão (BGB) a consagra como tal no § 242. O Código Civil português de 1966, provavelmente inspirado na lei germânica incluiu esse princípio objectivo de boa fé entre outros, nos artigos 227º e 762º n.º 2.

Talvez por consistir num instituto tradicional conhecido e adoptado na generalidade dos Estados-Membros, não se encontra na Directiva qualquer definição de boa fé. Todavia, Ruy Rosado de Aguiar³⁰, citado por Barbosa Balbino³¹ tenta uma definição bastante feliz de boa fé, dizendo que consiste num *“princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõe às partes comportamentos necessários, ainda que expressamente não previstos nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença”* Não podemos, porém, perder de vista, que este princípio geral de boa fé deverá, neste específico caso em

²⁹ Ob. Cit. Pag 194.

³⁰ “Cláusulas abusivas no código do consumidor, in estudos sobre a protecção do consumidor no Brasil e no Mercosul”

³¹ Renata Domingues Barbosa Balbino *“O princípio da boa fé objectiva no novo código civil”* pag 6.

que o estudamos, constituir norma de conduta apta a descrever o padrão de diligência profissional. Nesse sentido deverá conjugar-se com os critérios de competência especializada e cuidado a que a directiva faz referência.

Dessa conjugação que acabamos de referir, resulta, em nossa opinião, que o profissional está, em primeiro lugar obrigado a actuar em relação aos consumidores, com total transparência, desenvolvendo a sua actividade de modo eticamente irrepreensível. Em segundo lugar, implica que o profissional não procure criar nos consumidores a ilusão que possui méritos e competência profissionais de que afinal não dispõe.

Importa ainda referir que entendemos que a referência que se faz na parte final da alínea h) do artigo 2º ao "*âmbito de actividade do profissional*", não poderá ter o efeito de introduzir a possibilidade de se entender que a boa fé que se exige de um profissional numa determinada actividade, não é a mesma que se exige de um outro profissional em actividade distinta. Assim, entendemos que o princípio da boa fé deve possuir um sentido unívoco, e não sectorial, como poderia resultar da directiva. É por isso que consideramos que onde se diz "*princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional*" deveria antes dizer-se "*princípio geral da boa fé no exercício da actividade do profissional*".

4.2) Segundo Requisito: A Prática comercial susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a pratica comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

Este segundo requisito está integrado na alínea b) do artigo 5º da directiva, representando, ao lado da diligência profissional, o critério de determinação de deslealdade das práticas comerciais.

Tal como sucedia com o conceito de diligência profissional, este segundo requisito deverá ser interpretado teleologicamente, conjugando-se com a ideia de que a Directiva tem como finalidade estabelecer um elevado nível de protecção aos consumidores.

4.2.1) A distorção do comportamento económico do consumidor.

A distorção do comportamento económico do consumidor aparece definida na alínea e) do artigo 2º da Directiva, bem como na al. e) do art. 3º do Diploma nacional, como sendo a *“utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”*.

A Directiva faz assim depender a distorção do comportamento do consumidor, da existência de um prejuízo na capacidade deste fazer escolhas livres e esclarecidas. Como sugere Massaguer Fuentes³² a distorção não será, neste sentido, a mera influência da prática comercial na conduta dos consumidores ou no modo como estes actuam no mercado perante um determinado produto, mas sim a influência que torce ou deforma essa conduta e, em particular, que impede a autonomia e racionalidade das decisões que adoptem neste âmbito.

Para que se entenda convenientemente o significado de distorção do comportamento económico dos consumidores, é indispensável identificar o que se deve entender por *“comportamento económico”*. Na citada definição da alínea e) do artigo 2º, indica-se como elemento essencial na determinação do conceito de comportamento económico do consumidor, a decisão deste sobre uma transacção. Apesar de a definição contida na alínea e) não se referir à noção de produto, entendemos que a decisão de transacção terá necessariamente como objecto um produto, não sendo, para estes efeitos, uma decisão de transacção em abstracto, por dois motivos: **Em primeiro lugar**, porque a definição de «decisão de transacção» da alínea k) faz menção expressa á relação que deve existir entre essa decisão e um produto, quando refere que esta significa *“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, (...)”*. **Em segundo lugar**, porque do considerando 7 da Directiva é inequívoco que essa decisão é apreciada tendo por base a transacção de um produto, quando se diz que *“A presente directiva refere-se a práticas comerciais relacionadas com o propósito de influenciar directamente as decisões de transacção dos consumidores em relação a produtos.”*. No seguimento do que vimos dizendo, esclarece Tato Plaza³³ que *“o comportamento económico do consumidor abarca tanto o processo prévio de formação de preferências, como a adopção de decisão de*

³² Ob. Cit. Pag 84.

³³ Ob cit. Pag 17

compra (...)". Não convém perder de vista que «produto», nos termos que antes vimos, significa qualquer bem ou serviço.

Esse comportamento económico do consumidor é distorcido quando este, em seu próprio prejuízo, "*tome uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo*", ou seja, que não teria tomado se aquela prática comercial a tal não o tivesse influenciado. Como sugere Miclitz³⁴, a pedra de toque desta distorção será acima de tudo a autonomia do consumidor, bem como o modo como esta é afectada. Este insigne autor fala a este respeito da publicidade emocional como castradora dessa autonomia. Além da autonomia do consumidor como o elemento objectivo, o citado autor fala na intenção do profissional como critério subjectivo³⁵, critério que necessariamente deve ser ignorado porque os pressupostos subjectivos não tem aplicação nesta matéria, como o próprio conclui. Questão diferente será a de saber se essa distorção deve ser actual ou poderá ser potencial. Não temos dúvidas que a redacção da lei aponta para uma distorção actual, contudo, as legítimas expectativas dos consumidores não deverão ser desprezadas, cabendo aos julgadores nacionais uma abordagem atenta e sensível.

4.2.2) A substancialidade da distorção do comportamento económico do consumidor.

De uma leitura atenta da alínea b) do número 2 do artigo 5º, conclui-se que não é suficiente para integrar a cláusula geral de deslealdade, uma qualquer distorção do comportamento económico do consumidor. Apenas uma distorção «substancial» relevará para estes efeitos.

Essa substancialidade da distorção tem como referência o prejuízo "sensível" da aptidão decisiva do consumidor. Não poderemos tentar uma definição geral e abstracta desta substancialidade referida na Directiva. Saber-se se uma distorção do comportamento económico do consumidor é, ou não, substancial, é um exercício que apenas pode ser feito por referência às específicas circunstâncias de cada caso concreto, mediante uma cuidada análise dos pressupostos de facto, como resulta do considerando 7 *in fine*, onde se diz que "*Na aplicação da presente directiva, em especial das suas cláusulas gerais, deve-se ter plenamente em atenção as*

³⁴ " *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*" pag. 104.

³⁵ Ob. Cit. Pag. 106.

circunstâncias de cada caso concreto". Convém ter em atenção que, o nível de distorção do comportamento económico exigido para que possa ser qualificado como substancial, não pode ser avaliado de um grau ou patamar demasiado elevado, sob pena de se retirar o efeito útil da cláusula geral.

Neste sentido, sempre que os tribunais se depararem com o problema de determinar a substancialidade daquela distorção, não deverão ser demasiado exigentes. Sendo aconselhável que se tenham como referência aqueles exemplos tipificados na Directiva onde se consideram expressamente desleais certas práticas comerciais, apesar de ser manifestamente reduzida a possibilidade de incidirem de modo substancial no comportamento económico dos consumidores. Dando o Professor Tato Plaza o exemplo da prática desleal contida no número 8 do anexo I da Directiva³⁶.

Em relação ao nível de distorção exigido para que se considere «substancial», poderão também servir de alguma ajuda a referência histórica aos pontos 54 e 55 da proposta de Directiva, onde se dizia que: *"la práctica comercial, dentro de contexto: _ debe tener un efecto lo suficientemente importante como para cambiar, o poder cambiar, el comportamiento del consumidor haciéndole tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría tomado, y _ debe producir este efecto mermando la capacidad del consumidor de tomar una decisión con conocimiento de causa. Los incentivos, como la oferta de té o café gratuitos, o de transporte gratuito hasta el establecimiento, no contarían, puesto que el consumidor tiene la libertad de servirse o no de ellos. Una decisión sobre una transacción consistiría, por ejemplo, en una decisión sobre si comprar o no y, en su caso, a qué proveedor; o en una decisión de ejercer derechos en el marco de un contrato, o de continuar o poner fin a una relación comercial con un proveedor"*.

4.2.3) O consumidor médio de referência e o membro médio do grupo de consumidores especialmente vulneráveis. Situações em que se aplica este conceito. (Em busca do consumidor médio!)

Numa tentativa de aclarar quando uma prática comercial é susceptível de

³⁶ Que considera desleal: *"Comprometer-se a fornecer um serviço de assistência pós-venda aos consumidores com os quais o profissional tenha comunicado, antes da transacção, numa língua que não seja uma das línguas oficiais do Estado-Membro em que o profissional se encontra estabelecido, e posteriormente assegurar este serviço apenas noutra língua, sem ter anunciado de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter comprometido em relação à transacção"*.

distorcer o comportamento económico do consumidor, a Directiva socorreu-se do conceito de *consumidor médio*. Ou seja, a deslealdade de uma prática comercial existe quando se entenda que um consumidor médio teria por ela sido afectado, impedindo-o tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a transacção de um produto.

O consumidor médio é um conceito jurídico que não deve ser confundido com as medianas qualidades de um consumidor individual e concreto, sendo necessário autonomizar convenientemente ambas as realidades, para que se possa, se necessário, comparar a actuação daquele consumidor individual com o conceito de consumidor médio que a Directiva apresenta como referência.

Apesar de não existir um conceito uniformizado de consumidor individual, entendemos, como anteriormente referimos, que em termos latos, consumidor será: *“toda a pessoa física, não profissional, que adquire bens ou serviços para o seu consumo final, com objecto de satisfazer necessidades pessoais ou familiares”*³⁷. Com esta definição vemos que as diferenças entre os conceitos de consumidor e de cidadão são muito ténues. O consumidor será, naturalmente, também um cidadão, com a especificidade de ser apreciado sob a óptica de alguém com capacidade económica para adquirir bens ou serviços.

O conceito de consumidor médio, não estará, por isso, muito distante daquilo que será um cidadão médio, apesar de os conceitos de consumidor e cidadão não serem exactamente equivalentes, uma vez que um consumidor é um cidadão com capacidade económica suficiente para adquirir determinados bens ou serviços.

Em nosso entendimento, o conceito de consumidor médio pode comprometer o objectivo da Directiva conceder maior protecção aos consumidores. Isto, caso se entenda que este conceito jurídico deve sempre e impreterivelmente ser aplicado na hora de determinar a distorção do comportamento económico de um consumidor.

Pela forma como está redigida a al. b) do número 1 do artigo 5º, parece efectivamente que o legislador comunitário pretendeu que o conceito de consumidor médio fosse sempre utilizado como referência na hora de apurar a deslealdade de uma prática comercial. O que provocou, erradamente em nossa opinião, que as leis nacionais, tivessem transposto a cláusula geral da Directiva de modo a que pareça

³⁷ Esta definição que adiantamos é proposta no Documento de trabalho do Parlamento Europeu, *Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores* de 17 de Maio de 2006 em que foi relatora Diana Wallis e onde se tiveram em atenção as Directivas 87/57/CEE; 87/02/CEE, modificada pela directiva 90/88/CEE; 93/13/CEE; 97/7/CE; 99/44/CE; 2000/31/CE; 2002/65/CE e 2005/29/CE, entre outros documentos comunitários

inequívoco que a distorção é sempre apreciada desde a perspectiva do consumidor médio. Exemplo paradigmático dessa errada opção legislativa é o artigo 5º n.º 2 do Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março que transpôs a directiva para Portugal, onde se diz que “o carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio”.

Consideramos que o recurso ao conceito de consumidor médio não poderá fazer-se nestes termos. Nem foi certamente essa a intenção da directiva, pelos motivos que seguidamente abordaremos.

A leitura que fazemos da alínea b) do n.º 2 do artigo 5º é a seguinte: se uma prática comercial «**distorcer**» o comportamento económico de um consumidor, não é necessário, nem faz sentido, a referência ao consumidor médio.

Esse conceito de consumidor médio, na versão que propomos, apenas será utilizado para se verificar quando uma prática seja “**susceptível de distorcer**” o comportamento económico do consumidor.

Julgamos que deve ser entendido desta forma, em primeiro lugar pela conjugação verbal do termo “distorcer”. Isto porque, se uma prática comercial *distorcer* de modo efectivo e contundente o comportamento económico do consumidor, aquilo que se pretendeu evitar já está consumado, no sentido que essa distorção já operou no comportamento económico do consumidor. Pelo que, não poderá, em nosso entendimento, afastar-se o juízo de deslealdade dessa prática pelo facto de aquele consumidor não ser “médio”. Sob pena de ter que se defender que apenas merece protecção uma distorção do comportamento dos consumidores que, pelo menos, possuam qualidades suficientes que permitam considera-los como médios.

Em segundo lugar, porque como vimos, o conceito de *consumidor médio* é um conceito jurídico, que está desacompanhado de qualquer individualização que se lhe pretenda imprimir. Assim, não se concordando com a solução que vimos propondo, entendendo, como faz a lei portuguesa, que a referência deverá ser a do consumidor médio, independentemente de estar em causa a distorção efectiva ou a susceptibilidade de ocorrer essa distorção, deverá também entender-se que a Directiva nunca pretendeu realmente contemplar a efectiva distorção do comportamento económico dos consumidores, e trata esta distorção já concretizada do mesmo modo que trata a susceptibilidade dessa distorção vir a ocorrer. O que significa que, nestes termos, terá obrigatoriamente que se defender que, mesmo quando ocorra uma distorção efectiva no comportamento económico de um

consumidor concreto e individualizado, terá que se apurar, em abstracto, a susceptibilidade de, com idêntica prática comercial e em idênticas circunstâncias, se distorcer o comportamento económico de um consumidor dito “médio”, sendo absolutamente irrelevante que já tenha ocorrido uma distorção efectiva no comportamento desse consumidor individual. Isto porque, o consumidor médio não existe, nem enquanto operador de mercado, nem enquanto sujeito passivo de práticas desleais, existindo apenas enquanto critério ou referência das qualidades mínimas que deve um consumidor concreto possuir. Não será assim razoável, em sã consciência e discernida opinião, dizer-se que a directiva pretende também referir que *“uma prática comercial é desleal se distorcer o comportamento do consumidor médio (...)”*. Tal afirmação adquire imediatamente um tom deslocado, que certamente não foi perseguido pela directiva.

Este conceito de consumidor médio apenas poderá ser utilizado como critério de referência naquelas situações em que seja necessário apurar se existe a susceptibilidade de uma prática comercial distorcer o comportamento económico dos consumidores concretos. Apenas nestas situações faz sentido a sua utilização, pois na verdade, a susceptibilidade de se distorcer o comportamento dos consumidores não podia, naturalmente, determinar-se, como é óbvio por referência a um outro consumidor individual.

Para que melhor se entenda este raciocínio, que entendemos dever aplicar-se sempre, numa lógica de pergunta resposta diremos: Quando é que uma prática comercial é susceptível de distorcer o comportamento económico dos consumidores? Sempre que se entenda que um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz (o tal consumidor médio), visse com aquela pratica prejudicada a sua aptidão para tomar uma decisão livre e esclarecida.

Não desconhecemos que os artigos 6º a 9º da Directiva, que tratam das práticas comerciais enganosas e agressivas, utilizam uma formulação semelhante à do artigo 5º, socorrendo-se inclusivamente da mesma conjugação verbal³⁸. Somos da opinião que também aqui deve seguir-se a regra que antes apresentamos. No entanto, atendendo a que nestes casos estamos perante práticas comerciais desleais especiais, seria menos repugnante utilizar-se sempre o recurso ao consumidor médio de referência. Isto porque, apesar de se conceder a possibilidade de uma determinação casuística de deslealdade, existe uma lista exhaustiva de práticas

³⁸ Vide artigo 6º *“induz a ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio”*; artigo 8º *“prejudicar ou for susceptível de prejudicar ... o comportamento do consumidor médio”*.

comerciais que serão sempre consideradas desleais, sem necessidade de avaliação prévia e independentemente de o consumidor por elas afectado ser ou não médio. O que como com acerto se diz no considerando 17, proporciona segurança jurídica acrescida.

Numa cláusula geral não é possível proceder-se a uma enumeração semelhante á que consta do anexo I da Directiva, o que, em nossa opinião, não poderá justificar que se deva conceder menos protecção ou segurança aos consumidores sobre as práticas comerciais futuras que visa a cláusula geral contemplar. Isto conduziria a uma dualidade de critérios altamente nociva do grau de coerência exigido a um texto comunitário com as características e motivações desta Directiva. É também por isso que entendemos que se uma prática comercial, para a qual exista necessidade de recorrer á cláusula geral do artigo 5º, tiver já distorcido o comportamento económico do consumidor que se sente lesado, a referência de distorção deverá, nesse caso, ser esse consumidor concreto e não o consumidor médio.

Em segundo lugar, um consumidor que se sinta lesado, porque viu distorcido o seu comportamento económico por uma prática comercial que um profissional lhe dirigiu, e pretenda, por isso, recorrer aos tribunais para salvaguardar os seus interesses, estará já bastante onerado com a prova que lhe incumbe fazer. Na verdade, um consumidor, teria, neste caso, que provar que o seu comportamento foi efectivamente distorcido, que essa distorção resultou daquela prática comercial e que foi aquela empresa ou aquele profissional que consumou essa prática. Isto porque não existe ainda uma inversão do ónus da prova nesta matéria. Poderia assim suceder, se a referência nestes casos de distorção efectiva for o consumidor médio, que aquele consumidor concreto cujo comportamento foi distorcido, consiga fazer toda a prova que antes referimos e mesmo assim veja a sua pretensão desatendida. Isto acontecerá se não conseguir provar que possuía as qualidades exigidas para que fosse considerado um consumidor médio.

Em terceiro lugar, porque não se concordando com a posição que se vem defendendo, será necessário que se promova a correcção da definição de consumidor contida na própria directiva no artigo 2º alínea a) (cujá redacção do artigo 3º do Decreto Lei 57/2008 é precisamente igual). Passando a constar que, para efeitos desta directiva, apenas serão considerados consumidores, e consequentemente merecedores de protecção contra as práticas comerciais desleais, aquelas pessoas singulares que, pelo menos, possuam qualidades que lhes permitam a honrosa

classificação de consumidor médio. Deveria também dizer-se, neste sentido, que todos aqueles que, mesmo sendo consumidores, não se possam considerar normalmente informados e razoavelmente atentos e perspicazes, serão tratados pela Directiva como uma anomalia desprezível que não merece qualquer tipo de protecção.

Se a referência for sempre e impreterivelmente o consumidor médio, a definição de consumidor contida na alínea a) do artigo 2º não faz qualquer sentido, na justa medida em que esta nunca será aplicada. Podendo, legitimamente, considerar-se uma forma desonesta de legislar, que reflecte a má fé com que se tratou esta questão, criando-se a ilusão que se está protegido pelo simples facto de se ser consumidor, o que discordando-se da posição que vimos sugerindo não é verdade. Isto porque, um qualquer consumidor que leia aquela definição contida na directiva vai achar-se abrangido pelas disposições desta, quando apenas se contemplam aos consumidores médios ou acima dessa honrosa média.

Salientamos que: O conceito de consumidor, tal como definido na alínea a) do artigo 2º³⁹, tem necessariamente aplicação na Directiva, e em nossa opinião é na cláusula geral, nos termos que vimos defendendo, que essa aplicação se verifica.

4.2.4) Definição do conceito de consumidor médio.

No seguimento do supra exposto, mas agora de uma outra perspectiva, desta vez de definição deste conceito, diremos que por consumidor médio deve entender-se o consumidor *“Normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz”*. Esta descrição de consumidor médio deverá, por enquanto, ser a mesma em todos os Estados-Membros. Houve inclusivamente algumas legislações nacionais, como a francesa⁴⁰, que no artigo 39º da lei 2008-3 de 3 de Janeiro, que transpôs a Directiva para o ordenamento jurídico interno, não se refere ao “consumidor médio”, antes referindo-se ao *consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz*, o que representa uma nobre intenção descritiva do conceito de “consumidor médio”.

Esta e outras situações idênticas, surgiram, possivelmente, porque a Directiva

³⁹ Igualmente definido na al. a) do artigo 3º do Dec. Lei 57/2008

⁴⁰ Que descrevendo a clausula geral refere que: “Une pratique commerciale est déloyale lorsqu’elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu’elle altère, ou est susceptible d’altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur **normalement informé et raisonnablement attentif et avisé**, à l’égard d’un bien ou d’un service. » Negrito nosso.

se absteve de definir o que deveria entender-se por consumidor médio, contrariando neste aspecto as intenções da proposta de directiva⁴¹ que tinha como propósito que na versão final da directiva constasse uma definição desse conceito, dizendo-se no ponto 35 daquela proposta que *“Dá-se também uma definição de consumidor médio que incorpore os parâmetros estabelecidos pelo TJCE (Asunto C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994) Rec. I-317; Asunto C-210/96, Gut Springheide GmbH contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998) Rec. I-4657) do consumidor «normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz». (...) esta definição emprega-se no artigo 5º para garantir que quando o objectivo seja um grupo específico de consumidores, se tomem em conta as características do membro médio desse grupo ao avaliar o impacto da prática em questão”*.

Este abandono, por parte da Directiva, de fazer constar uma definição de consumidor médio, vem explicada na comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu^{42 43} onde se diz que: *“a redacção foi alterada de forma a que o texto deixou de conter uma definição de consumidor médio, na sequência das preocupações manifestadas de que isso impediria o conceito de evoluir em consonância com a jurisprudência do TJCE”. A Comissão está satisfeita visto que a referencia ao consumidor médio no texto e a clara ligação à jurisprudência do TJCE no considerando 18 tem o mesmo efeito que a alteração 107”*.

Daqui resulta que a noção de consumidor médio não é um conceito estanque, ou pelo menos, que possa neste momento ser considerado acabado. Sendo visível que as instituições comunitárias admitem que ele possa vir a sofrer evoluções sensíveis, acompanhando uma certa corrente jurisprudencial que dele se tem ocupado.

Esta ausência de definição no texto da Directiva, pode trazer algumas vantagens, especialmente se utilizada no sentido exposto, mas poderá também ser perigosa se entendida no sentido que legitimamente a interpretou Wilhemsson⁴⁴. Entende este autor que, se o legislador comunitário optou por não definir o conceito de consumidor médio, então, os tribunais nacionais, serão livres para interpretar o dito conceito de forma diferente do TJCE.

⁴¹ Documento COM(2003)356final de 18 de Junho de 2003.

⁴² Constante do documento de 16 de Novembro de 2004, COM (2004) 753 final 2003/0134

⁴³ Veja-se a este respeito Vaqué, Gonzalez *“ las nociones de consumidor médio y miembro médio de un grupo particular de consumidores en el reglamento n.º 1924/2006”*, in Re Deco n.º 11, 2007 pag 21.

⁴⁴ Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *“European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive”* Ashgate, Aldershot, 2006, pag 131-132.

Esta orientação doutrinal poderia encontrar resistências no considerando 18 da Directiva, que efectivamente manda atender à jurisprudência comunitária, todavia, na lei portuguesa, à semelhança do que sucede na generalidade das restantes transposições, não se faz qualquer referência, quer no preâmbulo quer no corpo do diploma, ao texto do considerando 18 ou ao modo como se deve interpretar o conceito de consumidor médio. Neste sentido poderemos, efectivamente, encontrar diferentes interpretações nacionais, especialmente se os tribunais nacionais não tiverem o cuidado de proceder a uma análise do Direito e da jurisprudência comunitária.

Não constando da Directiva, teremos que considerar que a noção de consumidor médio é essencialmente de base jurisprudencial, tendo sido impulsionado, como antes referimos, pela jurisprudência comunitária. Este conceito teve a sua génese em Julho de 1998, num acórdão do TJCE proferido no caso "Gut Springeneide"⁴⁵. Neste acórdão, que tratou da questão de saber se a inscrição numa caixa de ovos, alusiva a que as galinhas eram alimentadas com seis variedades diferentes de cereais, e que essa variedade na alimentação melhorava a qualidade dos ovos, enganava ou não os consumidores. Para esse efeito, diz o acórdão, que é necessário "*ter em consideração a expectativa que se presume existir num consumidor médio*"⁴⁶. Este acórdão fundou-se numa orientação jurisprudencial que vinha sendo seguida pelo TJCE há algum tempo. De entre os acórdãos citados no ponto 30 do caso Gut Springenheid, destacamos o acórdão "Mars" de 6 de Julho de 1995, assunto C-470/93, RJTJ p. I - 1993, onde se falava já no consumidor "*razoavelmente informado*"⁴⁷.

Pela definição sugerida pelos tribunais comunitários de "*consumidor médio*", vemos que este não é um conceito construído por referência a critérios estatísticos. Ou seja, não é com base no comportamento da maioria dos consumidores, ou do modo como a generalidade deles reage às práticas comerciais que lhes são dirigidas pelas empresas, que vamos encontrar a definição jurisprudencial de consumidor médio que a directiva pretendeu introduzir.

⁴⁵ Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt—Amt für Lebensmittelüberwachung, judgement of the Court of Justice (Fifth Chamber) de 16 de Julho de 1998, assunto C-210/96, ECR, 1998, I-4657,

⁴⁶ Diz-se no ponto 31 do citado Acórdão que "*(...)o Tribunal de Justiça tomou em consideração a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, sem ter ordenado qualquer exame pericial ou encomendado uma sondagem de opinião.*"

⁴⁷ Veja-se a este respeito: Vaqué, Luis Gonzales, "*Lá noción de consumidor médio según la jurisprudência del tribunal de justiça de las comunidades europeas*", pag 13.

Este conceito de consumidor médio baseia-se antes num "*modelo de informação*"⁴⁸ que incorpora não só o conceito de consumidor bem informado, como o de consumidor atento e com capacidade crítica, que não só obtém informação fornecida pela publicidade ou por outras práticas comerciais, como pesquisa de modo autónomo e por sua própria iniciativa, essa informação relativa aos produtos, fazendo as suas escolhas com base na análise crítica de toda a informação recolhida.

Como refere Dausses⁴⁹ o consumidor médio mais não é que a ultima etapa de uma orientação jurisprudencial europeia, que construiu o conceito de consumidor como sendo "*sensível, atento e cauteloso, com capacidade de analisar de forma crítica e com discernimento, as mensagens publicitárias em particular e as práticas comerciais em geral*".

Partimos de um pressuposto que, em certas circunstâncias, poderá ser perigoso, na medida em que se dá como certo que os consumidores se informam e analisam a qualidade e o preço dos produtos que vão adquirir antes de tomar uma decisão de transacção que no momento em que é efectuada se presume inteligente e reflectida⁵⁰. Ou seja, de certa forma transfere-se para o consumidor uma parte substancial da responsabilidade pelo seu acto de consumir, obrigando-os a um nível mínimo de "*instrução*" de forma a obterem as competências que lhes permitam compreender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas. Isto é, se por um lado, permite-se que os profissionais coloquem um certo grau de complexidade nas práticas comerciais que vão desenvolvendo. Por outro lado, obrigam-se os consumidores a acompanhar essa evolução, responsabilizando-os (retirando-lhes a devida protecção) se não o fizerem.

Os consumidores desempenham no mercado o papel de actores competentes, responsáveis e altamente racionais⁵¹, estando obrigados a esperar da parte dos profissionais que lhes sugerem insistentemente a aquisição de novos produtos, senão uma actuação desleal, pelo menos uma certa ousadia comercial. Em nossa opinião, entendemos que o consumidor está onerado com uma verdadeira **obrigação de inteligência**, ainda que, por agora, estabelecida "apenas" a um nível mediano.

⁴⁸ Rosela Incardona e Cristina Pincibó, "The average consumer, the unfair commercial practices and the cognitive revolution" in *Jornal Consumer Policy*, 38-2007, pag 9.

⁴⁹ Dausses, M. A. "*consumer information in the case law of the european court of justice: a German view*" in *Brittish food journal*, 100, pag 244-253.

⁵⁰ Vide: opinião do advogado geral Fennely no acórdão "Esteé Lauder" assunto C-220/98, ERC, 2000, I-117.

⁵¹ Sobre a noção de consumidor inteligente vide Ac. TJCE Case C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und gewerbe Köln e V v Mars GmbH* (1995) ECR I-1923

Todavia, nada impede que os tribunais comunitários entendam elevar o padrão de qualidades que deve um consumidor médio possuir, podendo, como vimos, fazê-lo a todo tempo.

A grande falácia desta opção por um "*modelo de informação*" na altura de determinar o conceito de consumidor médio, reside no facto de o consumidor, enquanto pessoa que é (quando falamos em consumidores pensamos em pessoas), nem sempre actua de modo completamente racional e ponderado, sendo, muitas vezes, os seus actos motivados por razões insignificantes, meramente emocionais ou sentimentais e até irreflectidas, motivadas por um impulso instantâneo ou mesmo por fascínio.

Estes factores deverão ser conjugados com o facto de os consumidores não possuírem capacidades ilimitadas, nem de memorizar informação, nem de a processar de forma totalmente ponderada, apreciando criteriosamente todas as vantagens e desvantagens dos produtos. Além do que, o próprio comportamento económico do consumidor não é uniforme, comportando-se este de modo diferente quando faz as suas compras rotineiras, e quando adquire um produto novo, do qual não tenha qualquer experiência de consumo. Ou seja, não se pode considerar que o comportamento dos consumidores seja constante e homogéneo.

Não podemos também esquecer que, como referem Reynolds & Olson⁵² citados por Incardona, para que o consumidor analise a informação, ela terá primeiro, pelo menos, que ganhar ou obter a sua atenção. O que por si só poderia consistir numa influência apta, senão a prejudicar a decisão de celebrar uma transacção, pelo menos a modificar o modo como essa informação é por ele posteriormente processada.

4.2.5) Elementos do conceito de consumidor médio.

No seguimento da definição do conceito de consumidor, podemos, segundo Vaqueé⁵³, no distinguir dois elementos no conceito de consumidor médio. São eles: *a) a atitude do consumidor*; e *b) os conhecimentos do consumidor*.

a) A atitude do consumidor.

⁵² Reynolds T. J. & Olson J. C. "*Understanding consumer decision making: A means-end approach to marketing and advertising strategy*", 2001.

⁵³ "Lá noción de consumidor médio según la jurisprudência del tribunal de justiça de las comunidades europeas" pag 63

Segundo Gonzalez Vaqueé, é antes de mais a atitude do consumidor que faz dele um consumidor razoavelmente atento e perspicaz. Não sendo correcto afirmar-se que o consumidor tem “obrigação de se informar”, será certamente a sua atitude empenhada em aceder á informação disponível que lhe garantirá as competências necessárias a que possa ser qualificado, pelo menos, como consumidor médio.

b) Conhecimentos do consumidor.

Um consumidor médio será aquele que, como vimos, esteja normalmente informado. Ou seja, que possua um nível normal de conhecimento. Esta necessidade de informação que impende sobre o consumidor não se deve confundir com as competências de um determinado grau académico ou escolar ou sequer cultural. Antes representa o nível de informação sobre um determinado produto, que ele próprio procura, por sua iniciativa, ou que lhe chegam através da publicidade ou outras práticas comerciais, indispensável para que lhe seja possível proceder a uma análise crítica, que conduza a uma decisão de transacção esclarecida.

Será também importante abordar a relação entre o nível de informação que deve possuir um consumidor médio e o conhecimento de diferentes línguas. Convém antes de mais, esclarecer que ambas realidades não se devem confundir, pois para que o consumidor se considere normalmente informado, não se exige que conheça varias línguas. Porém, como afirma Gonzalez Vaqueé⁵⁴, o conhecimento de uma ou mais línguas pode considerar-se, em alguns casos, uma importante componente da informação do consumidor, dando o exemplo do acórdão “Doubleminte”⁵⁵, onde se faz referência a um consumidor médio que domine a língua inglesa, distinguindo-o daquele que não domina, suficientemente, essa língua⁵⁶. Além do domínio de línguas estrangeiras, cada vez mais importante para obter informações sobre produtos num mercado globalizado, parece também necessário distinguir, para efeitos do grau de informação exigível, o consumidor alfabetizado do consumidor totalmente

⁵⁴ Ob. Cit. Pag. 69.

⁵⁵ De 31 de Janeiro de 2001 no assunto T - 193/99, RJTJ, pag. II - 417

⁵⁶ Sobre o multilinguismo existente na União Europeia veja-se o documento da Comissão de 22.11.2005 COM(2005) 596 final, COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO CONSELHO, AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU AO COMITÉ DAS REGIÕES sobre “Um novo quadro estratégico para o multilinguismo” onde nas conclusões se refere que “O multilinguismo é essencial para o bom funcionamento da União Europeia. Aumentar as competências linguísticas dos cidadãos será igualmente importante para a realização dos objectivos políticos europeus (...)” pelo a diversidade neste âmbito não será necessariamente prejudicial.

analfabeto.

Cumpra ainda referir que, este conhecimento ou nível de informação que serve de critério ao conceito de consumidor médio deve ser entendido em sentido amplo. Como se refere no brilhante parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre "*A política dos consumidores após o alargamento da UE*" em que foi relator o Ilustre jurista português Pegado Liz⁵⁷, "*não basta a informação específica a propósito de cada serviço ou produto, nem uma informação qualquer ainda que muito completa, mas a necessidade de uma informação ajustada e personalizada ao tipo de bens e de serviços em causa*".

O conhecimento ou informação que deve possuir um consumidor dito médio, não será, certamente, aquele que identifica um outro parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o tema "*Mercado único e defesa dos consumidores: oportunidade e obstáculos no grande mercado*"⁵⁸, em que foi relator Ceballos Herrero. Onde se dizia que, têm possibilidade de "*desfrutar todos os benefícios que a realização do mercado interno oferece*", aqueles consumidores "*correctos e completamente informados*". O critério adequado residirá assim numa solução de equilíbrio, fundada em juízos de razoabilidade, entre este consumidor completamente informado, e um outro totalmente desinformado.

4.2.6) Determinação do consumidor médio.

Apesar de, no texto da directiva, não se encontrar qualquer definição de consumidor médio, diz-se no considerando 18 que "*De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça (...)*".

Como resulta do citado considerando, apesar de o consumidor médio se apurar com base nas noções de "*normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz*", é necessário que, no exercício da sua determinação, se encontrem critérios específicos e delimitadores, que permitam a adequada aproximação á realidade sociocultural em que está inserido.

Como oportunamente referimos, não existe um consumidor médio, apenas

⁵⁷ Publicado in JO de 8 de Setembro de 2005 C221/163.

⁵⁸ Publicado in JO de 12 de Fevereiro de 1996 C039 Pag. 0055.

existem consumidores individuais, cada um com as suas especificidades.

Por existir uma acentuada heterogeneidade entre os níveis de informação dos consumidores, sendo, possivelmente, mais os consumidores desinformados do que aqueles que estão razoavelmente informados, que em alguma jurisprudência se optou por um conceito menos exigente de consumidor.

Podemos citar alguns dos exemplos que foram objecto de reflexão na avaliação de impacto exaustiva da directiva⁵⁹, onde se referiu que, no Cour de Cassation Belga no acórdão de 12 de Outubro de 2000 proferido no caso "Saint-Brice NV/ Estado Belga", que remeteu para uma noção de consumidor menos atento, "*que aceita de forma acrítica o que lhe é proposto*", não conseguindo detectar as armadilhas, os excessos ou o silêncio enganoso. O Bundesgerichtshof alemão, na decisão de 20 de Dezembro de 2001 e a decisão de 20 de Outubro de 1999, proferidas nos processos I ZR 215/98 e I ZR 167/97 respectivamente, descreveu o consumidor de referencia como sendo "*um observador casual*"

O conceito de consumidor de referência contido na directiva é sensivelmente mais exigente que os supra referidos. Mas não será por isso que deveremos aplicar o conceito de consumidor médio com total alheamento da realidade específica em que os consumidores individuais se movimentam. Não se estranha por isso que o considerando 18 da directiva diga, *in fine* que "*o critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades competentes terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso*". Apesar de o critério ser o mesmo (de consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz), não podemos pensar que o nível de informação que é normal ter um consumidor que resida em Londres ou Berlim é o mesmo daquele consumidor que reside numa remota aldeia da Roménia ou da Letónia⁶⁰. A Directiva nunca mostrou essa pretensão, nem consequentemente deve fazê-lo o interprete ou julgador. Devemos ter como principio que a "*normalidade*" de informação é um conceito flexível. Pese embora não se poder considerar dependente de qualquer critério estatístico, como se afirma no citado considerando, na determinação da deslealdade de uma prática comercial não estão vedados às

⁵⁹ Documento de trabalho dos serviços da Comissão de 18 de Junho de 2003 COM (2003) 356 final.

⁶⁰ No mesmo sentido, Stephen Weatherill, "Who is the 'Average Consumer' in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under the EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*", pag 138 que refere "*it remains conceivable that a practice may be harmless in state X but harmful, and therefore unlawful, in state Y because consumers in state Y have different tastes, abilities or expectations*".

autoridades nacionais o recurso a sondagens de mercado ou de opinião, e outros estudos análogos que permitam, por exemplo, obter a percentagem de consumidores que se sentiram enganados por uma prática comercial. Em nossa opinião tais estudos apenas serão justificados quando se encontrem sérias dificuldades. Demais, como entende González Vaqué⁶¹ citando o advogado geral Fennelly no caso "Estée Lauder"⁶² "*los estudios de mercado pueden ser útiles... [aunque] no liberan al órgano jurisdiccional nacional de ejercer su propia facultad de apreciación fundada en el modelo del consumidor medio tal como está definido en el Derecho comunitario*". Assim, independentemente de a percentagem de consumidores afectados ser elevada, nunca estará o Tribunal exonerado de proceder a uma análise em que se tenha como referência, não a maioria ou a generalidade dos consumidores, mas o conceito de consumidor médio na realidade em que esses consumidores estão inseridos. É neste exercício que entendemos consistir a determinação do conceito de consumidor médio.

Neste sentido, o modo de determinar o comportamento que seria de esperar de um consumidor médio deverá fazer-se de acordo com o que propõe Massager Fuentes⁶³, que refere que essa determinação deve fazer-se por referência ao caso concreto e desenvolve-se em três passos:

- Em primeiro lugar será necessário delimitar o círculo de destinatários a que se dirige a prática comercial.
- Após essa delimitação será necessário apurar o grau de formação, atenção e modo de agir do membro médio daquele círculo de consumidores primeiramente identificado. Como se refere no documento de trabalho dos serviços da Comissão no seu ponto 7.3, "*quer se trate de crianças, quer de cientistas espaciais, a referência deve ser feita a uma pessoa média desse grupo*"
- Por fim, tendo sempre em atenção a concreta prática comercial adoptada e o tipo de produto promovido, determinar qual será a reacção espectável do membro médio do grupo previamente delimitado, tendo em atenção todas as circunstâncias que o possam influenciar, particularmente o poder daquela prática para prejudicar as decisões do consumidor. Neste último passo poderá ser útil atender à psicologia cognitiva e comportamental dos consumidores, no seguimento

⁶¹ "Las nociones *consumidor medio* y *miembro medio de un grupo particular de consumidores* en el Reglamento n° 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)" in ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación, n° 11 (2007) pag. 24.

⁶² Identificado em 4.2.4.

⁶³ Ob. Cit. Pag 90.

do que antes dissemos, nomeadamente na forma como os consumidores, por vezes, consomem não com a razão mas com o coração (as emoções ou sentimentos), podendo os profissionais explorar esse fenómeno mesmo naqueles consumidores considerados "*normalmente informados e razoavelmente atentos e perspicazes*".

Bibliografia Principal,

DAM, Cees van "*Unfair Commercial Practices*" London 2005.

DAUSSES, M. A. "*consumer information in the case law of the european court of justice: a German view*" in *Brittish food journal*, 100, pag 244-253

FUENTES, José Massaguer, "*El nuevo derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales desleales*" Civitas, Madrid, 2006.

FUENTES, José Massaguer, "*Comentario a la Ley de Competencia Desleal*", Madrid, 1999.

HANDIG "*The Unfair Commercial Practices Directive: A Milestone in the European Unfair Competition Law?*", *European Business Law Review*, Vol. 16, n° 5, 2005, 1119-1122.

HOWELLS, GERAINT; MICKLITZ, HANS-W Y WILHELMSSON, THOMAS, "*European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*" Ashgate, Hampshire, 2006.

INCARDONA, Rosela e PINCIBÓ Cristina, "*The average consumer, the unfair commercial practices and the cognitive revolution*" in *Jornal Consumer Policy*, n.º38- 2007.

MÉNDEZ Rosa M. e VILALTA A. Esther "*Lá publicidad ilícita engañosa, desleal, subliminal y otras*"; Barcelona 1999

NÖLKE Hans Schulte- *"Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices"* 2003 e de Cees van Dam *"Unfair Commercial Practices"* London 2005.

NOVOA, Fernandez *"Lá directiva comunitária sobre práticas comerciais desleales"* Autocontrol de lá Publicidad. n.º 108 (maio 2006) Pag17ss.

LIZ Pegado, J. *"The total harmonization trickery - special reference to directive 2005/29/CE"*. Paper presented at the Regional Consumer Law Conference of the Consumer Affairs Council of Malta and the International Association of Consumer Law. (2006).

Disponível: www.mcmp.gov.mt/pdfs/consumers/Mar05Sminar/pegado_Liz.pdf.

PLAZA, Anxo Tato, *"Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas agresivas en la Directiva Sobre prácticas desleales con los consumidores"*, ADI XXVII (2006-2007) pag. 425-446.

PLAZA, Anxo Tato *"Publicidad directa y competencia desleal"* RJC, n.º 3 (1994).

POMAR, Gomez *"The unfair Comercial Practices Directive: a law and economics prespective"*, Revista para el análisis del derecho n.º 330, Janeiro de 2006 pag 14.

RODIL, Alfonso Villagómez, *"Competência desleal"* 2.^a ed., Granada, 2006.

FROTA, M. *"Das práticas comerciais no espaço económico Europeu. As inovações no ordenamento jurídico da comunidade Europeia"*. Pág. 11

RODA, Isabel Segura, *"La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales"* *Revista de Derecho Alimentario*, nº 14 (2006) 15-21].

RUTE, José Maria de la Cuesta *"Curso de Derecho de la Publicidad"*, Navarra, 2002

SANTOS, López dos *"La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico"*, *Estudios sobre Consumo*, nº 75, 2005, pág. 9.

VAQUÉ, Luis González *"La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores"* *Derecho de los Negocios*, n° 181, 2005.

VAQUÉ, Luis González, *"La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 17, 2004, 57-73).

VAQUÉ, Gonzales *" las nociones de consumidor médio y miembro médio de un grupo particular de consumidores en el reglamento n.º 1924/2006"*, in *Re Deco* n.º 11 , 2007 pag 21.

WEATHERILL, STEPHEN AND BERNITZ, ULF, *" The Regulation of Unfair Commercial Practices under the EC Directive 2005/29, New rules and new techniques"*, Hart, Oxford, 2007.