



**Dissertação**

**Mestrado em Solicitação de Empresa**

**Práticas comerciais desleais sob a ótica  
da criança e o regime geral da proteção  
de dados**

**Eva Sofia Tomázio Gomes Mendes**

Leiria, novembro de 2020





**Dissertação**

**Mestrado em Solicitação de Empresa**

**Práticas comerciais desleais sob a ótica  
da criança e o regime geral da proteção  
de dados**

**Eva Sofia Tomázio Gomes Mendes**

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação da Doutora Susana Almeida e Dr. Jorge Barros Mendes, docentes da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

Leiria, novembro de 2020

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

## **Originalidade e Direitos de Autor**

A presente dissertação é original, elaborada unicamente para este fim, tendo sido devidamente citados todos os autores cujos estudos e publicações contribuíram para a elaborar.

Reproduções parciais deste documento serão autorizadas na condição de que seja mencionado o Autor e feita referência ao ciclo de estudos no âmbito do qual a mesma foi realizada, a saber, Curso de Mestrado em Solicitadoria de Empresa, no ano letivo 2019/2020, da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal, e, bem assim, à data das provas públicas que visaram a avaliação destes trabalhos.

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

À minha mãe, pelo amor e apoio incondicional.

Ao meu pai, pela crença em mim.

Ao Rafael, por ser o meu suporte e fonte de inspiração.

Aos meus colegas de trabalho, pela disponibilidade.

Aos meus amigos, pelo companheirismo e amizade.

À Doutora Susana Almeida, pelos ensinamentos, pela orientação e pela disponibilidade.

Ao Dr. Jorge Barros Mendes, pela partilha de conhecimento e pela orientação.

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

# Resumo

Num tempo marcado pela evolução tecnológica, que se reinventa a cada minuto, o meio jurídico não é exceção. As ordens jurídicas acompanham a sociedade quer em termos sociais, quer em termos económicos, o que se revela, por sua vez, no sistema jurídico vigente. A presente dissertação versa sobre dois regimes jurídicos, sob a ótica da criança. São eles o regime das práticas comerciais desleais e o regime da proteção de dados.

Um dos vetores fundamentais no que concerne ao Direito do Consumo, no âmbito da moderna contratação, são as práticas comerciais desleais. A crescente e quase instantânea evolução de mercado tornou urgente a tutela efetiva do consumidor – e, em particular, do consumidor particularmente vulnerável, como a criança – pelo Direito do Consumo. Note-se que a análise do instituto das práticas comerciais desleais tem como ponto de partida a tutela do consumidor, não fosse este a figura central e vítima deste tipo de práticas. E a tutela exige-se ainda com maior acuidade no caso das crianças. A disciplina jurídica do Direito do Consumo em Portugal remonta à década de 80, sendo que não existe apenas um diploma geral do Direito do Consumo, pelo que nos socorreremos de vários diplomas legais, sendo os mais relevantes a LDC, o RPCD, bem como a Diretiva 2005/29/CE e ainda o CPub.

A era consumista, que se faz sentir, deu lugar a novas formas de contratação, nomeadamente através de contratos celebrados pela internet. A crescente e célere evolução tecnológica acarretou novos desafios também no âmbito jurídico. Deste modo, o Direito terá de acompanhar a evolução tecnológica e apresentar resposta aos inúmeros desafios e perigos que o ambiente virtual nos coloca. Neste “novo” mundo digital, é imprescindível, designadamente, percebermos a importância da proteção dos nossos dados pessoais.

Também, neste domínio, a criança poderá ser facilmente aliciada pelos encantos e solicitações múltiplas dos meios telemáticos, onde os dados pessoais são um tesouro oculto e latente e, portanto, a tutela deste titular de dados vulnerável também se coloca com semelhante acuidade. Para estudarmos de que modo poderemos tutelar a criança neste âmbito, iremos lançar mão do RGPD, ao nível comunitário, e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, ao nível nacional.

O estudo dogmático que procurámos realizar centra-se, como decorre, no estudo das diferentes normas jurídicas de ambos os domínios – práticas comerciais desleais e proteção de dados pessoais – com especial enfoque na tutela da criança enquanto consumidora e titular

de dados particularmente vulnerável e, portanto, merecedor de uma tutela efetiva e mais protecionista.

Procuraremos, ademais, demonstrar que as violações no âmbito do regime da proteção de dados poderão relevar enquanto prática comercial desleal que encontra o seu fundamento num tratamento de dados ilícito. Pretendemos com este ponto demonstrar de que forma é que ambos os regimes mais do que conciliáveis são dificilmente dissociáveis.

Palavras-chave: consumidor; crianças, regime das práticas comerciais desleais; regulamento da proteção de dados; consentimento

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

## *Abstract*

In a era marked by technological evolution, when it reinvents itself every minute, the legal environment is no exception. Legal orders follow up with society both in social and economic terms, which is revealed, in turn, in the current legal system. This master's degree dissertation deals with two legal institutes, which they are: unfair commercial practices and the data protection regime, from the child's perspective.

One of the fundamental vectors with regard to consumer law, in the context of modern contracting, is unfair commercial practices. The growing and almost instantaneous evolution of the market has made urgent the effective protection of consumer law-and specially, of vulnerable consumer like a child- by consume law. It should be noted that an analysis of the institute of unfair commercial practices has as its starting point the legal discipline of consumer law, like this was not the central figure and victim of unfair commercial practices. The protection is more exigent in child cases. The legal discipline of consumer law in Portugal dates back to the 1980s, and there is not only a general diploma in consumer law, so we will safeguard ourselves from several legal diplomas, the most relevant of which, the LDC, the RPCD, as well as in Directive 2005/29 / EC and also the Advertising Code.

The consumerist era, which is being felt, has given way to new forms of contracting, namely through contracts concluded over the internet. The growing and rapid technological evolution has brought new challenges also in the legal sphere. As a result, the accompaniment of the legal regime to technological times appears in an imperial way, with the internet being a clear expression of evolution. In this “new” digital world, it is essential to understand the role of the data protection regime in the personal sphere of each individual.

Also, in this domain, the child can be easily attracted by enchantment and the multiple requests of the telematics ways, where the personal data area are a hidden treasure and latent, therefore, the guardianship of this bearer of vulnerable data can be put with equal perceptiveness. To study which way we can protect the child in this sphere, we will use the RGPD, in the community level, and law 58/2018, 8<sup>th</sup> august, in the national level.

The dogmatic study that we provide focuses, how run, on the study of different legal rules of both domains. Unfair commercial practices and persona data protection - with special focus on the child tutelage while consumer and holder of data particularly vulnerable and, therefore, worthy of an effective and more protectionist tutelage.

We look to show, moreover, that violations on the data protection regime can reveal while unfair commercial practice which it finds his foundation on an illicit data treatment. With this point we intend to demonstrate how both are more reconcilable institutes and difficult to dissociate.

**Keywords:** consumer; children; unfair commercial practices regime; Regulation of the protection of personal data; consent.

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

## Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
ACOP	Associação de consumidores de Portugal
AEPD	Autoridade Europeia para a Proteção de dados
al.	alínea
als.	alíneas
art.º	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
CDEH	Convenção europeia dos Direitos do Homem
CE	Conselho Europeu
CPub.	Código da Publicidade
CNPD	Comissão Nacional da proteção de dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EM	Estado Membro
UE	União Europeia
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
OCDE	Organização para a cooperação e desenvolvimento económico
p.	página
pp.	páginas
RGPD	Regime Geral da Proteção de Dados
RPCD	Regime das práticas comerciais desleais
n.º	número
n.ºs	números
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia

*Esta página foi intencionalmente deixada em branco*

# Índice

Resumo .....	vii
<i>Abstract</i> .....	x
Lista de Siglas e Abreviaturas .....	xiii
Introdução.....	2
Parte I - As práticas comerciais desleais e a tutela das crianças enquanto consumidoras particularmente vulneráveis.....	6
1. Surgimento e evolução do Direito do Consumo.....	6
2. O conceito de consumidor e a criança enquanto consumidora “direta” ou influenciadora da decisão de consumo .....	9
2.1. O conceito de consumidor à luz da LDC.....	9
2.2. Os contornos específicos do conceito de consumidor ínsito no RPCD.....	13
2.3. A criança enquanto “consumidora direta” e influenciadora da decisão de consumo .....	15
3. O regime das práticas comerciais desleais .....	17
3.1. Evolução do regime das práticas comerciais desleais, a Diretiva 2005/29/CE e a sua transposição.....	17
3.2. Os níveis de proteção do Regime das Práticas Comerciais Desleais .....	22
3.3. O padrão da deslealdade como escopo do RPCD.....	26
3.4. A cláusula geral subsidiária.....	27
3.4.1. Considerações gerais .....	27
3.4.2. Diligência profissional.....	30
3.4.2.1. O conceito.....	30
3.4.2.2. A atuação do profissional segundo as regras de competência e cuidado	32
3.4.2.3. Práticas honestas e o princípio da boa fé.....	33
3.4.3. A distorção ou suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor.....	34
3.5. Conceito de consumidor médio .....	36

3.6. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas .....	40
3.6.1. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas .....	40
3.6.2. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas em qualquer circunstância .....	43
4. Práticas comerciais desleais em especial destinada a consumidores particularmente vulneráveis.....	45
4.1. Os consumidores particularmente vulneráveis .....	45
4.2. A tutela das crianças como consumidores particularmente vulneráveis .....	48
Parte II - O regime da Proteção de dados pessoais: a especial tutela das crianças.....	52
1. A sociedade da informação.....	52
2. Influência da sociedade da informação nas crianças .....	54
3. O regime jurídico da proteção de dados pessoais em termos históricos .....	58
4. Principais notas quanto ao regime da proteção de dados pessoais .....	63
5. Licitude do tratamento de dados pessoais e os princípios associados .....	68
5.1. Princípio da transparência .....	74
5.2. Princípio da licitude e princípio da lealdade .....	75
5.3. Consentimento no tratamento de dados pessoais .....	77
5.3.1. O consentimento para o tratamento de dados pessoais nas crianças .....	80
6. A veiculação do tratamento ilícito de dados pessoais como prática comercial desleal na relação com as crianças .....	84
Conclusão .....	90
Bibliografia.....	95
Jurisprudência.....	101



# Introdução

Nos tempos modernos, onde o analógico foi substituído pelo digital, e o modelo tradicional de comércio foi substituído pelas mais diversas técnicas e formas de contratação através de ousadas técnicas de *marketing*, surge como imprescindível o estudo da figura do consumidor, quer sob o regime das práticas comerciais desleais, quer sob o regime da proteção de dados pessoais. Particular atenção procuraremos conceder nesta dissertação à tutela de um consumidor e titular de dados especialmente vulnerável nestes dois domínios: a criança.

Por não existir, ainda, uma codificação legislativa e transversal do conceito de consumidor, o intérprete é obrigado a socorrer-se de conceitos basilares e transversais, bem como de leis mais específicas conforme os elementos e variáveis que se visam regular. Numa primeira fase, e por ser o alicerce no que concerne ao Direito do Consumo, trataremos numa primeira análise da previsão do conceito de consumidor na LDC, explanando-se na presente dissertação o fundamento da heterogeneidade concedida pelos diversos diplomas legais.

Num tempo em que predomina quer a era digital, quer a consumista, percebe-se que a figura central do consumidor fique especialmente desprotegida, razão pela qual numa parte inicial da presente dissertação nos focaremos na figura jurídica do consumidor, fazendo uma análise da evolução da figura do mesmo, não fosse este a figura central de todo o estudo.

A figura do consumidor nem sempre foi tutelada pelo Direito, uma vez que o modelo tradicional de comércio se caracterizava por padrões de consumo simples, diretos e pessoais, onde os clientes poderiam facilmente analisar o produto e as suas características (Leitão, 2016, p. 73), não existindo, até então, uma necessidade efetiva de tutela da figura do consumidor.

A era do consumismo destronou o modelo tradicional de comércio, o que deu lugar ao movimento de tutela dos consumidores, imprimindo transformações em qualquer estágio do comércio. Esta situação, além de trazer mudanças significativas a nível comercial, imprimiu mudanças significativas na ótica do consumidor, assumindo uma situação crescente de desproteção do consumidor moderno.

Desde a década de oitenta, o panorama foi alterado, com algumas iniciativas que se fizeram sentir a nível nacional, sendo nesta década que o consumidor viu, pela primeira vez, os seus direitos reconhecidos. As novas formas de contratação tornaram urgente a tutela efetiva de um Direito que não existia até então, o Direito do Consumo, pelo que, numa parte

inicial da dissertação, pretendemos fornecer uma análise do surgimento e evolução do mesmo.

Esta análise legislativa evolutiva revelar-se-á fundamental para a perceção da posição do consumidor quanto às práticas comerciais desleais e para um enquadramento sustentado da tutela atual daquele que é um ramo de estudo do Direito ainda em tenra fase, o Direito do Consumo.

No que concerne ao regime nacional das práticas comerciais desleais, para além da regra geral proibitiva quanto a estas últimas, não podemos deixar de destacar a existência de diversos mecanismos de aferição da deslealdade em causa. Verificaremos, ao longo desta dissertação, que o enquadramento sistemático de determinadas práticas pode revelar-se decisivo à correta interpretação e, naturalmente, quanto ao mérito da tutela pretendida. De entre as diversas soluções oferecidas por aquele regime quanto ao enquadramento destas práticas comerciais, refira-se a especial atenção para os consumidores particularmente vulneráveis, figura que merece a nossa atenção (e, eventualmente, crítica) na medida em que representa peça basilar do tema subjacente à presente dissertação. Optámos pela integração de um ponto autónomo devido à relevância que este apresenta no âmbito do presente estudo.

Numa segunda parte da dissertação, depois de assentes os alicerces das práticas comerciais desleais, procuraremos explorar o regime geral da proteção de dados pessoais, embora que não de forma exaustiva, dado o espaço manifestamente reduzido.

A era digital, impulsionada pela clara evolução da tecnologia, em particular, da internet, trouxe de forma inevitável benefícios na vida de todos nós, facilitando, sem dúvida, o quotidiano das pessoas. Note-se nos tempos que correm o contacto físico é substituído por meios de comunicações eletrónicos, o que se revela numa vantagem inequívoca. No entanto, de forma inevitável, também acarreta desvantagens e desafios diários para cada um de nós, nomeadamente através da delimitação da esfera pessoal de cada indivíduo. Sob a dicotomia do avanço tecnológico e o direito à privacidade, surge o regime da proteção de dados pessoais. Aparecem tuteladas duas figuras, por um lado, as entidades que pretendem aceder a toda a informação obtida pelos usuários em rede, por outro, os indivíduos que pretendem uma navegação isenta de monitorização.

Para tal, pese embora, a nossa investigação verse diretamente sobre as crianças, pretendemos fornecer um estudo da sociedade da informação mais abrangente e de que

forma é que a mesma atinge as crianças, revelando-se estas, numa primeira análise, como influenciadores da decisão de consumo e, numa segunda análise, consumidores “diretos”.

De forma arquitetónica, analisaremos o regime jurídico da proteção de dados em termos históricos, não só em virtude de se revelar um importante contributo para a densificação do próprio regime, como pela atualidade deste tema, bem como as principais notas quanto a este regime, o qual teve por base as novas tecnologias que transformam a economia, a cada segundo, e por sua vez a sociedade.

Em última análise, pretendemos tecer as nossas considerações quanto à amplitude da figura jurídica da criança consumidora e titular de dados, sob os dois institutos: o regime das práticas comerciais desleais e o regime da proteção de dados pessoais. Revela-se de sobeja importância, no âmbito da presente dissertação a análise da licitude do tratamento de dados pessoais, bem como os princípios a ela associados, sendo que se revela de especial importância a licitude do tratamento de dados em especial quanto ao consentimento.

Como bem percebemos, as crianças são mais permeáveis a quaisquer intentos publicitários provindos dos agentes económicos. Desta forma surge como imperativa uma tutela efetiva das crianças que se revele mais protecionista, quer em relação à figura da criança enquanto consumidora, quer quanto ao seu tratamento de dados pessoais.

Fazendo jus ao título da presente dissertação, pretendemos demonstrar de que forma ambos os regimes se conciliam e mais do que isso, se apresentam como dificilmente indissociáveis, através da figura do consumidor.

Tendo presente a complexidade, dimensão e atualidade dos temas, bem sabemos que enfrentaremos múltiplos desafios e que algumas questões não conseguiremos, por economia de tempo e espaço, tratar. Não obstante, considerámos que seria importante realizar um estudo conjunto e entroncado nos dois regimes (DL n.º 57/2008, de 26 de março, e Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto), uma vez que é uma realidade inegável que todos nós – em particular e com maior acuidade – as crianças nos encontramos cada vez mais expostos aos encantos hipnotizadores de técnicas de obtenção de dados e de contratação, em particular, por grande parte da nossa vida social, de lazer, profissional e contratual ter transitado para o infundável e incontrolável mundo da internet.

Como metodologia de investigação, socorremo-nos em muito da análise detalhada de alguns diplomas legais, nomeadamente, da Diretiva 2005/29/CE, do DL n.º 57/2008, de 26 de março, do RGPD e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, LDC e ainda o CPub. Não

poderíamos deixar de fazer uma revisão das principais monografias e periódicos de doutrina nacional e internacional, bem como de jurisprudência relevante neste domínio. Cabendo a nota de que consideramos que o conhecimento resultante da leitura doutrinal e jurisprudencial se revelou o mote e o alicerce para a concretização da presente dissertação, quer pelos conhecimentos partilhados, quer pela experiência, que não nos é exigida numa fase tão embrionária da fase de jurista.

Por fim, quanto ao método formal, cabe a abordagem de que a presente dissertação não segue minuciosamente as normas APA<sup>1</sup> (*American Psychological Association*), sob o modelo Autor-Data, mas antes Autor-Data-Página, que ressalvamos como de mais fácil compreensão ao leitor no âmbito jurídico.

---

<sup>1</sup> Referimo-nos, naturalmente, à forma de citar ou referenciar autores.

# ***Parte I - As práticas comerciais desleais e a tutela das crianças enquanto consumidoras particularmente vulneráveis***

## **1. Surgimento e evolução do Direito do Consumo**

As ordens jurídicas tendem a acompanhar a sociedade em termos sociais, o que, indubitavelmente, se manifesta no sistema económico vigente<sup>2</sup>.

No século XIX, com a revolução industrial, o paradigma do comércio tradicional deu lugar ao desenvolvimento económico e social, surgiu, desta monta, uma nova forma de comércio. Nesta simbiose, além de uma inegável proximidade e disponibilidade de bens, também ocorreu um maior desequilíbrio *inter partes*.

Este crescente desequilíbrio *inter partes*, marcado pela sociedade de consumo, não haveria mais de parar. O alargamento das transações a nível transfronteiriço traçou o carácter efémero do que se julgaria o equilíbrio das partes contraentes. O alargamento do circuito económico tornou ainda mais evidente o carácter da desigualdade, uma vez que o adquirente passou a não ter qualquer contacto com o produtor de bens (Antunes, 2019, p. 12).

Enquanto o modelo tradicional acarretava padrões de Consumo simples e pessoais<sup>3</sup>, o modelo de comércio atual é absorvido pelas estratégias de *marketing* ousadas.

Face a esta nova realidade, a utilização massiva da internet forneceu o seu forte contributo para a revolução tecnológica e para a era do consumismo. A internet tem cumprido a sua função, quer social, quer comercial: quebrar barreiras geográficas e promover o comércio à escala planetária (Barros, 2017, p. 5).

---

<sup>2</sup> Em harmonia com esta citação, Almeida (1982, p. 11) assinala que “[a]s ordens jurídicas dispõem duma coerência interna que tende a conformar-se com os valores sociais dominantes, expressando-se, portanto também o sistema económico vigente”.

<sup>3</sup> Neste sentido, veja-se Engrácia Antunes (2019, p. 11): “Nas economias tradicionais, os padrões do Consumo repetiam-se rotineiramente de geração em geração, sendo as relações entre produtores e consumidores simples diretas e pessoais”.

A crescente e quase instantânea evolução de mercado tornou urgente a tutela efetiva dos direitos do consumidor para que fosse reposto o mínimo de igualdade na relação contratual<sup>4</sup>.

Os consumidores enfrentavam uma dualidade: por um lado, nunca acederam a tanta informação, por outro, nunca foram sujeitos a técnicas de *marketing*<sup>5</sup> capazes de limitar ou mesmo anular a sua liberdade contratual e individual. A particular debilidade e exposição face as agressivas técnicas de oferta e bens subverte a capacidade de avaliar convenientemente as características dos produtos.

Esta mudança de paradigma levou ao surgimento do Direito do Consumo<sup>6</sup>, sendo este um ramo do Direito recente que remonta à década 60 do século passado.

Considerado como um marco histórico do Direito do Consumo o discurso proferido por *J.F.Kennedy* em março de 1962 frente ao congresso dos Estados Unidos<sup>7</sup>, onde este afirma “consumidores, por definição, somos todos nós”<sup>8</sup>. Destacam-se, ainda, algumas iniciativas que se faziam sentir a nível europeu como a Carta do Conselho da Europa de Proteção do Consumidor em 1973<sup>9</sup> e também o Programa de Ação para a Proteção dos Consumidores em 1975<sup>10</sup>.

A consagração da proteção dos consumidores nos Tratados apenas se verifica a partir do Ato Único Europeu, tendo sido reforçada a sua posição pelos Tratados de Maastricht<sup>11,12</sup> e de Amsterdão<sup>13</sup>, bem como através de inúmeras Diretivas. Desta forma, alguns ordenamentos jurídicos consagraram leis próprias de forma a salvaguardar os direitos dos consumidores. Justo será afirmar que o Direito Europeu foi o principal impulsionador e a

---

<sup>4</sup> Neste sentido e para um maior desenvolvimento, veja-se David Falcão (2019, p. 15): “Entende-se que, sendo a relação de Consumo, tendencialmente, desequilibrada, o conjunto de normas e princípios que regem essa relação tenham como objetivo corrigir o desequilíbrio”.

<sup>5</sup> Engrácia Antunes assinala (2019, p. 12): “Perdido num universo massificado de trocas operadas em mercados impessoais atulhados de uma variedade infindável de bens e serviços que se renovam diariamente, assediado através de sofisticadas e agressivas técnicas de marketing e venda que procuram captar as suas preferências ou mesmo induzir-lhe necessidades artificiais”.

<sup>6</sup> Também denominado como Direito dos Consumidores ou Direito de Defesa dos Consumidores, numa aceção mais subjetivista.

<sup>7</sup> Congresso dos Estados Unidos (“*consumer bill of rights message*”).

<sup>8</sup> Neste sentido, Engrácia Antunes (2019, p. 12) e Almeida (2005, p. 15) consideram um marco histórico o discurso do presidente.

<sup>9</sup> Esta carta de proteção considerou os consumidores enquanto titulares de direitos.

<sup>10</sup> Onde foram enunciados os direitos fundamentais que deverão ser salvaguardados a todos os consumidores.

<sup>11</sup> A 7 de fevereiro de 1992 é atribuída à UE competência própria no que se refere à proteção dos consumidores.

<sup>12</sup> Neste sentido e para um maior esclarecimento veja-se, Grave (2015, p. 12)

<sup>13</sup> O tratado deu origem ao atual art.º 169.º do TFUE, onde se indica que a Comunidade contribuiria para a defesa dos Direitos, enunciados no primeiro plano de ação para proteção dos consumidores de 1975.

fonte inspiradora dos Direitos dos EM pelo elevado número de Diretivas aprovadas no início da década de 80<sup>14</sup>.

A disciplina jurídica do Direito do Consumo em Portugal remonta à década de 80<sup>15</sup> também do século passado, identificando-se como principais marcos históricos a proposta de Lei<sup>16</sup> relativa à promoção e defesa do consumidor, a aprovação da primeira Lei de Defesa do Consumidor<sup>17</sup> e a primeira revisão constitucional<sup>18</sup>.

A nível legislativo, a primeira Lei-quadro de defesa do consumidor em Portugal surgiu com a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto<sup>19</sup>, que consagra os Direitos dos consumidores bem como os princípios gerais aplicáveis, complementada por diversa legislação<sup>20</sup>.

Em 1982, aquando da primeira revisão da CRP, ocorreu uma maior proteção constitucional do consumidor, com a adição do art.º 110º, onde foram enunciados direitos dos consumidores e das suas associações, bem como a prescrição a uma reserva de lei quanto à publicidade.

A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que veio revogar a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, é, na verdade, uma lei maioritariamente resultante de vários diplomas legislativos, assumindo a incumbência do estado e das autarquias locais protegerem o consumidor no que tange, designadamente, à constituição e ao funcionamento de associações de defesa do consumidor e cooperativas de consumo e da execução.

Em março de 2006 foi apresentado o Anteprojeto do Código do Consumidor<sup>21</sup>, que conjuga os vários institutos que se afiguram difundidos por legislação avulsa. Até ao dia de

---

<sup>14</sup> Como bem afirma Morais Carvalho (2012, p. 16): “O direito comunitário do consumo tornou-se, contudo, a fonte inspiradora dos direitos dos Estados-Membros pelo grande número de diretivas aprovadas desde o início da década de 80”.

<sup>15</sup> Como bem assinala Engrácia Antunes (2019, p. 15), “[e]m Portugal, como noutros países, a génese do Direito do Consumo é recente. Anteriormente à década de 80, pode dizer-se, que ressalvadas escassas e inexpressivas referências (...), o Direito português não concedia atenção ao fenómeno jurídico-económico do Consumo”.

<sup>16</sup> Para um melhor esclarecimento, veja-se Morais Carvalho (2017, pp. 18 e 19).

<sup>17</sup> Lei n.º 29/81 de 22 de agosto.

<sup>18</sup> Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

<sup>19</sup> Revogada e substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, atualmente em vigor, que sofreu cinco alterações através, nomeadamente: da Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro; do DL n.º 67/2003, de 8 de abril; da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro; da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

<sup>20</sup> A segunda revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/89) inseriu os direitos dos consumidores no capítulo dos direitos fundamentais.

<sup>21</sup> Este anteprojeto foi apresentado por uma comissão “[p]residida por A.Pinto Monteiro, com o propósito entre outros, de proceder a uma compilação da profusa legislação do Consumo existente, conferindo assim uma maior unidade sistemática à relação jurídica neste domínio” (Engrácia Antunes, 2019, p. 16).

hoje o Código do Consumidor não foi aprovado<sup>22</sup>, a LDC de 1996 continua o suporte no que respeita ao Direito do Consumo, embora que com o auxílio de bastante legislação avulsa.

## 2. O conceito de consumidor e a criança enquanto consumidora “direta” ou influenciadora da decisão de consumo

### 2.1. O conceito de consumidor à luz da LDC

O Direito do Consumo é alvo de um constante e abrangente estudo jurídico, ainda assim, verifica-se uma dispersão legislativa formal. Com efeito, não se observa, ainda, qualquer codificação aglutinadora, o que obriga o intérprete a salvaguardar-se em conceitos basilares, transversais a este Direito. Exemplo paradigmático é o conceito de consumidor previsto na LDC.

Deste modo, não obstante o presente estudo verse sobre práticas comerciais desleais, também aqui nos salvaguardamos frequentemente na definição de consumidor à luz da LDC<sup>23</sup>.

A maior ou menor extensão do ramo do Direito do Consumo<sup>24</sup> influencia de forma direta e proporcional o conceito de consumidor. Afirmamos, por conseguinte, que o critério de Direito do Consumo se encontra intimamente ligado e com uma interdependência mútua com o conceito de consumidor.

É de suma importância estabelecer critérios delimitativos que nos permitam construir um conceito de consumidor, pois, sendo a proteção dos consumidores o objeto deste ramo de Direito, a determinação de quem é consumidor é imperativa, uma vez que as normas de Direito do Consumo regulam, exclusivamente, as relações jurídicas em que este é parte.

David Falcão, 2019, p. 16

---

<sup>22</sup> Como bem afirma Morais Carvalho (2017, p. 20), “[a]pesar de algumas críticas que lhe foram dirigidas, a sua aprovação poderia ter constituído um impulso para o aprofundamento do estudo da matéria e teria certamente sido um instrumento relevante para o conhecimento das regras do Direito do Consumo por parte de todos os cidadãos, juristas e não juristas”.

<sup>23</sup> Neste sentido, *vide* Morais Carvalho (2017, p. 21).

<sup>24</sup> Neste sentido, Engrácia Antunes (2019, p.15) assinala “[t]em por objeto o conjunto de princípios e normas relativos à disciplina jurídica das relações de Consumo, mediante a consagração da figura de consumidor”.

A grande maioria da doutrina perspetiva o conceito de consumidor, sob uma definição desenvolvida, embora que muito variável conforme o instituto, e a proteção que visa estabelecer, tese que também nós aqui defendemos<sup>25,26</sup>.

Em textos normativos da UE também não existe uma definição transversal. Como bem refere Almeida (2005, p. 26), “[n]os textos normativos da União Europeia, não há uma definição uniforme, mas as semelhanças entre as que constam de algumas Diretivas encorajam alguns autores a ensaiar um conceito comum e próprio”.

Em boa verdade, existe uma explicação para heterogeneidade da definição de consumidor, estas explicam-se pela sua delimitação aos destinatários.

Inteiramente desconhecido das codificações novecentistas, que ainda marcam a estrutura das ordens jurídicas contemporâneas, não surpreende que subsistam bastantes indefinições, a nível legislativo, jurisprudencial e doutrinal, quanto ao exato conteúdo e às características distintas de tal conceito, o qual é frequentemente considerado como um conceito nebuloso (...)

Engrácia Antunes, 2019, p. 46

Partindo do pressuposto consagrado na LDC, mormente no art.º 2º, n.º 1, “[c]onsidera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Esta definição é semelhante à constante da Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, mas não igual. As semelhanças são claras. Destacam-se, no entanto, diferenças como a eliminação do pretérito “para efeitos desta lei”, deixando de fazer referência ao carácter subjetivo “singular e coletiva”. Passa a ser requisito “a obtenção de benefícios” e ainda, quanto ao destino do objeto, utilizando-se a expressão de “uso não profissional” ao invés da expressão “uso privado”.

Face a esta noção geral de consumidor é possível e intuitivo delimitar quatro tipos de elementos distintos<sup>27</sup> e fundamentais para a compreensão deste conceito jurídico com uma

---

<sup>25</sup> Vide Engrácia Antunes (2019, pp.47, 48): “Todavia, deve sublinhar-se que, paralelamente a tal conceito geral (“*genus*”), poderão existir determinadas noções setoriais ou especiais de consumidor (“*species*”) que apenas são válidas e aplicáveis para efeitos de determinado diploma legal em particular”.

<sup>26</sup> Neste sentido, ver também Morais Carvalho (2017, p. 21) quando afirma “[o] conceito de consumidor tem como função principal delimitar o âmbito de aplicação (subjetivo) de vários regimes jurídicos, sendo uma opção política”.

<sup>27</sup> Como explicita Engrácia Antunes (2019, p.47), “[à] face do Direito positivo português, pode assim afirmar-se que a noção jurídica de consumidor constituiu uma noção relacional complexa assente no preenchimento cumulativo de quatro tipos de elementos distintos fundamentais”.

interligação entre cada um dos mesmos, a saber, elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional. Como afirma Almeida (2005, p. 29), “[e]ste modelo analítico parece para o efeito adequado e neutro, porque permite enquadrar todas as variantes possíveis, desde aquelas em que os quatro elementos coexistem, até aquelas outras em que alguns deles ficam vazios (na prática, os elementos objetivo e/ou relacional)”.

No que concerne ao elemento subjetivo (“todo aquele”), este consiste naquele que adquire ou utiliza uma coisa com finalidade de a consumir. Levanta-se, no entanto, a questão de saber se esta utilização ou aquisição é independente do consumo ser para necessidades pessoais ou profissionais. A própria LDC explicita que o destino do uso seja a título de “uso não profissional”, como averiguaremos no elemento teleológico<sup>28</sup>. Neste sentido, não restam dúvidas na desconsideração da pessoa singular que atua com motivações profissionais, pois não colhe proteção através da própria LDC<sup>29</sup>.

Verifica-se, ainda, a divergência entre a inclusão apenas de pessoais físicas ou, por outro viés, de quaisquer outras pessoas, tais como as jurídicas. No entanto, a restrição do âmbito pessoal às pessoas jurídicas é uma característica constante da legislação da União Europeia (Almeida, 2005, p. 30). No Direito português denotamos esta restrição através de diplomas legais que transpõem Diretivas (Falcão, 2019, p. 18), pelo que cremos que as pessoas jurídicas também não se enquadram no espírito do regime, ainda que alguma doutrina admita, por exemplo, que fundações ou associações que não destinam os bens, serviços ou direitos a uso profissional possam estar incluídas no conceito<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Neste sentido veja-se Falcão (2019, p.17) que bem explica: “O fracassado Anteprojeto do Código do Consumidor de 2006, apesar de adotar uma noção bastante ampla de consumidor, teria colocado termo à discussão em torno de quem deva considerar-se enquanto tal pois, estabelecia o seguinte, no art.º 10.º, n.º 1: Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresente como profissional”.

<sup>29</sup> Conforme Ac. do STJ, de 24 de outubro de 2002, com o número de processo: 03B1015, refere que “[a]brangidos pela Lei de Defesa do Consumidor são apenas os contratos celebrados entre quem exerça com carácter profissional uma actividade económica, que vise a obtenção de benefícios, e os consumidores. Consumidor, para efeitos de aplicabilidade do regime proteccionista estabelecido naquela Lei, é o adquirente de bens de Consumo para uso pessoal, familiar ou doméstico, estranho à sua actividade profissional”. Refira-se ainda o Ac. do STJ, de 13 de julho de 2017, com o número de processo: 1594/14.9TJVNF.2.G1.S2, onde se lê “É consumidor aquele que adquirir bens ou serviços para satisfação de necessidades pessoais e familiares (uso privado) e para outros fins que não se integrem numa actividade económica levada a cabo de forma continuada, regular e estável”. Todos os arestos do foro nacional citados na presente dissertação poderão ser consultados em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>30</sup> Neste sentido, ver Morais Carvalho, (2017, p. 27)

Quanto ao elemento objetivo, este compreende o elemento respeitante ao objeto do ato de consumo relativo às relações entre consumidor e profissional que se pode traduzir na venda de bens, na prestação de um serviço ou na transmissão de quaisquer direitos.

Desde logo, é evidente o caráter amplo que o legislador pretendeu fornecer. Devem-se considerar, desta monta, as coisas móveis ou imóveis<sup>31</sup>, corpóreas ou incorpóreas, entre outras. Note-se, no entanto, que o elemento objetivo deve ter como fundamento o âmbito de aplicação do diploma. Com efeito, como assinala David Falcão (2019, p. 22), “[p]or via regra, o elemento objetivo é definido atendendo ao âmbito de aplicação do diploma que regula determinado instituto”. Veja-se, por exemplo, o âmbito de aplicação do regime jurídico da venda de bens de consumo que circunscreve o objeto aos bens de consumo.

No que tange ao elemento teleológico, este determina-se pela finalidade dada ao uso do bem. Este elemento é considerado por muitos o elemento fundamental do próprio Direito do Consumo<sup>32</sup>. A razão e o princípio de ser deste elemento centra-se, principalmente, na desigualdade existente entre consumidor e profissional na moderna sociedade de consumo. Conforme refere Engrácia Antunes (2019, p.68), “compreende-se facilmente que o legislador tenha consagrado como núcleo fundamental daquele conceito” e acrescenta “[f]azendo consequentemente beneficiar dos Direitos e mecanismos especiais de proteção que foram consagrados com vista ao restabelecimento do equilíbrio nessas relações”. Quanto à expressão “uso não profissional”, a mesma significa isso mesmo, que o uso a que o bem se destina não possa deter caráter profissional, podendo ser dado uso pessoal, familiar, doméstico e ser transmitidos a terceiros.

Uma das questões debatidas na doutrina e na jurisprudência centra-se na questão de saber se os empresários que pratiquem atos alheios à sua atividade comercial podem ser considerados consumidores<sup>33</sup>. Defendemos a tese de que os empresários possam de facto assumir tal posição<sup>34</sup>. Não parece que deva ser recusado quando um profissional revestido

---

<sup>31</sup> Vejam-se, neste sentido, os arts. 204.º e 205.º do CC.

<sup>32</sup> Como assinala Engrácia Antunes (2019, p.67), “[e]ste elemento teleológico ou finalístico da noção legal de consumidor reveste uma importância estratégica- havendo mesmo quem considere que ele “está na base do próprio Direito do Consumo”.

<sup>33</sup> Uma das teses defendida na doutrina, nomeadamente por Morais Carvalho (2017, p.27), é a teoria do uso predominante, o autor afirma que o melhor critério para determinar se se trata de uma relação jurídica de consumo parece consistir no uso predominante dado ao bem.

<sup>34</sup> Neste sentido veja-se o Ac. do STJ, de 19 de junho de 2014 com o número de processo: 7002/11.0TBOER.L1-8, onde se lê “A determinação legal do conceito de consumidor é feita exclusivamente com base no fim dado aos bens ou serviços adquiridos. Daí que se possa afirmar que o regime especial da venda de bens de Consumo é de aplicar quando o comprador for pessoa singular que não destine o bem ou serviço adquirido a um uso profissional, ou ainda quando, mesmo sendo um profissional (pessoa singular), não atue no âmbito da sua atividade e desde que adquira bens ou serviços para uso pessoal ou familiar”.

de carácter de um comum consumidor ordinário haja solicitado os serviços com fins puramente privados.

Quanto ao elemento relacional, este impõe que a contraparte do consumidor seja um profissional, ou seja, impõe-se que a “pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” e, por conseguinte, impõe-se “na relação de consumo que a contraparte seja uma pessoa física ou jurídica que exerça, com carácter tendencialmente regular, uma atividade económica e que tenha como fim a obtenção de um benefício” (Falcão, 2019, p. 24). Uma grande parte dos conceitos de consumidor inclui, explícita ou implicitamente, a referência a um elemento relacional. Como refere Ferreira de Almeida (2005, p. 36), “ficam assim excluídas como relações de consumo aquelas que se estabeleçam entre não profissionais, sendo inadmissíveis relações entre consumidores”.

Deve salientar-se que, paralelamente a este conceito que consideramos como genérico, existem outras noções especiais de consumidores aplicáveis noutros diplomas legais, daí que a definição de consumidor não seja uniforme. Veja-se, a título de exemplo, o DL n.º 133/2009 e o DL n.º 29/2006<sup>35</sup>.

Estas noções específicas de cada setor podem encontrar-se também em normas europeias e internacionais. A título de exemplo, destacamos o conceito de consumidor consagrado pelo art.º 17º, n.º 1, do Regulamento UE/1215/2012, de 12 de dezembro.

## 2.2. Os contornos específicos do conceito de consumidor ínsito no RPCD

O art.º 9º, n.º 1, da LDC subordina a formação e a vigência dos contratos de consumo aos deveres de lealdade e boa fé. Neste sentido, o DL n.º 57/2008, de 26 de março, com a finalidade de assegurar um alto padrão de lealdade nas relações de consumo, estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações de consumidores, ocorridas antes, durante ou após a transação comercial (Falcão, 2019, p. 82).

---

<sup>35</sup> Como bem assinala Morais Carvalho (2017, p. 21), “[n]o Direito Português, podemos encontrar várias definições de consumidor, desde as mais restritas, como a do DL n.º 133/2009 (“pessoa singular que (...) atua com objetivos alheios à sua atividade comercial”) até às mais amplas, como a do DL n.º 29/2006 (“o cliente final de eletricidade)”.

Embora a LDC se revele de extrema importância, pretendemos dar especial relevância ao RPCD, que estatui um conceito de consumidor com desvios pertinentes quando comparado com o conceito basilar previsto na LDC, que acabámos de analisar. No seu art.º 3.º, al. a), o conceito de consumidor vem definido como “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Pode afirmar-se que o RPCD tem um conceito de consumidor bastante distinto daquele que surge na LDC<sup>36</sup>. Desde logo, tal como afirmámos supra, a LDC sugere um conceito de consumidor bastante mais abrangente, conseguindo ser delimitado através de quatro elementos base. Já no RPCD o conceito de consumidor não corresponde ao conceito genérico, mas antes a um conceito setorial que pretende restringir e delimitar o instituto e a proteção que visa estabelecer. Denote-se, desde logo, que apenas se verificam dois dos quatro elementos, explicitamente, presentes no conceito genérico de consumidor: o elemento subjetivo e o elemento teleológico.

No que concerne ao elemento subjetivo, o mesmo surge mais restrito no RPCD com a expressão “qualquer pessoa singular” enquanto na LDC a expressão “todo aquele”, que deixa em aberto a possibilidade de pessoas coletivas serem consideradas consumidoras, como abordámos supra, já no RPCD surgem apenas como consumidores as pessoas singulares, não existindo margem para a desmistificação do conceito de consumidor enquanto pessoa singular ou coletiva<sup>37</sup>.

Já na ótica do elemento teleológico ou finalístico, a LDC estatui “destinados a uso não profissional, enquanto no RPCD prevê “actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”. Embora os preceitos utilizados não sejam exatamente os mesmos, cremos que os preceitos utilizados em ambos, não se afastam.

De realçar que a LDC não se confronta com o RPCD, mas antes, este último, é um conceito que, embora derive do conceito base de consumidor consagrado na LDC, tem a sua função nominativa e setorial, aferido de acordo com o elemento subjetivo de cada diploma

---

<sup>36</sup> Vide art.º 2.º, n.º 1, da LDC.

<sup>37</sup> Como afirma Morais Carvalho (2017, p. 24), “[o] elemento subjetivo é menos amplo, noutros diplomas, como no DL n.º 57/2008 (...)”.

legal. Destacamos ainda a importância que a jurisprudência tem dado com o seu forte contributo para a densificação do conceito de consumidor<sup>38</sup>.

Desta monta pode afirmar-se que não existe um conceito de consumidor unitário, mas verdadeiramente um conceito de consumidor baseado na sua própria definição aferido de acordo com o carácter funcional que se reflete nos critérios particulares de cada diploma legal.

### 2.3. A criança enquanto “consumidora direta” e influenciadora da decisão de consumo

Depois de concluirmos pela elasticidade do conceito de consumidor conforme o regime jurídico que se invoque e as diferentes posições interpretativas que se enunciem, atentemos agora no conceito de criança consumidora ou influenciadora de decisão de consumo.

A criança, enquanto consumidora, traz inevitavelmente à colação a sua especial vulnerabilidade, tal como é considerada pelo RPCD, que prevê expressamente as crianças como consumidores especialmente vulneráveis a par de outros grupos claramente identificáveis<sup>39</sup>. Cabe, no entanto, fazer a distinção entre a criança enquanto consumidora direta e a criança como influenciadora da decisão de consumo.

A massificação da utilização de meios digitais anulou qualquer distância física para realização de atos de consumo, implicando uma verdadeira revolução do paradigma até então verificado, revolução que reposicionou as crianças enquanto consumidoras, na medida em que o seu acesso direto ao consumo se banalizou e a sua influência indireta, junto de quem por si é responsável, se reforçou. Observa-se, sem precedentes, um contacto direto da criança com os produtos e serviços, fomentando a aquisição direta ou a influência sobre os seus responsáveis quando aquela não seja possível.

---

<sup>38</sup> A título de exemplo, destacamos o Ac. do STJ, de 03 de outubro de 2017 com o número de processo: 212/11.1T2AVR-B.P1.S1: “O conceito de consumidor não é unívoco, podendo, mesmo do ponto de vista do Direito, serem-lhe atribuídos diferentes sentidos”.

<sup>39</sup> Como afirma David Falcão (2019, p. 85), “[q]uanto a estas práticas, o legislador visou tutelar os membros de determinado grupo de consumidores em concreto, quando se dirija aos membros do grupo (por ex. crianças, idosos ou doentes mentais), que em virtude de determinado motivo, se encontrem numa situação de vulnerabilidade”.

Este raciocínio conduz-nos a uma visão tripartida da criança enquanto consumidora, assente nos seguintes vetores: a criança enquanto consumidora direta; a criança enquanto influenciadora da tomada de decisão e a criança enquanto futura consumidora ativa e independente<sup>40</sup>.

A criança enquanto consumidora direta dos mais diversificados bens ou serviços revela-se um ponto particularmente sensível, em comparação com os demais vetores identificados. Note-se que é, de entre todos, aquele em que é manifestamente superior a probabilidade de se concretizar um ato de consumo independentemente da influência dos titulares das responsabilidades parentais.

A criança enquanto influenciadora da decisão de consumo, por si só, não se consubstancia numa decisora direta de consumo. Note-se que nesta modalidade a criança não age enquanto agente direto de consumo. No entanto, em teoria, a influência dos menores sobre os terceiros por si responsáveis será diminuta, pela clara disparidade quanto ao poder de decisão. Não obstante, a banalização de tais atos influenciadores conduz, gradualmente, a uma paralela banalização da cedência por parte de tais responsáveis, e, conseqüentemente, à concretização dos atos de consumo.

Quanto ao menor enquanto futuro consumidor ativo e independente, entendemos que a influência consumista sobre o mesmo na sua fase infantojuvenil pode revelar-se ponto fundamental, atenta a possibilidade de adulterar a teórica capacidade de filtragem de influências sobre si exercidas.

Note-se, no entanto, que as crianças enquanto consumidoras não terão a mesma capacidade de assimilar e de compreender motivações comerciais. É justo afirmar que as crianças não estão munidas de um filtro que lhes permita identificar claramente as intenções que subjazem à publicidade que os atinge, vinda das mais diversificadas fontes<sup>41</sup>. A capacidade cognitiva depende de uma variedade infindável de fatores, na qual se inclui a idade.

Sobre a revolução tecnológica e conseqüente agilização do consumo não é, de todo, dispensável debruçarmo-nos sobre o impacto da internet. Este é o meio que veicula a

---

<sup>40</sup> Neste sentido e para um melhor esclarecimento, ver Almeida (2014, p. 152).

<sup>41</sup> Neste sentido, veja-se Almeida (2014, p. 153): “Deste modo, as crianças e os jovens não estão ainda munidos de um escudo de defesa cognitivo que lhes permita criar um filtro para proteção dos raios influenciadores ou mesmo hipnóticos da publicidade que os atingem provindos de diversas fontes.”

anulação de distâncias e o fomento desenfreado do consumo moderno<sup>42</sup>, no qual assumem um papel relevante, como nunca, as crianças.

A explosão da internet veio alterar o paradigma do consumo pelos menores. Com efeito, até tal massificação, a influência sobre os menores era exercida essencialmente através de meios publicitários televisivos<sup>43</sup>, o que se traduzia na influência dos menores junto de quem por si é responsável, atendendo à elevada dificuldade prática de concretização do ato de consumo pelos próprios. A internet e o fácil acesso a dispositivos móveis que permitem a navegação no mundo virtual veio quebrar barreiras, permitindo aos menores dispensar o recurso à sua influência junto dos seus responsáveis, atendendo à nova possibilidade de exercer o consumo direto. Acresce que os videojogos deixam a porta aberta para a decisão direta de consumo e influência de consumo. Assistimos, assim, com a massificação, a um reposicionamento dos vetores que sustentam a nossa interpretação tripartida.

Perante tudo o exposto, torna-se imperiosa a preocupação e intervenção dos titulares das responsabilidades parentais na vigilância das crianças, bem como repensar os mecanismos normativos adequados à proteção da criança enquanto consumidora (na sua vertente tripartida acima referida), na qual se devem incluir aqueles agentes responsáveis. Torna-se mister a preocupação por um quadro normativo dirigido aos menores não só pelos perigos que enfrentam, como pela própria segurança jurídica do sistema.

### 3. O regime das práticas comerciais desleais

#### 3.1. Evolução do regime das práticas comerciais desleais, a Diretiva 2005/29/CE e a sua transposição

Na era moderna e consumista, a qual já foi objeto de estudo, é importante reestabelecer a confiança dos consumidores no mercado, quer para garantir a concorrência, quer para a promoção de transações comerciais a nível transfronteiriço.

---

<sup>42</sup> Como afirma Moraes Carvalho (2017, p. 37), “[o] mercado único digital é uma das prioridades da União Europeia para os próximos anos, levantando novos problemas no domínio do Direito dos Contratos, em particular no que respeita aos contratos de consumo”.

<sup>43</sup> Para um melhor esclarecimento veja-se Alves (2011, pp. 7 e ss.)

O desenvolvimento económico e a circulação transfronteiriça de bens e serviços contribuem para uma maior oferta de produtos e serviços a preços mais competitivos. Claramente positivo é o desenvolvimento além-fronteiras, embora implicando a camuflagem de uma contrapartida negativa, que se revela numa mais exposta fragilidade dos consumidores, denotando-se um maior desequilíbrio entre as partes contraentes.

Este desequilíbrio *inter partes*, marcado pelas mais diversas formas de contratação capazes de suprimir a vontade real de contratação por parte do consumidor, deu origem a uma necessidade de tutela efetiva quanto às práticas comerciais desleais.

Como abordado supra, a repressão das práticas comerciais desleais foi, em primeira linha, possível com o recurso apenas a legislação comercial, através do instituto da concorrência desleal<sup>44</sup>.

Pese embora os consumidores fossem indiretamente tutelados, tal regime não se revelou suficiente, atenta a posição acessória do consumidor, que implicava inevitáveis lacunas legislativas. O consumidor não era, de todo, o principal visado ou destinatário de uma figura que tem, manifestamente, na sua base teleológica, a proteção do mesmo<sup>45</sup>. Como assinala Menezes Leitão (2016, p. 73), “a ideia base desse instituto é precisamente a de que apenas os comerciantes lesados pelos atos de concorrência poderiam reagir contra a situação”, acrescentando o autor que o “consumidor, sendo o principal objeto da disputa concorrencial, não aparece tutelado pela disciplina da concorrência”.

Contudo, o paradigma mudou substancialmente com a evolução económica, o que fez surgir novas regras com o intuito de proteção do consumidor. O tratado de Amesterdão<sup>46</sup> deu o seu forte contributo com o reforço da política comunitária de forma a proteger os consumidores. Deste impulso surgiram diversas Diretivas tendentes a proteger o consumidor.

---

<sup>44</sup> Como acrescenta o autor Menezes Leitão (2016, p. 73), “[t]radicionalmente, a repressão das práticas comerciais agressivas era apenas possível com base na legislação comercial e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, sancionados exclusivamente através do instituto da concorrência desleal”.

<sup>45</sup> Como afirma David Falcão (2019, p. 82), “[a]ntes da transposição da Diretiva n.º 2005/29/CE, de 11 de maio, a proibição das práticas comerciais desleais assentava, tão somente, no regime concorrência desleal. Em virtude de dito regime tutelar, quase exclusivamente, empresários contra atos concorrências desleais, os interesses dos consumidores, não eram satisfatoriamente acautelados”.

<sup>46</sup> A autora Guerra Martins (2008, pp. 524 e 525) afirma que “[t]eve como ideia base a ideia de que o cidadão deve ocupar o lugar central no processo de integração”.

A defesa dos consumidores passou a ser um objetivo do Direito económico europeu. O Livro Verde<sup>47</sup>, sobre a defesa do consumidor da UE, marcou a iniciativa de desenvolvimento da Diretiva sobre práticas comerciais desleais.

Anterior à Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, existiu um grande número de Diretivas<sup>48</sup> que, embora não regulassem diretamente as práticas comerciais desleais, denotavam a preocupação com o consumidor de forma a estabelecer um nível equitativo de proteção nos EM.

A incerteza jurídica que acarretavam as transações comerciais transfronteiriças justificou a criação da Diretiva 2005/29/CE, pois, antes da mesma, cada EM regulava o mesmo problema de formas diversas, tendo em conta as realidades de cada país<sup>49</sup>.

O desenvolvimento do mercado único e transfronteiriço, onde ocorre a livre circulação de pessoas e bens, fez surgir novas técnicas de *marketing*, que levou a um desenvolvimento rápido do mesmo, que por sua vez necessitava de uma regulação das práticas comerciais que impedisse a distorção do bom funcionamento do mercado interno. A dificuldade surgiu em contrabalançar duas realidades distintas: o bom funcionamento do mercado interno e, por outro lado, a aproximação das legislações dos EM nesta matéria.

Em resposta a esta dificuldade a Diretiva 2005/29/CE dispôs sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, de forma a regulamentar o conjunto de regras destinadas a determinar se uma prática é desleal e ainda a definir o quadro das práticas comerciais proibidas pela UE.

A Diretiva apresenta a sua razão e fundamento na uniformização dos EM no que respeita às práticas comerciais desleais. De realçar que as mesmas não afetam apenas a relação contratual entre consumidores e empresas, mas também, embora indiretamente, as empresas concorrentes que atuam sob as mesmas regras, não sendo desvalorizado, para o efeito, o instituto da concorrência desleal.

---

<sup>47</sup> O Livro Verde examina ainda os diferentes obstáculos à realização do mercado interno neste domínio, a questão da defesa do consumidor e as soluções a adotar para uma harmonização da regulamentação comunitária. Por outro lado, o Livro Verde considera as diferentes opções para melhorar a cooperação entre as autoridades públicas responsáveis pela aplicação prática da defesa do consumidor. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:132028&from=PT> consultado a 20-03-2020.

<sup>48</sup> Será de considerar a Diretiva 7/97/CE, de 20 de Maio de 1997, que regula as vendas à distância e equiparadas, embora, que não chegando a delimitar e a proibir as práticas comerciais desleais.

<sup>49</sup> Conforme Cardoso (2014, p. 38) Alguns EM regulavam as práticas comerciais desleais conjuntamente com o Consumo, diferindo na posição de consumidor ou de profissional, a título de exemplo destacamos os casos dinamarquês e sueco, através, respetivamente, do *Danish Marketing Practices Act* e do *Swedish Marketing Act*

A questão a que urge dar resposta é a de saber se a Diretiva teve como objetivo único e primordial a defesa e a segurança dos consumidores ou se, por outro lado, teve como intuito regular os mercados tentando incrementar as regras relativas à concorrência<sup>50</sup>. Propugnando uma resposta afirmativa surge Adelaide Menezes Leitão (2011, p. 550), que refere que, “basta ler o art.º 1.º para ficar claro que o objetivo do funcionamento correto do mercado é colocado como prioritário em relação ao objetivo de alcançar um nível elevado de proteção dos consumidores”. Em sentido contrário surge Oliveira Ascensão, afirmando que “as práticas comerciais desleais lesam os interesses dos consumidores, pelo que as relações entre concorrentes não estão diretamente em causa”<sup>51</sup>.

Não podemos negar que a realidade de política de defesa dos consumidores se relaciona de forma direta com a política de mercado e o bom funcionamento de um mercado único<sup>52</sup>, objetivo claro da Diretiva<sup>53</sup>. Outra das preocupações da Diretiva foi a de proteger determinados grupos de consumidores: os consumidores particularmente vulneráveis<sup>54</sup>.

A Diretiva foi transposta para o ordenamento português através do DL n.º 57/2008, de 26 de março, o RPCD, o qual estabelece “o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço”.

A principal característica da Diretiva prende-se com a previsão de uma harmonização total<sup>55,56</sup>, onde os EM não puderam adotar normas mais protetoras dos consumidores, contrariamente às Diretivas de harmonização mínima, em que se estabelece um patamar mínimo de proteção que os EM têm de respeitar, concedendo-lhes a possibilidade de introduzirem normativos mais protetores<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Veja-se para um melhor esclarecimento o preâmbulo do RPCD, onde se lê “O presente decreto-lei estabelece uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores e aplica-se às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores e indirectamente os interesses económicos dos concorrentes legítimos”.

<sup>51</sup> Cardoso (2014, p. 34) *apud* Oliveira Ascensão.

<sup>52</sup> Neste sentido Adelaide Menezes Leitão (2011, p. 556) “Assim, a nova disciplina sobre práticas comerciais desleais não pode ser apenas vista como puro Direito do Consumo de mera proteção do consumidor, mas antes como uma disciplina de ordenação do mercado, que protege diretamente consumidores e indiretamente os concorrentes”.

<sup>53</sup> Neste sentido, há que atentar no ponto 13 da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>54</sup> *Vide* ponto 18 da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>55</sup> Como assinala Morais Carvalho (2017, p. 106), “[t]rata-se de uma Diretiva de harmonização máxima, pelo que a margem de liberdades dos Estados-Membros se encontra consideravelmente limitada”.

<sup>56</sup> Neste sentido, para um maior esclarecimento veja-se Passinhas (2015, p. 100 e ss.)

<sup>57</sup> A título de exemplo, surge a Diretiva 1999/44/CE, Diretiva 97/7/CE, art.º 14.º, art.º 8.º da Diretiva 93/13/CEE

O sentido era permitir uma maior segurança jurídica nas transações transfronteiriças e ainda que as diferenças legislativas a nível nacional não criassem obstáculos ao mercado interno e, conseqüentemente, ao nível concorrencial o que levou a uma opção por parte do legislador comunitário da harmonização máxima<sup>58</sup>. Foram, portanto, estabelecidas regras uniformes a nível europeu nesta matéria.

Esta harmonização máxima gerou controvérsia<sup>59</sup>, ao criar um patamar máximo de proteção, pois redundava num decréscimo de proteção do consumidor, em geral, o que, em boa verdade, era um dos objetivos da Diretiva, conceder a todos o mesmo nível de proteção e a segurança jurídica no mercado único.

No entanto, repare-se que num universo tão vasto no que concerne às culturas jurídicas na UE, o estabelecimento de regras uniformes, sem a possibilidade de modelação, reveste um carácter utópico. As diferenças notórias e significativas nos EM motivam e legitimam um tratamento diferenciado. A transposição da Diretiva deveria ser adaptada à realidade de cada EM e tendo em conta as normas pré-existentes, sob pena de existir diminuição na proteção dos consumidores<sup>60</sup>. O sentido e alcance de um princípio de harmonização plena visa um patamar igualitário de proteção dos consumidores que não é possível.

Note-se, no entanto, que o legislador nacional, aquando da transposição da Diretiva, não utilizou exatamente os mesmos preceitos, o que veio gerar dúvidas<sup>61</sup>.

Antes da entrada em vigor do RPCD, a LDC e o CPub, já penalizavam o recurso a práticas comerciais desleais. As práticas comerciais desleais enganosas reconduziam-se à proibição da publicidade enganosa, enquanto as práticas comerciais desleais agressivas se

---

<sup>58</sup> Conclusão que se pode retirar dos considerandos 3,5 e 12 da Diretiva.

<sup>59</sup> Segundo Morais Carvalho (2012, p. 277), embora o intuito seja marcadamente o do desenvolvimento de um mercado único pelo que não faria sentido a opção pela harmonização mínima. O objetivo primordial (proteção dos consumidores) seria mais eficaz com a harmonização mínima uma vez que não se impõe aos EM uma diminuição do nível de proteção anterior.

<sup>60</sup> Segundo o entendimento de Adelaide Menezes Leitão (2011, p. 555): “Efetivamente se, por um lado, a Diretiva configura um instrumento que permite a legislador comunitário alguma maleabilidade para acomodar a disciplina normativa comunitária à tradição jurídica dos diferentes sistemas, por outro, estabelecendo na sua maioria mínimos de proteção, conduz a uma harmonização mínima, uma vez que os diferentes legisladores nacionais, ao fixarem níveis acrescidos de proteção, perpetuam as distorções no mercado interno”.

<sup>61</sup> Note-se, a título de exemplo, a opção pela não inclusão dos consumidores particularmente vulneráveis na cláusula geral.

encontravam dispersas em legislação avulsa, sendo, no entanto, o DL n.º 253/86<sup>62</sup>, de 25 de agosto, o alicerce, além dos clássicos vícios da vontade com sede no Código Civil.

Existia um conjunto enorme de normativos que se aplicavam no âmbito das práticas comerciais desleais<sup>63</sup>, pelo que era urgente a criação de um diploma único que englobasse as diversas soluções jurídicas.

À data da publicação da Diretiva, encontrava-se em projeção um Código do Consumidor, com o intuito de condensar num só diploma todas as matérias relativas ao Direito do Consumo, de modo a que fosse criada a segurança jurídica dos consumidores, de que eram há muito merecedores, designado “Código do Consumidor Anteprojeto”, como referimos supra<sup>64,65</sup>. No entanto, este documento não chegou a vingar, sendo que as matérias tratadas permanecem em diplomas avulsos. O RPCD acolheu, grosso modo, as soluções preconizadas tanto na Diretiva como o núcleo essencial do designado Código do Consumidor.

## 3.2. Os níveis de proteção do Regime das Práticas Comerciais Desleais

Neste ponto da presente dissertação pretendemos conceber uma breve noção do conceito jurídico e dos níveis de proteção conferidos pelo RPCD. Assinale-se que se prefigura essencial uma proteção especial do consumidor, para além da já existente, quando confrontado com específicas práticas comerciais.

A nível interno, o RPCD estabelece no seu art.º 1º o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante, ou após uma transação comercial relativa a um bem ou um serviço. O RPCD,

---

<sup>62</sup> Que incidia sobre “práticas restritivas de leal concorrência, o que à partida parece englobar situações entre o direito da concorrência desleal e o direito da concorrência”. Este diploma encontra-se atualmente revogado pelo DL n.º 70/2007, de 26 de março.

<sup>63</sup> A título de exemplo, as vendas progressivas em cadeia eram proibidas pelo DL n.º 143/01, de 26 de abril, atinente aos contratos celebrados no domicílio ou equiparados e contratos à distância.

<sup>64</sup> Como assinala Engrácia Antunes (2019, p. 16), conferia assim uma maior unidade sistemática à regulação jurídica neste domínio.

<sup>65</sup> Com efeito, o anteprojeto já continha nos seus arts. 129.º a 164.º uma subsecção dedicada às práticas comerciais desleais (Soveral Martins, 2011, p. 572).

no que concerne ao seu art.º 3º, al. *d*), com a epígrafe “definições”, define prática comercial como “qualquer ação ou omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor<sup>66</sup>”.

Prevê, através dos seus arts. 5.º e 6.º, o conceito e alcance de prática comercial desleal, estatuidos tais disposições, respetivamente, sobre práticas comerciais desleais em geral e práticas comerciais desleais em especial, consubstanciando-se estas últimas nas práticas que visam consumidores particularmente vulneráveis, práticas enganosas e práticas agressivas. Denote-se que todos os tipos de práticas em causa são proibidos, por força do disposto no art.º 4.º. Cabe salientar o referido no art.º 5º que estatui que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço”.

Como decorre, podemos decompor o art.º 5.º em quatro elementos, a saber: tratar-se de uma relação jurídica de consumo; a necessidade de existência de uma prática comercial; a desconformidade quanto à diligência profissional; e a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico de maneira substancial do consumidor, seu destinatário, ou de afetar este relativamente a certo bem ou serviço<sup>67</sup>.

O caráter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se, como referência, o consumidor médio<sup>68,69</sup> ou o membro médio de um grupo, quando a mesma tem como destinatário um grupo de consumidores, tal como consta do n.º 2 do art.º 5º.

Não podemos deixar de assinalar a nossa discórdia perante a integração sistemática das práticas comerciais que visam consumidores particularmente vulneráveis como práticas comerciais desleais em especial. Com efeito, denote-se que estas práticas, previstas no art.º 6.º, al. *a*), são, na verdade, um desvio à regra geral de aferição da deslealdade das práticas,

---

<sup>66</sup> Como bem afirma Menezes Leitão (2016, p. 75), “[t]rata-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de Consumo e com estes relacionados”.

<sup>67</sup> O autor Morais Carvalho (2012, pp.284 e 285) decompõe a cláusula geral em três elementos são eles: Relação jurídica de Consumo, adotando um conceito de consumidor restrito; a existência de uma prática comercial nos termos da al. *d*) do art.º3.º; a prática comercial tem de ser desconforme com a diligência profissional.

<sup>68</sup> Ponto autónomo tratado *à posteriori*.

<sup>69</sup> Realça-se, no entanto, o caráter programático no RPCD ao contrário do que sugere na Diretiva. Repare-se que a referência a consumidor médio na Diretiva aparece de forma exaustiva, vincada no considerando 18 da mesma como: consumidor ideal típico.

por sua vez, prevista no art.º 5.º, n.º 2, pelo que mais feliz e esclarecedora teria sido a previsão de práticas que visam consumidores particularmente vulneráveis como um eventual n.º 3 do art.º 5.º, prestando a devida completude ao raciocínio subjacente a este artigo.

Para além da definição geral do art.º 5º, os arts. 6º e ss. do RPCD indicam outras modalidades de práticas comerciais desleais. Não são, porém, taxativas como resulta da expressão “em especial”.

O segundo nível de proteção do RPCD manifesta-se pela consagração de duas modalidades de práticas comerciais desleais, são elas: as práticas comerciais desleais em especial enganosas e agressivas. As práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas vêm consagradas no art.º 6.º, onde se faz a sua distinção.

No que respeita às práticas comerciais enganosas, é por sua vez feita uma divisão entre ações enganosas (art.º 7º) e omissões enganosas, (art.º 9º). De realçar que, se as mesmas forem praticadas através de publicidade, constituem publicidade enganosa conforme consta do art.º 7.º, n.º 2, al. a)<sup>70</sup>. Já no que diz respeito às práticas comerciais agressivas, estas vêm consagradas no art.º 11.º do mesmo diploma legal.

Apesar de o Código da Publicidade oferecer uma tutela específica relativa à publicidade enganosa, nomeadamente no art.º 11.º (corolário do art.º 10.º, que estabelece o princípio da veracidade), esta tutela destina-se apenas à publicidade dirigida a não consumidores, por força do disposto no art.º 43.º do mesmo diploma legal. Significará isto que o consumidor fica desprotegido? Não, pois a publicidade dirigida a consumidores deverá ser considerada como uma prática comercial, pelo que o seu eventual carácter falacioso está devidamente regulado no RPCD. Com isto, o legislador pretende evitar uma tutela duplicada concentrando em regime próprio (o RPCD) a tutela relevante do consumidor.

Nas práticas comerciais enganosas, ocorre uma adulteração da realidade contratual que afetará o sentido negocial do consumidor. A título de exemplo, destacamos a informação errónea ou ocultação de elementos fundamentais que implique o aproveitamento da desinformação do consumidor, que conduziu o mesmo a tomar uma decisão de transação divergente daquela que tomaria se não fosse a prática comercial desleal, para daí retirar vantagens para os interesses empresariais.

---

<sup>70</sup> O preâmbulo do presente diploma estabelece que a proibição geral única que também se aplica à publicidade.

O art.º 7º, n.º 1, do RPCD, com a epígrafe “ações enganosas”, enuncia os elementos sobre os quais pode incidir o engano e que correspondem<sup>71</sup>, fundamentalmente, aos elementos substanciais de uma proposta contratual, essenciais para a tomada de uma decisão de transação<sup>72</sup> livre e adequada<sup>73</sup>. Já o n.º 2 do mesmo artigo acrescenta duas modalidades avaliadas de acordo com as características e as circunstâncias. Incluem-se neste âmbito as situações de promoção comercial, incluindo publicidade comparativa, bem como o incumprimento pelo profissional do código de conduta<sup>74</sup>.

Quanto ao art.º 9 do RPCD, com a epígrafe “omissões enganosas”, realça que é proibida a omissão de informação com requisitos substanciais<sup>75</sup>. Sem embargo, ao serem enunciados, se o forem de modo tardio, pouco claro e ininteligível<sup>76</sup> são também eles considerados omissões enganosas. A lei consagra algumas informações substanciais que devem constar da proposta contratual, pese embora a maioria dos contratos de consumo tenham exigências específicas de informação consoante o setor de atividade (*vide* n.º 4 do mesmo artigo).

Nas práticas comerciais agressivas, a conduta do consumidor não é inteiramente livre e voluntária, verificando-se um comportamento coativo do profissional<sup>77</sup>. Na maioria das vezes, a decisão do consumidor não é motivada pelo seu efetivo interesse no produto, mas antes pelo anseio de evitar ser perturbado pelo profissional. Na verdade, muitas vezes, o mercado desequilíbrio contratual leva a que o consumidor aceite as condições contratuais pré-definidas.

O art.º 11.º, n.º 2, explicita alguns critérios, a título exemplificativo, de que devemos atender às características e circunstâncias, o momento, o local, a natureza e persistência da

---

<sup>71</sup> Morais Carvalho (2017, p. 111) assinala que “[a] indução do consumidor em erro pode resultar do fornecimento de informações falsas ou de informações objetivamente verdadeiras, mas passíveis de, no contexto em concreto, serem interpretadas de forma incorreta pelo consumidor”.

<sup>72</sup> Deve entender-se decisão de transação conforme a al. l) do art.º 3.º do RPCD.

<sup>73</sup> Assinala Morais Carvalho (2017, p. 111) que “[o]s elementos relevantes no que respeita à suscetibilidade da indução em erro pelo consumidor são enunciados nas várias alíneas do preceito(...) deve entender-se que se pode tratar de qualquer elemento essencial ao contrato a celebrar entre profissional e consumidor, ainda que não se encontre expressamente previsto no conceito”.

<sup>74</sup> Previsto no arts. 17.º e ss., que asseguram uma proteção superior à prevista no presente diploma.

<sup>75</sup> Nos termos do n.º 3.º do art.º 9.º, “são considerados substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias”, indicando no n.º 4 os diplomas que deverão ser considerados para efeitos de requisitos substanciais.

<sup>76</sup> Desta monta, não basta, para o efeito, que as informações sejam verdadeiras, mas prestadas no tempo certo, de forma clara pelo profissional, de modo a que não possa induzir o consumidor em erro.

<sup>77</sup> Morais Carvalho (2017, p. 119) entende que “[o] conceito de prática agressiva comporta dois pressupostos: em primeiro lugar, a existência de assédio, coação ou influência indevida por parte do profissional; em segundo lugar, a consequente limitação da liberdade do consumidor”.

prática; o uso de linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor; qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional. Atente-se que não basta a mera situação enganosa ou agressiva. Tem de se verificar que a prática em si, reveladora do comportamento económico do profissional, foi determinante para o dano causado, não bastando a eventualidade de o poder ser<sup>78</sup>.

O dever de informação é um dos maiores instrumentos de defesa do consumidor que o acompanha em todo o percurso negocial. A LDC concede aos consumidores um direito à informação em geral (art.º 7.º) e um direito à informação em particular (art.º 8.º).

O enquadramento das práticas comerciais desleais em especial é diferenciado da cláusula geral, constituindo dessa forma o segundo nível de proteção. O primeiro nível de proteção consubstancia-se na chamada “lista negra”, na qual são elencadas de modo exaustivo, por um lado, as ações consideradas enganosas em qualquer circunstância, conforme previsto no art.º 8.º do RPCD e, por outro lado, as práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância, presentes no art.º 12.º do RPCD. A denominação como primeiro nível de proteção advém do facto de uma vez preenchido este tipo de prática, não ser necessário a verificação de requisitos, bem como os demais níveis de proteção.

### 3.3. O padrão da deslealdade como escopo do RPCD

A caracterização do regime das práticas comerciais desleais centra-se na cláusula geral de deslealdade<sup>79</sup>. Apostou-se, como já foi referido, numa abordagem pela negativa, o que, *a contrario sensu*, resulta na consideração como leais de todas as cláusulas que não se enquadrem neste conceito.

A opção pela aposta negativa gerou, desde logo, controvérsia na discussão da Diretiva. Pegado Liz não concorda com o padrão da deslealdade:

---

<sup>78</sup> Morais Carvalho (2017, p. 120) assinala que “[é] ainda necessário que o assédio, a coação ou a influência indevida sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de decisão do consumidor, levando-o a tomar uma decisão que não teria tomado de outro modo”.

<sup>79</sup> Veja-se o art.º 4.º do RPCD.

(...) preferiu antes partir de uma caracterização de práticas desleais. Preferiu mal. Em vez de consagrar, uma cláusula geral de lealdade, optou por uma cláusula geral de deslealdade. Se se aliarem a esta circunstância os termos das próprias definições e o modo como são enunciadas as práticas, fácil é de ver que o alcance da proteção dos consumidores é reduzido. Foi essa a razão que levou várias instituições e organizações a pronunciarem-se contra esta orientação.

Soares, 2018, p. 41 *apud*. Pegado Liz

As práticas comerciais leais devem ver-se como um padrão de normalidade, sendo que, nesta medida, a deslealdade deve ser vista como um desvio à conduta do profissional<sup>80</sup>. Uma vez que o fundamento do regime é precisamente a proteção dos consumidores, somos da opinião que a abordagem seja feita pela negativa, numa tentativa de penalização dos comportamentos que são desviantes à normalidade, permitindo, desta forma, alcançar, de modo mais eficaz, a segurança jurídica.

A perspetiva negativa que pauta o teor do RPCD revela-se um forte pilar de proteção do consumidor. Com efeito, este carácter negativo, assente numa estrutura fundamentalmente proibitiva, permite prever com elevada eficácia os requisitos, tipos e mesmo cláusulas concretas proibidas, por violarem os direitos dos consumidores, algo que seria manifestamente preterido por um diploma que assente numa perspetiva positiva.

## 3.4. A cláusula geral subsidiária

### 3.4.1. Considerações gerais

O regime legal das práticas comerciais desleais apresenta a cláusula geral<sup>81,82</sup> subsidiária no seu art.º 5.º, que define como desleal qualquer prática que seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor em relação a um bem ou serviço<sup>83</sup>. A aplicação da cláusula geral depende, em primeiro lugar, de se tratar de

---

<sup>80</sup> Neste sentido Garcia (2014, pp. 27 e 28)

<sup>81</sup> Optámos pela denominação como prática cláusula geral, uma vez que são referidas na Diretiva, nomeadamente no art.º 5.º, n.º 4, “práticas comerciais desleais em especial”.

<sup>82</sup> Note-se que Morais Carvalho (2017, p. 106) também define esta cláusula como cláusula geral.

<sup>83</sup> Neste sentido, Soveral Martins (2011, pp. 575 e 576). Note-se desde logo a diferença em relação aos termos usados na Diretiva. “Assim, para a Diretiva a prática comercial desleal será a que é “contrária às exigências relativas à diligência profissional”» na lei portuguesa, foi antes utilizado o termo “desconformes”. Sempre se poderá discutir se toda a «desconformidade» é «contrária» às referidas exigências”.

uma relação jurídica de consumo<sup>84</sup>, devendo salientar-se que, nos termos da al. *a*) do art.º 3.º, o conceito de consumidor se apresenta mais restrito<sup>85</sup>; em segundo lugar, da existência de desconformidade à diligência profissional; e, em último lugar, da distorção ou da suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor<sup>86</sup>.

Decompondo a cláusula geral, observamos a existência de pressupostos cumulativos para a caracterização da prática comercial como desleal, nomeadamente, em primeiro lugar, a existência de uma prática comercial<sup>87</sup>. Note-se que “se a relação com o bem não for direta, considera-se não existir prática comercial para efeitos do diploma” (Morais Carvalho, 2017, p. 107). Não obstante, esta noção é bastante ampla, podendo estar em causa qualquer ação ou omissão no que respeita à materialização do comportamento do profissional.

Em segundo lugar, tem de existir uma relação de consumo, ou seja, um contrato celebrado entre um consumidor, consoante a aceção do art.º 3.º, al. *a*), e um profissional na aceção do art.º 3.º, al. *b*), ambos do RPCD.

Inerente a essa relação jurídica de consumo, tem de existir uma ou mais práticas comerciais que sejam desconformes à diligência profissional<sup>88, 89</sup>. Assinale-se que o conceito de diligência profissional é um conceito indeterminado. No entanto, para avaliar a existência de diligência profissional, poderemos atender a vários critérios e o que merece mais atenção, na nossa perspetiva, é o critério da expectativa razoável, avaliado de acordo com a competência e o cuidado de um profissional normal na relação com o consumidor (Morais Carvalho, 2017, p. 108), o qual não é suscetível de distorcer substancialmente o

---

<sup>84</sup> A relação jurídica incorpora na sua definição três requisitos, o elemento subjetivo, o objetivo e o finalístico. O elemento subjetivo atende às partes envolvidas nesta relação jurídica o consumidor e o profissional. O elemento objetivo assenta no objeto que recai sobre a relação jurídica, o denominado produto ou serviço. Já o elemento finalístico visa averiguar o fim último que o consumidor quer dar ao bem ou serviço.

<sup>85</sup> Veja-se que consumidor é definido na al. *a*), do art.º 3.º como “qualquer pessoa singular, que nas práticas comerciais abrangidas pelo (...) Decreto-Lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

<sup>86</sup> Como bem afirma Jorge Morais Carvalho (2017, p. 107), “[a] complexidade destes preceitos, associada ao grande número de requisitos exigidos e à necessidade de se ter em conta, para a sua aplicação, de três das definições constantes do art. 3.º (prática comercial; diligência profissional, distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores), igualmente complexas e exigentes (algumas consideradas “subjetivas” e insuscetíveis de uma verificação objetiva, por padrões científicos ou comprováveis), torna praticamente inaplicável, na prática, a cláusula geral do diploma”.

<sup>87</sup> Nos termos do art.º 3.º, al. *d*), a existência de uma prática comercial abrange “[q]ualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

<sup>88</sup> A al. *h*) do art.º 3.º define diligência profissional como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio da boa fé no âmbito da actividade profissional”.

<sup>89</sup> Enunciação apenas do tema que será tratado no ponto 3.4.2.

comportamento económico do consumidor<sup>90</sup>. Como refere Morais Carvalho (2017, p. 108), “[n]ão está em causa a posição concreta quer do profissional quer do consumidor, pelo que não são relevantes os seus conhecimentos específicos e sua experiência concreta no mercado”.

A prática comercial só é desleal se o consumidor tomar uma decisão diferente da que tomaria se não tivesse sido realizada a prática. Pelo que será de questionar se efetivamente é necessária a contratação do consumidor ou se bastará que ele tome uma decisão diferente da que tomaria se não houvesse a prática comercial. No nosso entender, não é necessária a efetiva tomada de decisão de contratar, bastará que o consumidor assuma uma posição diferente, se não existisse a prática comercial. Com efeito, como bem assinala, ainda, este autor (2017, p. 109), “se o consumidor contratar quando sem a prática desleal não o faria, se não contratar quando sem a prática comercial o faria ou se contratar em termos diferentes daqueles em que o faria, a prática pode ser considerada desleal”.

De realçar que o carácter leal ou desleal é aferido tendo como referência o consumidor médio<sup>91</sup> ou o membro médio de um grupo, quando for destinada a um grupo de consumidores.

Esta norma, no entanto, é composta por conceitos indeterminados que carecem de esclarecimento<sup>92</sup>, uma vez que são totalmente subjetivos e de impossível verificação e padronização objetiva<sup>93</sup>. Note-se que esta multiplicidade de conceitos indeterminados prejudica a segurança jurídica que tanto ambicionava a Diretiva e indubitavelmente o RPCD.

Numa estrutura piramidal invertida, a cláusula geral apresenta-se como sendo a *ultima ratio* de aplicação, uma vez que, estando preenchidos os pressupostos das práticas comerciais desleais em especial ou os pressupostos das práticas comerciais desleais em especial em qualquer circunstância, estes se aplicam em segunda e em primeira *ratio*, respetivamente.

---

<sup>90</sup> Nos termos da al. e) do art 3.º considera-se que distorce substancialmente o comportamento económico dos consumidores “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

<sup>91</sup> Tema tratado no ponto 3.5.

<sup>92</sup> Embora existindo o art.º 3.º do RPCD, que tem como intuito o esclarecimento de preceitos, o mesmo surge com definições imprecisas.

<sup>93</sup> Note-se que como bem assinala Adelaide Menezes Leitão (2011, p. 557) todos estes critérios cumulativos contribuem para uma manta de retalhos para a aferição da deslealdade nas práticas comerciais desleais, o que é consequência dos diferentes padrões de lealdade vigentes nos diversos sistemas jurídicos.

O fundamento da padronização dos três níveis de regulamentação das práticas comerciais desleais tem como intuito e fundamento, no que tange à primeira e segunda *ratio*, a existência de múltiplos casos nos quais se aplicarão diretamente as alíneas dos mesmos. Em última *ratio* surgem os casos que não estão especialmente consagrados, mas que também se consideram práticas comerciais desleais, que se averiguam pelo preenchimento dos requisitos infra descritos. A padronização da cláusula geral nas práticas comerciais desleais, no que tange aos EM, é exigida pela segurança jurídica nas transações transfronteiriças<sup>94</sup>.

Como decorre, a cláusula geral das práticas comerciais desleais compreende alguns pressupostos, a saber, a existência de uma relação jurídica de consumo; a existência de práticas comerciais desconformes à diligência profissional e a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor, pontos que abordaremos de forma autónoma de seguida dado o elevado grau de complexidade e importância que assumem no âmbito da presente dissertação.

## **3.4.2. Diligência profissional**

### **3.4.2.1. O conceito**

Numa lógica de conciliação dos regimes dos EM, a formulação da cláusula geral apresenta-se comum para todos e corresponde aos princípios utilizados pelos diversos EM nos seus ordenamentos internos. Pode afirmar-se que a noção de diligência profissional é trabalho da UE. No entanto, a transposição da noção afigurou-se difícil, uma vez que não é utilizada da mesma forma e com a mesma terminologia em todos os EM.

A Diretiva densificou o conceito de diligência profissional segundo “o padrão de competência especializada e de cuidado que se deve esperar razoavelmente de um profissional para com os consumidores, que tenha em conta as boas práticas de mercado, honestas e tendo em conta o princípio da boa fé no âmbito da atividade do profissional”<sup>95,96</sup>.

---

<sup>94</sup> Veja-se, a título de exemplo, o considerando 13 da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>95</sup> Conforme art.º 2.º, al. *h*), da Diretiva.

<sup>96</sup> Como bem afirma Menezes Leitão (2016, p. 76), “[c]ompreender-se-ão aqui, portanto, os padrões éticos pelos quais o profissional deve pautar a sua atividade, em conformidade com as regras gerais de mercado ou com as regras específicas da sua profissão”.

Já no RPCD a diligência profissional vem descrita no art.º3.º, al *h*), como “[p]adrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação ao consumidor, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral de boa fé no âmbito da atividade profissional”. Aquando da transposição da Diretiva, o RPCD imprimiu alguma diferença nos termos.

Desta forma, podemos afirmar que a avaliação da expectativa razoável em nada implica o maior ou menor conhecimento, por parte do consumidor, no mercado, tendo sempre como referência as práticas honestas de mercado e o princípio da boa fé.

Não podemos deixar de tecer críticas quanto ao conceito de diligência profissional. Repare-se que esta noção não o mais é que um aglomerado de conceitos indeterminados: “que se pode razoavelmente esperar de um profissional”; “que tenha em conta as boas práticas de mercado”. Note-se que esta noção, apesar de ser um trabalho da UE, não se coaduna com o espírito do regime: a proteção dos consumidores.

Aquando da transposição do regime geral das práticas comerciais desleais, constatamos que a lei lusa optou pela “desconformidade à diligência profissional” enquanto a Diretiva refere “contrárias às exigências relativas à diligência profissional”. Pode, neste sentido, levantar-se a questão de saber se toda a “desconformidade” é “contrária” às referidas exigências<sup>97</sup>.

A tentativa de síntese de todos os regimes internos dos EM consagra em si mesmo a dificuldade de aplicação, quer pelas diferenças existentes nos próprios ordenamentos jurídicos, quer pela amálgama de conceitos indeterminados<sup>98</sup> de difícil concretização e aplicação.

De realçar que, se os atos praticados forem conformes à diligência profissional, mas afetarem materialmente o comportamento económico dos consumidores, não se encontram igualmente abrangidos pelas práticas comerciais desleais<sup>99</sup> pela falta de requisitos cumulativos.

---

<sup>97</sup> Neste sentido, Soveral Martins (2011, pp. 574 e 575).

<sup>98</sup> Tais como, nível de competência especializado, práticas honestas, boa fé.

<sup>99</sup> Tal como sugere Adelaide Menezes Leitão (2011, pp. 557 e 558).

### 3.4.2.2. A atuação do profissional segundo as regras de competência e cuidado

A diligência profissional impõe um padrão de competência especializada e de cuidado que se pode esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores.

Desde logo é visível que não basta, *per se*, um padrão genérico de conduta, mas antes, uma competência especializada. O que nos faz questionar o conceito indeterminado de competência especializada, que não é explicitado no art.º 3.º do RPCD, com a epígrafe “definições”. Cremos que a competência especializada advém dos conhecimentos específicos que o profissional adquire no âmbito da sua atividade profissional, a observar na realização da transação. A diligência impõe ao profissional que, no âmbito da sua atividade, observe princípios de integridade e lealdade.

No entanto, as regras de atuação de cada setor de atividade diferem<sup>100</sup> e não se pode considerar uma atuação reiterada e habitual em setores específicos de atividade como prática leal. O objetivo do regime não se baseia na consideração como leal uma prática reiterada num setor específico de atividade mesmo que exista habitualidade. Segundo esta regra, por mais que uma prática fosse desleal, se a mesma tivesse um caráter habitual, converter-se-ia numa prática aceite, conseqüentemente, leal.

Deve aferir-se o escopo do regime, ou seja, a proteção dos consumidores, pelo que se exige um padrão de lealdade marcado por padrões éticos, práticas honestas de mercado e boa fé, sempre aliados aos usos sociais e as regras específicas de cada setor de atividade<sup>101</sup>.

Os códigos de conduta<sup>102</sup>, com vista a regular adequada e eficazmente aquele setor de atividade específico, implicam um confronto com a regulamentação estadual, são, no entanto, instrumentos para aferição da honestidade, ou não, da prática comercial.

Não existe relação entre a honestidade da prática comercial e o cumprimento de um código de conduta, o que nos faz questionar se a potencial violação de uma regra de um código de conduta não é condição para a admissão imediata de uma prática desonesta e com isso a admissão de uma prática comercial como desleal.

---

<sup>100</sup> Como afirma Menezes Leitão (2016, p. 76), as práticas admissíveis variarão consoante a atividade profissional em causa.

<sup>101</sup> “Embora seja visível o esforço de concretização legal do que seja prática comercial desleal, essa concretização é feita com recurso a conceitos indeterminados (...), que não dispensam uma observação cuidadosa dos usos sociais e uma construção jurisprudencial e doutrinária assente em casos concretos”. (Ribeiro, 2016, p. 49 *apud* Assunção Cristas).

<sup>102</sup> Muito importantes, nesta temática, serão os códigos de conduta aprovados para determinadas profissões (Leitão, 2016, p. 76).

Tendo em conta as práticas de mercado e as regras específicas de cada setor de atividade para apreensão do conceito de prática honesta de mercado, terá de existir por parte do aplicador uma observação pormenorizada e casuística dos costumes sociais, de forma a tipificá-la como honesta ou desonesta.

### 3.4.2.3. Práticas honestas e o princípio da boa fé

Um dos critérios de aferição do padrão de conduta do profissional são as práticas honestas e o princípio geral de boa fé.

Extrai-se da enunciação do preceito que práticas comerciais honestas devem ser regidas pelos princípios de honestidade, integridade e boa fé. Para a concretização dos mesmos, precisamos de nos socorrer da legislação civilista e dos códigos de conduta específicos de cada setor de atividade. Estes últimos trazem à colação, inevitavelmente, diversos contornos específicos de cada setor de atividade. Quanto ao marco de referência, devemos atender às expectativas do consumidor médio.

De qualquer forma, não caberá a cada setor de atividade o encargo da atribuição de padrões mínimos de exigências aos profissionais, pois isso seria subverter o próprio sistema de mercado.

Para que exista a apreensão, por parte do legislador, do que será uma prática honesta e segundo os princípios da boa fé, esta deverá ser sempre minuciosa e segundo os costumes sociais associada aos códigos de conduta de cada setor.

Os códigos de conduta devem ser utilizados como auxiliares das práticas honestas, mas nunca como limite máximo. Deve atender-se ao caso em concreto e delimitar como expoente máximo o interesse e direitos dos consumidores.

Já no que concerne à boa fé, esta é um dos princípios basilares de todo o nosso ordenamento jurídico<sup>103</sup>, sendo por isso considerada como tal, também, no âmbito do RPCD, em constante conexão com o princípio da autonomia privada.

O princípio da boa fé surge essencialmente para corrigir desequilíbrios, tendo em conta as particularidades de cada caso concreto. Esta pode ser vista sob duas perspetivas diferentes: a perspetiva da formulação objetiva e a perspetiva da formulação subjetiva. A primeira diz respeito à averiguação, no âmbito de uma relação contratual, da conduta leal e

---

<sup>103</sup> Conforme explicita Pais de Vasconcelos (2019, p. 24) “O princípio da boa fé é um princípio do Direito Justo, ou o mesmo é dizer, do Direito Natural”.

do modo como atuam, impedindo condutas desleais e impondo deveres de colaboração mútua<sup>104,105</sup>. Já a subjetiva diz respeito ao estado de desconhecimento em relação a certos factos do agente<sup>106</sup>.

Toda a coerência lógica do RPCD tende a acompanhar o sentido da perspectiva sob o âmbito objetivista, como maneira de avaliar a conduta do profissional. Uma situação em que foi depositada confiança no decurso de uma prática comercial cria, validamente, expectativas que, uma vez defraudadas, necessitam de uma tutela efetiva. No âmbito de uma relação contratual, recaem sobre o profissional deveres de informação e de lealdade.

Repare-se que a boa fé deve estar presente em toda a relação contratual, mas assume especial relevância na fase pré-contratual<sup>107</sup>, especialmente no que concerne à confiança. Assinale-se que é nesta fase, por um lado, que existe o primeiro contacto e, por outro, que o profissional precisa de captar o interesse do consumidor.

Torna-se desta forma imprescindível um modelo geral, o qual não se esgote pelas circunstâncias casuísticas e na maior ou menor aplicação do princípio da boa fé. No entanto, não poderá haver uma remissão sem precedentes do princípio da boa fé para o RPCD. Veja-se que a legislação civilista está criada para relações igualitárias<sup>108</sup>. Numa relação de consumo, há uma parte débil pelo seu défice na informação, onde se exige, desta monta, uma maior proteção sob a égide do princípio da boa fé.

### **3.4.3. A distorção ou suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor**

A definição de distorção substancial do comportamento económico do consumidor encontra-se plasmada no art.º 3.º, al *e*), que dispõe que “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão

---

<sup>104</sup> Veja-se a título de exemplo o art.º 334.º do CC.

<sup>105</sup> Para um melhor esclarecimento veja-se Pais de Vasconcelos (2019, p. 25).

<sup>106</sup> Pais de Vasconcelos (2019, p. 24) explica, ainda, que a perspectiva subjetivista, decide-se da boa fé ou má fé em que se encontra certa pessoa perante uma situação jurídica própria.

<sup>107</sup> O art.º 227.º do CC esclarece que todo aquele que não proceder segundo as regras da boa fé nos preliminares de um contrato é alvo de sanção, pelo que se denota desde logo a preocupação no âmbito do CC com a tutela efetiva em toda a relação contratual.

<sup>108</sup> Pais Vasconcelos (2019, p. 7) explicita que “[o] Direito Civil constitui a parte fundamental do Direito privado. Como tal, abrange a parte do Ordenamento Jurídico que se prende com as relações entre particulares, entre privados, que se estabelecem com base na igualdade ou paridade jurídica, na liberdade ou na autonomia”.

esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

No caso das práticas comerciais enganosas, a atuação do profissional afeta o consumidor quanto à informação, ou seja, é capaz de induzir ou ser suscetível de induzir em erro o consumidor, quer pelas suas erróneas<sup>109</sup> informações, quer pela falta delas<sup>110</sup>. No tocante às práticas comerciais agressivas, o profissional interfere em todo o processo contratual o que reduz a autonomia ou liberdade do consumidor, implicando a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento do mesmo.

Esta distorção, tal como descreve o art.º 3.º, al. e), tem de conduzir o consumidor a uma decisão de transação, o que traz à colação a definição de transação. Esta vem plasmada no âmbito das definições previstas na al. l) do mesmo preceito, que a define como: “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”<sup>111</sup>. Denotamos, por viés, que embora a denominação “decisão de transação” possa suscitar uma errónea interpretação da decisão de adquirir através de um contrato um bem ou um serviço, a mesma não assume esse significado<sup>112</sup>.

Embora a influência ou colação por parte do profissional seja considerada como uma conduta socialmente punível, o mesmo não basta para efeitos do RPCD. No âmbito do regime e para o espírito do mesmo, a distorção do comportamento do consumidor terá de se consubstanciar numa decisão de transação que aquele não tomaria de outro modo. A análise da distorção substancial do comportamento económico do consumidor tem por base o consumidor médio, sendo que, se não alterar o comportamento do mesmo, não revela para o espírito do regime<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Referente, desta forma, a ações enganosas previstas no art.º 7.º do RPCD.

<sup>110</sup> Referente a omissões enganosas constantes no art.º 9.º do RPCD.

<sup>111</sup> A definição consta do art.º 3.º, al. l), do RPCD.

<sup>112</sup> Neste sentido, Morais Carvalho (2017, p. 109): “Isto vale independentemente da decisão de contratar e dos termos definidos no contrato.” Opinião contrária é a de Menezes Leitão (2016, p.78) que afirma que embora que não seja expressamente descrito no preceito legal o comportamento económico do consumidor que a prática comercial pode distorcer resultará inevitavelmente numa decisão de transação.

<sup>113</sup> Segundo Menezes Leitão (2012, p. 372), “[a] utilização deste critério do consumidor médio tem vindo, porém, a ser objecto de críticas, por se considerar que os profissionais não devem exonerar-se invocando a especial ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores, fora dos casos previstos no art. 6.º a)”.

Não bastará, para o efeito, que se verifique uma decisão de transação, mas sim um nexo de causalidade entre o comportamento comercial do profissional e a desvirtuação da decisão de transacionar.

Cabe, no entanto, apreciar a substancialidade da distorção do comportamento do mesmo, tendo presente, que, na maioria as decisões dos consumidores são fruto de vários fatores, o que importa saber são quais os que mais pesaram na decisão de transação. Note-se, desta feita, que cremos que o advérbio “substancialmente” se revele não apenas, através da mera influência, mas antes pela decisão de transação<sup>114</sup>.

Esta avaliação, embora seja extremamente difícil, deve ser concretizada de acordo com o consumidor médio, mas também com as todas as particularidades do caso.

### 3.5. Conceito de consumidor médio

A suscetibilidade de distorção do comportamento económico deve ser aferida tendo como referência o consumidor médio ou membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um grupo.

No sentido de verificar a distorção substancial do comportamento, terá de se averiguar se essa prática é capaz de distorcer o comportamento, não quanto ao consumidor destinatário final, mas sim quanto ao consumidor médio<sup>115,116</sup>. Note-se que o profissional pode aproveitar-se da especial vulnerabilidade do consumidor, de forma a influenciá-lo, desde que garanta que o consumidor médio não seria influenciado pela prática.

---

<sup>114</sup> Como afirma Garcia (2014, p. 51), “[o] conceito refere-se à distorção ou susceptibilidade de distorção da conduta do consumidor, o que nos leva a questionar se é necessário que a distorção ocorra de facto ou se basta que seja potencial. Cremos que a interpretação mais consonante com a lógica do sistema é admitir que este requisito se encontra preenchido quando ocorre uma distorção efectiva e actual”.

<sup>115</sup> Esta definição imprecisa tem sido alvo de críticas desde logo por se considerar que os profissionais não devem poder arguir a especial ingenuidade ou a credulidade de alguns consumidores, fora dos casos previsto no art.º 6.º, al. a) (Menezes Leitão, 2016, p. 77).

<sup>116</sup> Morais Carvalho (2017, p. 110) explica: “Ou seja, o profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não seria influenciado pela prática”.

O conceito de consumidor médio tem sido definido como consumidor “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”<sup>117,118</sup>.

Surgem, desde logo, questões que necessitam de uma resposta urgente para a concretização do que se define como consumidor médio. Na verdade, as questões são várias. Que grau de informação é necessário? Qual o critério de aferição de atento e advertido que se impõe?

O recurso a um modelo objetivista do conceito de consumidor médio visa a avaliação do mesmo consoante as características medianas. Usa-se o padrão do consumidor médio colocado naquela posição exata. Somos crentes que a averiguação do consumidor médio em determinada posição passará, em primeira *ratio*, pela definição do produto e o público-alvo do mesmo para uma averiguação mais justa.

Em harmonia com a Diretiva, o RPCD também não define um conceito de consumidor médio, mas impõe aos tribunais nacionais a aplicação da definição tendo em conta o caso concreto e a noção do TJUE como referência.

O TJUE utilizou a referência a um consumidor normalmente informado para averiguar a lealdade ou deslealdade da prática no Ac. *Mars*<sup>119,120</sup>, onde se utilizou, pela primeira vez, a noção de consumidor normalmente informado<sup>121</sup>. O consumidor médio será, assim, aquele que tem conhecimento do profissional e do produto, não se exigindo um nível profundo de informação sobre os mesmos elementos.

Complementando este raciocínio, seguiu-se o Ac. *Gut Springenheide*<sup>122,123</sup>, onde o tribunal admitiu que deveria atender-se à referência de um consumidor médio normalmente informado, mas também razoavelmente advertido, bem como um exame pericial sempre que existissem dificuldades especiais do carácter enganoso da indicação. Logo, não bastou o mesmo critério adotado no Ac. *Mars*. Com efeito, aditou-se o requisito obrigatório de que o consumidor deve procurar a informação e fazer uma análise crítica e zelosa dos seus interesses.

---

<sup>117</sup> Conforme o Ac. do TRL, de 08 de novembro de 2017, com o número de processo: 1199/16.0Y5LSB-3.

<sup>118</sup> Vide Morais Carvalho (2017, pp. 109 e 110), que assinala que “[n]o entanto, em sede de práticas comerciais desleais, em especial no Direito europeu, tem-se considerado como médio o consumidor normal, com um nível de informação mediano e que utiliza uma diligência regular nos contratos que celebra, não revelando o consumidor com nível de informação baixo ou que seja pouco diligente nos seus negócios”.

<sup>119</sup> Para um melhor esclarecimento sobre os Acórdãos veja-se Soares (2018, pp. 56, 57, 58, 59 e 60).

<sup>120</sup> Para um melhor aprofundamento veja-se (Morais Carvalho, 2011, pp. 526, 527 e 528).

<sup>121</sup> Ver Ac. do TJUE, de 6 de junho de 1995 com o número de processo: C-470/93, mormente, no seu ponto 53.

<sup>122</sup> Ver Ac. do TJUE, de 16 de julho de 1998, com o número de processo: C- 210/96.

<sup>123</sup> Para uma leitura mais profunda veja-se (Morais Carvalho, 2011, pp. 528, 529 e 530).

No Ac. *Lloyd Schuhfabrik Meyer*<sup>124</sup>, o TJUE considerou que o nível de atenção do consumidor também será aferido tendo em conta a categoria dos produtos em causa. A lógica subsequente a esta tomada de decisão é que nem todos os produtos exijam do consumidor o mesmo nível de cuidado<sup>125</sup>.

Seguiu-se o Ac. *Rotter/Ihmi*<sup>126</sup>, onde o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias afirmou que os produtos de consumo do quotidiano, vendidos a preços baixos, deveriam considerar que o nível de atenção dos consumidores será reduzido. Consideramos que existe uma inadequação do conceito de consumidor médio, por considerar que, nestes casos, o consumidor age por impulso, existindo pouco de racional nisto. Pegado Liz afirma que “consumidor médio” é uma utopia, que se não pode servir em decisões jurisprudenciais não se pode basear, toda a política da proteção de dados numa ficção (Soares, 2018, p. 60 *apud* Pegado Liz)

A jurisprudência nacional admite que, nos casos dos bens de consumo diário e de valor reduzido, os consumidores tendem a prestar menos atenção e que por isso serão consumidores medianos desatentos e apressados<sup>127</sup>. cremos que, nos bens de consumo diário, o destinatário final deveria ser visto com referência a um consumidor “mínimo”, que se revela num consumidor pouco atento e advertido.

Chegados a este ponto, podemos afirmar que o modelo de consumidor médio acarreta dois contornos: por um lado, é exigível um nível mediano de informação e, por outro, uma postura atenta e advertida. Mais do que o mero conhecimento básico, o consumidor deve ter uma postura proativa com espírito crítico.

Desta monta observa-se que o TJUE orienta o protótipo do consumidor como sendo um sujeito medianamente informado com uma postura ativa, atenta e prudente<sup>128</sup>. O conceito é, ainda, concluído com as circunstâncias do caso em concreto, tendo em conta o contexto sociocultural do consumidor, bem como a informação de senso comum.

Pese embora valorizemos os esforços no sentido de criação de um conceito objetivista de consumidor médio, o conceito reflete-se como artificial e com pouca

---

<sup>124</sup> Ver Ac. do TJUE, de 29 de outubro de 1998, com o número de processo: C-342/97.

<sup>125</sup> Para um maior esclarecimento veja-se Garcia (2014, p. 54)

<sup>126</sup> Ver Ac. do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 5 de maio de 2009 com o número de processo: - 449/07.

<sup>127</sup> Morais Carvalho (2017, p. 109) avança que se defende “na jurisprudência portuguesa, principalmente no domínio da propriedade industrial, que, em especial no que respeita a bens de preço baixo e de grande Consumo, o consumidor médio é apressado e distraído ou desatento, considerando-se também o setor populacional visado”.

<sup>128</sup> Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de julho de 1998 com o número de processo: C-210/96, Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 4 de abril de 2000 com o número de processo: C-465/98 e Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24 de outubro de 2002 com o número de processo: C-99/01

aplicabilidade, sendo um exercício de abstração, que, embora possível, é extremamente difícil. A ideia de consumidor ideal é utópica (Soares, 2018, p.60 *apud* Pegado Liz), a verdade é que não existem consumidores iguais e o consumidor é ele próprio numa relação com as suas circunstâncias (Soares, 2018, p. 61). Parte-se de um pressuposto que não corresponde à realidade, na medida em que as decisões de transação são, muitas vezes, o resultado de um impulso consumista e irrefletido.

Além do supra descrito, o conceito necessita de um elevado nível de abstração. Denote-se que tem de se avaliar o impacto da distorção de comportamento não do consumidor alvo da prática comercial desleal, mas sim de um consumidor médio colocado naquela posição<sup>129</sup>. O que se avalia será sempre uma situação hipotética, ou seja, a suscetibilidade daquela prática distorcer a conduta de consumidor médio que nunca redundará numa realidade. Na determinação do consumidor médio do grupo a quem é dirigida a prática comercial, ocorre uma desconsideração das circunstâncias concretas, que são reveladoras de determinadas debilidades do consumidor, conhecidas pelo profissional<sup>130</sup>.

O conceito enfrenta, desde logo, obstáculos na concretização da aferição do nível médio. Repare-se que, se a prática se dirigir a um grupo específico, terá de ser encontrado o membro médio do grupo, aquele que contém as características medianas, no âmbito desse grupo. Notório é que o consumidor médio será aquele que tiver as características regulares desse grupo. Desta forma, o intérprete terá de avaliar e analisar todos os elementos do grupo de forma a encontrar o nível médio de atenção e informação.

Ora, o mesmo não se passa quando é um consumidor apenas, pois neste caso terão de se aferir todos os elementos possíveis, com o fim último de observar qual o nível médio de esclarecimento e cuidado, questão que, no nosso entender, levará a uma errada aplicação das circunstâncias e do próprio regime.

Este regime parece proteger quem realmente é atento e advertido, embora se utilize a expressão “minimamente”, deixando de fora os mais desprotegidos e precipitados, quando o regime tem sob escopo a proteção dos consumidores - de todos os consumidores<sup>131</sup>. Ora,

---

<sup>129</sup> Deste modo, como bem afirma Morais Carvalho, (2017 p. 110), “o profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não seria influenciado pela prática”.

<sup>130</sup> Como bem afirma Morais Carvalho (2017, p. 110), “[o] recurso a esta figura como critério de avaliação da deslealdade da prática tem como primeira consequência negativa a total desconsideração para efeitos de aplicação do diploma, de circunstâncias concretas, reveladoras de alguma debilidade do consumidor, conhecidas pelo profissional, para distorcer o comportamento económico daquele”.

<sup>131</sup> “No domínio do Direito do Consumo a noção (de consumidor médio) não se revela adequada para uma proteção eficaz dos consumidores, uma vez que tem como efeito negar a proteção daqueles que mais a necessitam” (Morais Carvalho, 2017, p. 110).

são estes últimos que podem ver o seu processo de autonomia da vontade no âmbito do processo negocial afetada e, por conseguinte, que necessitariam de uma proteção mais eficaz<sup>132</sup>.

Considerando o descrito e tecidas as críticas quanto a este conceito de consumidor médio objetivista, pela desconsideração óbvia da singularidade de cada um, cremos que se teria ganho numa posição proporcionalista de averiguação da suscetibilidade da prática consoante o comportamento económico do destinatário final.

## 3.6. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas

### 3.6.1. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas

As práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas, constituem o segundo nível de proteção do RPCD, manifestando-se pela consagração de duas modalidades de práticas desconformes à diligência profissional: as práticas comerciais desleais em especial enganosas e agressivas<sup>133</sup>.

Nesta disposição normativa não há referência ao consumidor médio, pelo que se questiona se a remissão deverá ser feita quanto ao destinatário final da prática comercial ou, ao invés disso, ao consumidor médio. Atendendo, no entanto, ao princípio da harmonização máxima, somos obrigados a abandonar a teoria do destinatário final e a consagrá-lo com referência ao consumidor médio.

O espírito do legislador nacional não é consonante com a Diretiva 2005/29/CE ao fazer uma divisão das práticas comerciais desleais em especial: práticas enganosas como ações enganosas ou omissões enganosas e, de outra parte, as práticas agressivas. Salta à vista, desde logo, a diferença iminente entre a Diretiva e o RPCD. Veja-se que na Diretiva não se faz diferenciação entre práticas comerciais desleais em especial e as que o são, mas em

---

<sup>132</sup> Neste sentido, veja-se também para um melhor esclarecimento Morais de carvalho (2017, p. 110), que salienta que “[o]s consumidores com menos competência e cuidado não são protegidos de forma adequada pela lei, por não ter sido tido em conta o seu comportamento económico face à prática comercial, o que revela a insuficiência do conceito pra a proteção de uma parte significativa das pessoas”.

<sup>133</sup> Conforme explicita o art.º 6.º do RPCD.

qualquer circunstância. Ao invés, a lei lusa preferiu fazer a distinção entre práticas comerciais enganosas ou agressivas e as que o são em qualquer circunstância.

Nas práticas comerciais enganosas ocorre uma adulteração da realidade contratual que afetará o sentido negocial do consumidor. No caso de estarmos perante uma ação enganosa, a mesma é aferida consoante as informações que tenham sido transmitidas sejam falsas ou incorretas e que possam induzir o consumidor em erro e a uma decisão de transação. Também podem ser enganosas as que possam ser transmitidas de forma correta, mas que possam induzir o consumidor em erro, pela forma de fornecimento de tal informação<sup>134</sup>.

Conforme consta do art.º 7.º do RPCD, com a epígrafe “Ações enganosas”, “é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo”. Verificamos que o dever do profissional não se manifesta, apenas, na transmissão de informações verdadeiras e corretas, mas sim num dever de informação bem maior, não sendo suficiente informar quanto às características essenciais do contrato<sup>135</sup>.

Já no que concerne às omissões enganosas, as mesmas constam do art.º 9.º do RPCD<sup>136</sup> que determina que bastará que omitam informação com requisitos substanciais<sup>137</sup> para uma decisão negocial esclarecida do consumidor<sup>138</sup>, em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível<sup>139</sup> ou tardio a informação referida anteriormente<sup>140</sup>; ou, por outro lado, em que o profissional não refira a intenção comercial

---

<sup>134</sup> Neste sentido, Morais Carvalho (2017, p. 111) refere que “[a] indução do consumidor em erro pode resultar do fornecimento de informações falsas ou de informações objetivamente verdadeiras mas passíveis de, no contexto concreto, serem interpretadas de forma incorreta pelo consumidor”.

<sup>135</sup> As informações que terão de ser transmitidas ao consumidor de forma clara e correta encontra-se prevista no art.º 7.º, n.º 1, do RPCD, enunciando os elementos sobre os quais pode incidir o engano de realçar que a mesma não é exaustiva.

<sup>136</sup> Cabe destacar que em lugar da expressão informação substancial o legislador nacional optou por “informação com requisitos substanciais”, o que não parece a mesma coisa (Soveral Martins, 2011, p. 577).

<sup>137</sup> Neste sentido, veja-se Morais Carvalho (2017, p. 69), que assinala que “[a]lém da Lei considerar essenciais os elementos já anteriormente exigidos noutros diplomas legais, o art.º 10.º estabelece que, “no caso de proposta contratual ou convite a contratar, são consideradas substanciais para o efeito do art.º anterior, se não se puderem depreender do contexto, as informações constantes das alíneas seguintes e que dizem respeito, entre outros aspetos, às características do bem ou serviço, ao seu preço, às modalidades de pagamento ou à existência de um Direito de resolução”.

<sup>138</sup> *Vide al. b)* do n.º 1 do 9.º do RPCD.

<sup>139</sup> Note-se que a referência à apresentação de modo “ambíguo” da informação, que se lê no n.º 2 do art 7.º da Diretiva caiu por terra, e não se pode confundir com “pouco claro” e muito menos “ininteligível” (Soveral Martins, 2011, p. 577).

<sup>140</sup> *Vide al. a)* do n.º 1 do 9.º do RPCD.

da prática, se tal não se puder depreender do contexto<sup>141</sup>. As omissões enganosas surgem de forma reiterada como um aproveitamento da desinformação do consumidor, para, dessa forma, retirarem vantagens. Desta forma depreende-se que as omissões não serão apenas no seu núcleo essencial, mas também quando o forem prestadas de modo tardio e pouco claro.

Do ponto de vista probatório, é extremamente difícil demonstrar a omissão enganosa. Com efeito, repare-se na dificuldade de provar o nexo de causalidade entre a falta de requisitos e a decisão de contratar.

O dever de informação, mais do que um dever por parte do profissional, é um verdadeiro instrumento de defesa do consumidor, de tal modo, que a LDC concede aos consumidores um direito à informação em geral e em particular<sup>142,143</sup>.

No tocante às práticas comerciais agressivas, a conduta do consumidor não é inteiramente livre e voluntária. Nos termos do art.º 11.º do RPCD, “é agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limite ou seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

Verificamos que o legislador acautelou os consumidores de quaisquer influências indevidas ou coação. Neste tipo de práticas, ocorre uma afetação da consciência negocial do consumidor devido ao assédio, coação ou influência indevida, exercidos pelo profissional, com o único intuito de conseguir que o consumidor contrate.

O art.º 11.º, n.º 2, auxilia-nos na tarefa de caracterização da prática. Efetivamente, devemos atender às características e circunstâncias, o momento, o local, a natureza e persistência da prática; o uso de linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica, que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor; qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, ocorre frequentemente a persistência da prática comercial<sup>144</sup> e o aproveitamento de qualquer circunstância que afete a capacidade de decisão<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Vide al. c) do n.º 1 do 9.º do RPCD.

<sup>142</sup> Vide art.º 7.º e 8.º da LDC, respetivamente.

<sup>143</sup> Desta forma, atente-se em Morais Carvalho (2017, p. 68): “Impõe, assim, este preceito um especial dever de informação no que respeita às principais cláusulas do contrato a celebrar”.

<sup>144</sup> Vide art.º 11.º, n.º 2, al a), do RPCD.

<sup>145</sup> Vide art.º 11.º, n.º 2, al c), do RPCD.

Pelo que estamos em posição de afirmar que, na maioria, quando existe uma prática comercial agressiva, a decisão do consumidor não é motivada pelo seu efetivo interesse no produto, mas antes pelo anseio de evitar ser perturbado pelo profissional, aceitando os contratos pré-definidos e anulando o princípio da autonomia privada<sup>146</sup>.

Importa acrescentar que, embora a situação criada seja considerada como enganosa e agressiva, é imposta a sua materialidade, ou seja, que a prática tenha sido determinante no processo de transação, não bastando a hipotética eventualidade de o ser.

### **3.6.2. Práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas em qualquer circunstância**

A figura piramidal invertida encontra o seu fundamento nos níveis de proteção das práticas comerciais desleais. Como vimos, as práticas comerciais desleais em especial, enganosas e agressivas em qualquer circunstância, correspondem ao primeiro nível de proteção, que, pela sua importância e frequência, merecem um nível de proteção diferenciado<sup>147</sup>. Assim, uma vez que a prática comercial se encontre abrangida pela denominada lista negra<sup>148</sup>, não há necessidade de averiguar a verificação dos requisitos do art.º 5.º e, por conseguinte, também não será de averiguar o preenchimento como prática comercial agressiva ou enganosa.

Será, pois, de esperar por parte do intérprete uma consulta prévia da lista negra, uma vez que, se a prática estiver subsumida na mesma, não existe necessidade de qualquer análise posterior. Se o mesmo não acontecer, deverá verificar se a prática pode ser qualificada como prática comercial desleal enganosa ou agressiva em especial e, se tal suceder, não será necessária a verificação dos requisitos presentes no art.º 5.º.

A inserção da lista negra na Diretiva não foi isenta de críticas. Desde logo se consegue apontar uma vantagem inequívoca: a segurança jurídica que se apresenta como mais sólida, visto que o sistema probatório é facilitado, ou seja, independentemente das circunstâncias e do caso concreto. Não obstante, não deixamos de tecer os nossos

---

<sup>146</sup> Vide art.º 405.º do CC.

<sup>147</sup> Vide considerando 13 da Diretiva *in fine*: “A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas”.

<sup>148</sup> Veja-se, a título de exemplo, David Falcão (2019, p. 86) que se refere a estas práticas comerciais desleais em qualquer circunstância como lista negra.

comentários quanto ao caráter aleatório e vago dos conceitos<sup>149</sup> presentes na lista negra e ao seu caráter eminentemente abrangente e até desproporcionado.

Pegado Liz (Menezes Leitão, s.d., p. 432 *apud* Pegado Liz) critica a técnica taxativa utilizada na lista negra, pois considera que a mesma não permite o adição de novas situações. Este autor defende a apresentação de uma lista cinzenta ao invés de uma lista negra<sup>150</sup>.

Não partilhamos da mesma opinião, porquanto as que não se incluírem no âmbito da lista negra terão, ainda, os dois níveis de proteção subsequentes, pelo que pensamos que a lista negra acarreta uma maior segurança jurídica, não deixando que as situações não abrangidas pelas mesmas fiquem desprotegidas.

As ações consideradas enganosas em qualquer circunstância encontram-se previstas no art.º 8.º do RPCD<sup>151</sup>, que elenca taxativamente as práticas consideradas como enganosas em qualquer circunstância. Quanto às práticas consideradas agressivas em qualquer circunstância, estas encontram-se previstas no art.º 12.º<sup>152</sup> do RPCD, que, mais uma vez, enumera de forma taxativa quais as práticas que se consideram como tal.

Sobre a relação dos elencos previstos nos arts. 8.º e 12.º, relativas, respetivamente, a práticas enganosas em qualquer circunstância e práticas agressivas em qualquer circunstância, com os arts. 7.º e 11.º, nos quais se estatuem as regras gerais, precisamente, de práticas enganosas e práticas agressivas, cabe-nos atentar na expressão “em qualquer circunstância”. Com efeito, os elencos mencionados revelam-se taxativos, na medida em que apenas as práticas aí enunciadas serão consideradas enganosas ou agressivas em qualquer circunstância. Não obstante, conclui-se pela desnecessidade de enquadrar as situações dos elencos referidos nos respetivos preceitos que estabelecem as regras gerais.

Creemos que os elencos de práticas enganosas e agressivas em qualquer circunstância beneficiariam da ideia expressa de presunção do seu caráter geral desleal e, em particular, enganoso ou agressivo. A expressão “em qualquer circunstância” não se revela esclarecedora relativamente a um eventual mecanismo presuntivo. No entanto, parece-nos claro que o intérprete, confrontado com uma das situações constantes dos elencos dos arts. 8.º e 12.º,

---

<sup>149</sup> Veja-se, a título de exemplo, ponto 5 do Anexo I da Diretiva: “motivos razoáveis”; ponto 12 “substancialmente inexatas”.

<sup>150</sup> Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>, consultado a 19/04/2020.

<sup>151</sup> Estas práticas foram transpostas através do Anexo I da Diretiva.

<sup>152</sup> Estas práticas foram transpostas através do Anexo I da Diretiva *in fine*.

não se vê compelido a enquadrar essa mesma situação na regra geral correspondente aos art.º 7.º ou 11.º, sob pena de, não preenchidos os requisitos constantes de tal regra geral, desconsiderar a prática como enganosa ou agressiva. Fica claro que o legislador, ao elaborar os elencos aqui em análise, tomou em consideração o espírito que subjaz à construção das regras gerais dos arts. 7.º e 11.º.

Concluimos com a nota de que as epígrafes dos arts. 8.º e 12.º beneficiariam de uma alteração que revelasse o verdadeiro carácter presuntivo que serve de base aos elencos aí previstos. Sugere-se, por isso mesmo, para o art.º 8.º, a epígrafe “práticas que se presumem enganosas” e, de forma semelhante, para o art.º 12.º, a epígrafe “práticas que se presumem agressivas”.

## 4. Práticas comerciais desleais em especial destinada a consumidores particularmente vulneráveis

### 4.1. Os consumidores particularmente vulneráveis

Por uma questão sistemática, optámos por autonomizar este título ao invés de o incluirmos no segundo nível de proteção, ou seja, no estudo das práticas comerciais desleais em especial, uma vez que um dos nossos objetivos na presente dissertação é focarmos a nossa atenção na tutela de um dos consumidores particularmente vulneráveis.

Em primeiro lugar, cabe abordar a arquitetura sistemática, quer da Diretiva, no que concerne às práticas comerciais desleais em especial destinadas a consumidores particularmente vulneráveis, quer quanto à sua transposição através do RPCD.

Na Diretiva a menção a estas práticas destinadas a consumidores particularmente vulneráveis é inserida no âmbito da cláusula geral, nomeadamente através do n.º 3, do art.º 5.º. Já no RPCD a mesma não foi incluída na cláusula geral, mas antes no âmbito das práticas

comerciais desleais em especial, regulada, desta forma, num patamar autónomo em relação à cláusula geral<sup>153</sup>.

A exclusão do âmbito geral aquando da transposição da Diretiva foi bem conseguida, desde logo, porque não será necessário o preenchimento dos requisitos previstos na mesma<sup>154</sup>. No entanto, não consideramos que a transposição da Diretiva tenha sido feliz ao incluir os consumidores particularmente vulneráveis no âmbito das práticas comerciais desleais em especial, previstas no art.º 6.º, al *a*).

Repare-se que as práticas comerciais desleais em especial destinadas a consumidores particularmente vulneráveis não se consubstanciam numa modalidade de atuação distinta.

Como bem afirma Kruger (2011, p. 546), os consumidores particularmente vulneráveis não estão a introduzir uma outra categoria de prática que se considera em especial desleal, estão antes a utilizar uma técnica de avaliação para determinar qual o consumidor de referência que deve ser considerado.

A mesma autora (2011, p. 546) refere ainda que, “segundo esta interpretação, o art. 5.º, 3, deve ser visto como uma alternativa do art.º 5.º, 2, b), devido ao facto de considerar que o art. 5.º, 3, contém uma variante do protótipo do consumidor médio”.

Ao invés, cria-se uma exceção quanto à referência ao consumidor médio, que, pelas suas características concretas, se encontra numa situação débil e não possui as características esperadas de um consumidor médio. A medianidade do consumidor que é alvo da prática comercial desleal constitui a regra e os consumidores particularmente vulneráveis a exceção. A *ratio* do regime é, no seu pleno, o âmbito subjetivo do consumidor, alvo da prática comercial desleal.

Creemos que, numa lógica normativa beneficiava de um patamar autónomo<sup>155</sup> no que concerne aos consumidores particularmente vulneráveis, em primeiro lugar, pela sua especial fragilidade e, em segundo lugar, porque a manutenção, aquando da transposição da

---

<sup>153</sup> Veja-se que a inclusão dos consumidores particularmente vulneráveis se encontra no art.º 6.º do RPCD, nomeadamente na sua al. *a*).

<sup>154</sup> Contrariamente ao que cremos, ou seja, que não há relação direta entre o n.º 2 do art.º 5.º da Diretiva, no Reino Unido tem sido adotada uma aproximação diferente, ou seja, que o art.º 5.º, n.º 3, é uma variante do padrão de consumidor médio e que está sujeito ao requisito da diligência profissional (Kruger 2011 p. 546).

<sup>155</sup> Note-se que, numa lógica sistemática, não optaríamos pela inclusão dos consumidores particularmente vulneráveis na cláusula geral, uma vez que inseridos na mesma, cremos que a lógica seria sempre a do preenchimento dos requisitos aí constantes, nem mesmo na categorização de prática comercial desleal em especial, uma vez que não apresenta uma nova modalidade de prática comercial desleal, ao invés cria um patamar diferenciado quanto ao consumidor alvo da prática comercial desleal.

Diretiva, na cláusula geral traria sempre a errônea interpretação de que os requisitos nela exigidos também o seriam para os consumidores particularmente vulneráveis.

A especial vulnerabilidade dos consumidores considera, para o efeito, um elenco taxativo quanto à prática comercial desleal, a saber: doença mental ou física, da idade ou da credulidade do indivíduo. Desta monta, faz-nos crer que muitas situações geradoras da condição de consumidor particularmente vulnerável não serão consideradas para o efeito<sup>156</sup>. A possibilidade passará apenas pela consideração das demais situações no conceito de credulidade<sup>157</sup>, que se revela extremamente impreciso. Não basta, assim, que os consumidores se encontrem numa situação de debilidade, mas antes exige-se que os consumidores se encontrem numa posição particularmente vulnerável.

Neste seguimento lógico, sublinha-se que não será necessário que a prática comercial seja desconforme à diligência profissional, mas antes que a prática seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento do consumidor particularmente vulnerável e que o profissional pudesse razoavelmente prever<sup>158</sup>. Em bom rigor, o regime dispensa a demonstração da desconformidade em relação à diligência profissional, devendo, antes, provar-se que o profissional poderia ter previsto que o seu comportamento era suscetível de distorcer a decisão do consumidor tendo em conta a sua especial vulnerabilidade.

De referir ainda que, se a prática comercial desleal se destinar a um grupo de consumidores particularmente vulneráveis, devem ser tomadas em consideração as características médias daquele grupo e não as do consumidor médio<sup>159</sup>. O mesmo acontece quando a prática se destina a um grupo de consumidores, ainda que não o sejam particularmente vulneráveis.

Cabe-nos tecer alguns comentários quanto ao supra descrito. Tendo presente que o objetivo primordial é a defesa e a proteção do consumidor, fará sentido que os requisitos previstos para os consumidores particularmente vulneráveis não sejam cumulativos com os

---

<sup>156</sup> Pese embora o critério de credulidade seja subjetivo, permitindo abranger um leque vasto de situações, cremos que o elenco beneficiaria com um caráter exemplificativo e nunca com um caráter taxativo. Note-se que existem casos que revelam a especial vulnerabilidade do sujeito, embora que possam ser momentâneos, como, por exemplo, a morte de um familiar.

<sup>157</sup> Não existe uma definição a nível comunitário de credulidade (bem como de doença física ou mental ou idade), pelo que cremos que deve ser tida em consideração as circunstâncias particulares do consumidor alvo da prática comercial (Gaudêncio, 2015, p. 62).

<sup>158</sup> Requisito que não se encontra na cláusula geral.

<sup>159</sup> Algo que, ainda assim, poderá criar situações de desproteção para os membros cuja vulnerabilidade se revele, substancialmente mais vincada em comparação com o grupo.

da cláusula geral, pois dificultaria a consideração de uma prática comercial como desleal dos mais débeis, e que, por consequência, necessitam de uma proteção mais diligente.

No que concerne ao consumidor médio, cabe a este fazer prova de que existiu desconformidade quanto à diligência profissional do agente económico. Ao invés, no que tange aos consumidores particularmente vulneráveis, a prova é feita através de um requisito de previsibilidade<sup>160</sup>.

Comparativamente ao regime dos consumidores médios, parece-nos que os consumidores particularmente vulneráveis se veem numa situação mais débil<sup>161</sup>.

Reconhecemos a importância do requisito da previsibilidade na figura das práticas comerciais desleais que visam consumidores particularmente vulneráveis, na medida em que a previsão da vulnerabilidade do consumidor em concreto é fundamental para a classificação da prática como suscetível de distorcer o comportamento económico de consumidores vulneráveis. No entanto, não podemos ignorar que a previsibilidade é apenas um dos pontos que integram a diligência que deve pautar o comportamento do profissional. Assim, enquanto a regra geral é a de que o consumidor possa salvaguardar a sua posição através da prova de falta de diligência, no caso dos consumidores particularmente vulneráveis e por força do requisito aqui em causa, veem a sua posição depender da prova específica da previsibilidade no comportamento do profissional. Temos, assim, uma maior dificuldade de prova, associada à menor amplitude e maior concretização da argumentação.

## 4.2. A tutela das crianças como consumidores particularmente vulneráveis

No seguimento das diretrizes emanadas pela Diretiva, que ditou a harmonização máxima, a transposição não seguiu, exatamente, os mesmos trâmites da Diretiva. Note-se, para o efeito que, como abordámos no ponto anterior, o RPCD inseriu a tutela dos

---

<sup>160</sup> Note-se que o profissional é que tem de prever que o seu comportamento é suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor particularmente vulnerável, o que será difícil de suceder.

<sup>161</sup> Conforme refere Pegado Liz, “esta referência ao facto de o profissional poder razoavelmente ter previsto tal circunstância de pertença a um grupo de tais características (...) retira a vantagem da consideração dos grupos de consumidores particularmente vulneráveis” (Pegado Liz *apud* Leitão, 2016, p.79).

consumidores particularmente vulneráveis nas práticas comerciais desleais em especial, ao passo que a Diretiva os previu no âmbito da cláusula geral.

A Diretiva, bem como o RPCD, consagrou um elenco taxativo dos consumidores particularmente vulneráveis. Com efeito, são considerados consumidores particularmente vulneráveis em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade. O tema que nos subjaz a analisar neste ponto é o da idade, e por consequência a especial credulidade, mormente as crianças, merecedoras de uma tutela especial.

Com o fim de salvaguardar os consumidores particularmente vulneráveis e considerando a sua especial fragilidade e vulnerabilidade cognitiva, o legislador acautelou as práticas comerciais desleais em especial em razão da idade, nomeadamente, quanto ao conteúdo da publicidade dirigida a este grupo.

A preocupação, no âmbito do RPCD, com as crianças fica patente através do art.º 12.º, al. e), que proíbe a inclusão em anúncio publicitário de uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados<sup>162</sup>.

Já no que concerne à Diretiva, no seu considerando 18, denota-se a preocupação com as crianças através da expressão “quando uma prática se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da mesma seja avaliado de acordo com o membro médio desse grupo”.

Ainda realça a conveniência da inclusão na lista de práticas comerciais desleais em qualquer circunstância, disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações diretas à aquisição. A mesma foi contemplada no anexo I, nomeadamente, no considerando 28.

A necessidade de impedir o bombardeamento de *spots* comerciais dirigidos às crianças justifica-se, segundo a ACOP, “porque o assédio de que os menores são alvo representa algo que a própria Diretiva das Práticas Comerciais Desleais condena”, uma vez que “as crianças são mais permeáveis à publicidade”<sup>163</sup>.

Para um melhor esclarecimento da criança como consumidora particularmente vulnerável é imprescindível trazer à colação o CPub. Sabido é, que as crianças são um alvo

---

<sup>162</sup> Constituindo, desta forma, uma prática comercial considerada agressiva em qualquer circunstância, o que revela a especial preocupação com as crianças.

<sup>163</sup> Disponível em <https://outrapolitica.wordpress.com/2010/08/10/consumidores-querem-proibir-publicidade-a-brinquedos/>, consultado a 29/04/20.

mais “fácil”, menos ponderado e com menos capacidade de filtragem. Neste sentido é mister considerar três formas de publicidade distintas.

Em primeiro lugar, há que atender se é uma publicidade que utiliza crianças como veículo da sua mensagem comercial, independentemente da forma como o faz; a segunda forma será a publicidade que se dirige diretamente às crianças com incitamentos diretos ou indiretos ao consumo de produtos e serviços; por fim, a publicidade em geral, ou seja, embora não seja dirigida a nenhum grupo específico pode afetá-la do ponto de vista físico ou mental (Pegado Liz, 2014, p. 95).

Denota-se, desde logo, através do art.º 13º, do CPub. a importância dada pelo diploma no que tange à publicidade dirigida às crianças, nomeadamente através do n.º 3 do mesmo artigo.

Prevê o art.º 14.º, do CPub. que a publicidade dirigida a crianças e jovens deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se das seguintes condições:

- (i) incitar diretamente as crianças e jovens, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;
- (ii) incitar diretamente as crianças e jovens a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;
- (iii) conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;
- (iv) explorar a confiança especial que as crianças e jovens depositam nos seus pais, tutores ou professores.

Estatui, ainda, o n.º 2 do mesmo preceito legal que, no que respeita à participação das crianças e jovens nas mensagens publicitárias, “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre aqueles e o produto ou serviço veiculado”. Realça-se, desta monta, a proibição, embora que implícita, da utilização de imagens de crianças em comunicações comerciais enquanto intervenientes principais quando não haja uma verificação da relação direta entre aqueles e o produto publicitado.

O legislador nacional realçou ainda, algumas restrições no que concerne ao objeto da publicidade, nomeadamente, no que tange à publicidade das bebidas alcoólicas, quanto às “comunicações comerciais e a publicidade de quaisquer eventos em que participem menores, designadamente atividades desportivas, culturais, recreativas ou outras, não devem exibir ou fazer qualquer menção, implícita ou explícita, a marca ou marcas de bebidas alcoólicas”,

neste sentido art.º 17º, n.º 1 e n.º 5, respetivamente, do mesmo diploma legal. Acrescenta que nos locais onde os referidos eventos decorrem não podem ser exibidos ou de alguma forma publicitadas marcas de bebidas alcoólicas, de harmonia com o n.º 6 do mesmo artigo.

Quanto às restrições em razão do lugar, o legislador adita a proibição de publicitação das bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico nos estabelecimentos de ensino destinadas a menores, conforme art.º 20º, do diploma legal supramencionado. Realçamos, ainda, as restrições previstas no art.º 20º-A, do mesmo diploma legal, que dizem respeito à publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados.

No quadro do Direito da UE, as traves-mestre da proteção dos consumidores menores são estabelecidas no art.º 169º, n.º 1, do TFUE e nos arts. 38º, n.º 1º e 2º, al. *c*), e em especial nos arts. 24º e 32º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (Pegado Liz, 2014, p. 95).

As crianças, como bem entendemos, são mais permeáveis a qualquer tipo de incitação comercial, pelo que a exigência de uma tutela efetiva é fundamental e imprescindível. Note-se para o efeito que a idade das crianças influencia de forma direta a forma como as mesmas percecionam a publicidade. Até aos cinco anos a maioria das crianças é incapaz de perceber as diferenças entre publicidade e programação e, por conseguinte, não são capazes de perceber a função persuasiva que subjaz aos anúncios publicitários. Quando atingem os oito anos, a maioria é capaz de percecionar que o intuito da publicidade, não o mais é que o intuito de vender produtos ou bens. Já quando falamos em idades superiores, a capacidade de processamento da prática comercial é distinta sendo que estas são menos permeáveis aos intentos da publicidade (Pegado Liz, 2014, p. 96).

Embora o CPub. tenha como intuito a salvaguarda das crianças e jovens no que concerne à publicidade, o mesmo já não se pode afirmar da Diretiva e consequentemente do RPCD. É motivo suficiente para afirmar que as crianças são os futuros consumidores ativos e que embora a literacia ajude em vários aspetos a mesma não pode ser solução para um problema de ordem maior<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Veja-se neste sentido as considerações tecidas por Jorge Pegado Liz (2014, p. 96), que refere que a “preparação de crianças como futuros adultos consumidores e espectadores de anúncios publicitários, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial. No entanto, tal não resolve de imediato o problema do impacto da dimensão excessiva e repetitiva dos anúncios, assim como pode não atingir todas as crianças, em especial as de meios socioeconómicos mais desfavorecidos e as mais afetadas pelos efeitos nocivos da publicidade”.

# *Parte II - O regime da Proteção de dados pessoais: a especial tutela das crianças*

## 1. A sociedade da informação

Jamais o avanço tecnológico se afigurou tão presente como na atualidade, quer com a evolução de mercado, quer com a evolução da internet, que tem fornecido o seu forte contributo. Encontramo-nos, mais do que nunca, na apelidada sociedade da informação<sup>165</sup>, o que acarreta desafios para todos nós, mas principalmente para as crianças, que necessitam de uma proteção especial.

A internet tem cumprido a sua função primordial, o encurtamento da distância à escala planetária, quebrar barreiras geográficas e permitir o acesso a informação de forma quase instantânea (Barros, 2017, p. 5).

A crescente e célere mutação das tecnologias da informação acarreta de forma óbvia uma maior vulnerabilidade no que concerne à esfera pessoal de cada sujeito, o que nos reporta a uma abordagem sintética dos direitos de personalidade<sup>166</sup>, nomeadamente ao direito à privacidade. Os direitos de personalidade são direitos subjetivos, absolutos, pessoais, inderrogáveis, inalienáveis, conferidas a todos os seres humanos e que incidem sobre as diversas manifestações da personalidade.

Como afirma Castro (2005, p. 39), “[s]endo o art.º 35.º o principal dispositivo regulador da proteção da privacidade no que ao tratamento de dados pessoais diz respeito, outros artigos da Constituição assumem igualmente um papel relevante nestas matérias”. A proteção da vida privada não se encontra apenas numa norma legal, mas antes se encontra dispersa pelo ordenamento jurídico. A CRP, nomeadamente no art.º 26.º, n.º 1, reconhece o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, enquanto direito fundamental. Destacamos, ainda, o art.º 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Já no âmbito do CC, encontramos a tutela da privacidade, desde logo, no quadro da cláusula

---

<sup>165</sup> Neste sentido, veja-se Freitas (2014, p. 101) “Em 1975 foi utilizada pela primeira vez a expressão: sociedade da informação pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico- OCDE (...)”

<sup>166</sup> Neste sentido, atentar no Ac. do STJ, de 14 de junho de 2005 com o número de processo: 05A945: “O Direito à imagem e Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto Direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas.”

geral de tutela da personalidade contida no art.º 70.º, n.º1, que afirma que a lei protege os indivíduos contra ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Por outro lado, este diploma consagra como direito especial de personalidade o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, no seu art. 80.º, dispondo, no seu n.º 1, que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. O n.º 2 esclarece, ainda, que a natureza da reserva se mede pela natureza do caso e a condição das pessoas<sup>167</sup>.

Cabe tentar conciliar duas perspetivas dicotómicas, a saber, por um lado, a sociedade da informação e, por outro, um direito fundamental ou um direito de personalidade, o direito à privacidade.

A questão da privacidade surgiu marcada no século XX pelo crescimento da imprensa escrita associada à imagem fotográfica. Nos dias de hoje as ameaças à privacidade derivam, principalmente, do uso da internet, associada ao tratamento automatizado de dados pessoais que nos transformaram, como a autora Castro refere: “pessoas eletrónicas” (Castro, 2005, p. 19). Note-se, no entanto, que as vantagens do tratamento automatizado são inegáveis, nomeadamente, quanto à utilidade de alguns dos meios que nos são disponibilizados<sup>168</sup>.

A sociedade da informação acentuou a era consumista<sup>169</sup>, onde o padrão já não mais era, o de consumidores para com os produtores, o que fez surgir novas formas de contratação, nomeadamente através de contratos de consumo celebrados pela internet.

No entanto, a desconfiança neste tipo de transações é notória pela natureza que a própria assume acrescentando a diminuta proteção legal que a caracteriza. Atente-se na posição frágil do consumidor, que vê o seu poder negocial reduzido. Veja-se que a ausência física do consumidor o deixa numa total posição de vulnerabilidade e exposição aos efeitos negativos da internet (Barros, 2017, p. 5 e 11)<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> Para um melhor esclarecimento, atentar no Ac. do TRL, de 15 de março de 2007 com o número de processo: 10344/2006-6: “Relativamente a pessoas que ganharam o estatuto de figuras públicas, como a Autora, a divulgação da sua imagem e de aspectos da sua vida privada, embora sujeita naturalmente a restrições, não pode ser aferida pela mesma bitola de exigência e rigor que é utilizada para um qualquer cidadão anónimo e desconhecido, constituindo, de alguma maneira e de acordo com a nossa doutrina e jurisprudência mais conceituadas, o preço, por vezes indesejável, da fama e exposição públicas”.

<sup>168</sup> Pese embora consideremos as vantagens inegáveis associadas ao tratamento automatizado de dados, o não cumprimento das regras de proteção de dados pessoais por qualquer uma das entidades que o recolhem e utilizem põe em perigo a nossa privacidade. Neste sentido, veja-se Castro (2005, p. 21).

<sup>169</sup> Também apelidado de fenómeno de consumerismo, atente-se no título do capítulo I de Engrácia Antunes (2019, p.11).

<sup>170</sup> Veja-se considerando 9 do RGPD “sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica”.

Levanta-se, neste seguimento lógico, a noção de contrato celebrado pela internet e ainda de consumidor face a esta nova realidade que enfrenta. Como afirma, Barros (2017, p. 10 *apud* Elsa Dias Oliveira), o consumidor virtual é aquele que é utilizador da internet, se subsume às regras gerais do contrato de consumo, pelo que não deverá ser beneficiado nem prejudicado, pois tal facto não é merecedor nem de maior, nem de menor proteção do que o consumidor tradicional.

No entanto, o nosso ponto de vista é divergente da autora, note-se que o consumidor virtual se encontra em posição de especial vulnerabilidade quer pela não presença física simultânea das partes contraentes, quer pela insegurança no que concerne às suas informações pessoais, através de links e conexões que aparentam uma falsa liberdade contratual.

## 2. Influência da sociedade da informação nas crianças

É inquestionável que a internet tem ao seu dispor uma multiplicidade de dispositivos que contribuem para a sua difusão e banalização. Desde computadores, *tablets* e *smartphones*, é manifestamente, comum o acesso aos mesmos por parte do público infantojuvenil<sup>171</sup>. Ora, este fácil acesso à internet importa uma igualmente fácil exposição a manobras publicitárias levadas a cabo pelos diversos agentes económicos do meio.

Como é sabido, as crianças são mais permeáveis às mensagens publicitárias e não possuem a mesma capacidade de compreender algumas motivações que subjazem às mesmas, neste sentido, é mister afirmar que as crianças também são mais permeáveis à sociedade da informação, revelando-se sujeitos, alvo de uma influência sem precedentes, pela sua especial vulnerabilidade<sup>172</sup>.

Deste modo, as crianças e os jovens não estão ainda munidos de um escudo de defesa cognitivo que lhes permita criar um filtro para proteção dos raios influenciadores ou mesmo hipnóticos da publicidade que os atingem provindos de diversas fontes.

Almeida, 2014, p. 154

---

<sup>171</sup> Note-se que no âmbito do presente trabalho consideramos como sinónimas as aceções de criança e menor ou criança e jovem com a aceção infantojuvenil.

<sup>172</sup> Neste sentido Jorge Pegado Liz (2014, p. 96) afirma que “[n]o que toca ao aspecto da publicidade dirigida especialmente a crianças, é mister ter presente que as crianças não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos”.

As crianças não têm a mesma capacidade de avaliar os riscos, as consequências, vantagens e desvantagens, deixando-se com maior facilidade enredar pelas estratégias e vantagens que as novas tecnologias proporcionam<sup>173</sup>. Com efeito, as crianças constituem, atualmente, uma parte relevante na decisão de Consumo no seio familiar e, futuramente, relevam como consumidores ativos.

Cientes de que estes acedem de forma regular ao mundo virtual, os anunciantes e publicitários impõem esforços, de forma expressiva, no desenvolvimento de técnicas de *marketing* e publicidade. Como bem alerta Pegado Liz (2014, p. 86), “é mister esclarecer desde já que a realidade sobre que nos debruçamos é uma ausência, um vazio legal. O que precisamente não existe ao nível da União Europeia é um quadro legal para a publicidade infanto-juvenil” (Pegado Liz, 2014, p. 86).

Ora, conscientes de que as crianças e jovens constituem “consumidores” ativos, influenciadores do Consumo familiar e futuros consumidores adultos e, por outro lado, cientes de que estes são agora frequentadores regulares do mundo virtual, com parca supervisão, os anunciantes e os publicitários têm apostado de forma expressiva, como vimos, no desenvolvimento de técnicas e ferramentas de *marketing* e publicidade especialmente talhados para este ambiente e com efeito acutilante e pernicioso na formação da personalidade e comportamento das nossas crianças e jovens.

Almeida, 2014, p.152

Apesar da complexidade técnica associada aos mecanismos da publicidade *online*, entendemos por relevante a enunciação de algumas formas e tipos de comunicações comerciais digitais. Assim, não trataremos este ponto de forma exaustiva, pretendendo apenas permitir ao leitor uma compreensão ágil da referida e complexa rede de mecanismos, que releva no âmbito da presente dissertação.

Quanto às formas de incitação ao consumo destacamos: *pop-up windows*, que através de novas janelas apresentadas ao navegador digital, confrontam o mesmo com conteúdo publicitário pretendido pelo agente publicitário, mas raramente pelo navegador; os *banners*, que apesar de não se sobreporem ao conteúdo procurado pelo utilizador, consistem em *posters* publicitários apresentados de forma paralela; os *video-advertising*, que, na sua maioria, são apresentados ao utilizador antes do vídeo efetivamente pretendido, não permitindo àquele a dispensa da sua visualização.

---

<sup>173</sup> “Entre os usuários telemáticos, as crianças e jovens parecem ser os que mais fácil e propensamente se deixam enredar pelas sedutoras vantagens das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC)” (Almeida, 2014, p. 151).

Para além daquelas técnicas de incitação ao consumo, destacamos ainda o recurso a *cookies*, que permitem aos agentes publicitários socorrer-se da designada “pegada digital” para selecionar o conteúdo publicitário a apresentar.

Apesar de apenas enunciarmos algumas técnicas publicitárias *online*<sup>174</sup> e de resumirmos a sua descrição à mera compreensão pelo leitor e não a uma explicação tecnicamente infalível, cremos ser possível compreender que a rede de técnicas utilizadas é ampla, complexa, em constante evolução e, acima de tudo, alheia à vontade e escolha do utilizador, o que se torna ainda mais vincado nos utilizadores menores, pela diminuta ou nula perceção da existência destes mecanismos.

Note-se que a transferência para o mundo virtual, para além das óbvias vantagens de flexibilidade e adaptação das comunicações publicitárias, parece justificar-se como forma de escape às exigentes legislações nacionais, que têm investido na proteção dos mais novos contra a publicidade<sup>175</sup>. É justamente neste ponto que é perigosa a sujeição das crianças ao novo mundo virtual. É de extrema complexidade a fixação das competências e da uniformização de um critério global uniforme para todo o mundo. Note-se que a internet permite celebrar contratos à escala planetária, pelo que seria uma utopia a consagração de uma legislação mundial<sup>176</sup>.

Cabe destacar que um dos objetivos da Comissão Europeia, através da nova agenda do consumidor, no esboço da sua política de consumidores para os próximos anos, consiste na revisão ou criação de normas que protejam as crianças das fraudes a que estas facilmente são expostas, principalmente devido à sua crescente familiaridade com as tecnologias da informação e da comunicação. Para tanto, adverte a Comissão que “[é] importante investir mais na educação e na sensibilização dos consumidores ao longo da vida, para as pessoas em todas as fases da vida após a escolaridade. Tal deve incluir também a promoção da literacia financeira como competência essencial para capacitar os consumidores para tomarem boas decisões sobre as suas finanças pessoais”<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> A título de exemplo destacamos outras técnicas publicitárias online tais como: *behaviorally targeted ads*, *contextually targeted ads*, *location-based ads* ou *geotargeting* entre outros.

<sup>175</sup> Cfr Susana Almeida (2014, p.152): “A transferência da publicidade infanto-juvenil para o mundo virtual parece igualmente justificar-se como forma de contornar o apertado cerco que algumas legislações nacionais têm erguido para proteger os mais novos das investidas publicitárias”.

<sup>176</sup> De qualquer forma, como bem afirma, Pegado Liz (2014, p. 87) nunca foi um dos objetivos da UE definir um código comunitário da publicidade.

<sup>177</sup> Neste sentido atentar na Nova Agenda do Consumidor (2020, p. 19), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN> consultado a 24/11/20.

Já no que concerne a outras exposições à publicidade, como é o caso da publicidade televisiva, é de fácil compreensão que, pelo teor apresentado ser nacional, as crianças se encontram mais protegidas pelas restrições impostas.

Há que fazer uma pequena distinção no tocante às idades das crianças. Distinguímos as crianças por idades, as de idade igual ou inferior a 12 anos e as que tem idade superior<sup>178</sup>.

As primeiras, na sua maioria, não conseguem entender e reconhecer as mensagens publicitárias ou distingui-las da realidade, já quando atingem os 12 anos conseguem depreender que se trata de uma mensagem publicitária, mas algumas não conseguem compreender o carácter persuasivo que subjaz a algumas mensagens publicitárias.

Com a transferência para o mundo virtual, o controlo parental dos conteúdos visualizados nas comunicações comerciais revela-se extremamente impreciso e difícil, pelo que o controlo por parte de quem é responsável pelos poderes parentais não se revela preciso, note-se que como afirma Pegado Liz (2014, p. 96), “[e]studos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade” e continua o autor “[c]ontudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, tem acesso a televisão e a internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado”.

De outra monta, os publicitários e anunciantes recorrem a práticas comerciais desleais que confundem a informação com a publicidade, onde promovem a recolha de dados que a este se molda tendo em conta as suas pegadas digitais e que incitam à celebração de negócios jurídicos não autorizados pelos titulares das responsabilidades parentais.

Será, exatamente, nestes contornos que a propensão para a recolha de dados, por parte dos agentes económicos, se revela perigosa. A maior facilidade de obtenção de consentimento (eventualmente viciado) e a própria agilidade técnica da recolha tornam os meios digitais como o melhor veículo para o tratamento de dados pessoais. Desde a “pegada digital”, a dados de contacto e até aos mais privados dados relativos à identificação do titular, os meios virtuais permitem ao agente económico uma recolha quase instantânea, manifestamente destacada quando comparada com os meios tradicionais de recolha de dados pessoais.

---

<sup>178</sup> Conforme dita Almeida (2014, p. 154): “Com efeito, em tenra idade, as crianças têm alguma dificuldade em reconhecer as mensagens publicitárias ou distingui-las da realidade e, quando começam a criar essa percepção, a maioria não entende o seu carácter persuasivo e não consegue adotar uma atitude crítica antes dos 11 ou 12 anos”.

### 3. O regime jurídico da proteção de dados pessoais em termos históricos

O direito à proteção de dados configura-se como um direito fundamental<sup>179</sup>, mas não absoluto<sup>180</sup>, o qual deve ser refletido em relação à posição na sociedade e sempre tendo presente o princípio da proporcionalidade.

As novas tecnologias transformaram a economia e por sua vez a sociedade, necessitando de respostas eficazes quanto à política de proteção de dados de forma a facilitar a livre circulação de dados pessoais na UE<sup>181</sup>. Esta crescente mutação torna necessário um quadro normativo mais coerente de forma a assegurar a segurança jurídica na UE<sup>182</sup>. Como bem dita Menezes Cordeiro (2020, p. 27), “[a] emergência do direito da proteção de dados consubstancia mais um reflexo do advento de uma nova Era: a Era digital”.

A contextualização a nível histórico da proteção de dados pessoais tem relevância, não só em virtude do tema escolhido, mas, principalmente, pela era que enfrentamos, que se consubstancia em mudanças tecnológicas e na afirmação da esfera pessoal de cada cidadão<sup>183</sup>. Na dicotomia que enfrentamos entre a era digital e a intimidade de cada pessoa é imprescindível compreendermos o regime da proteção de dados como suporte dos nossos direitos individuais<sup>184,185</sup>.

---

<sup>179</sup> Conforme considerando 1 do RGPD.

<sup>180</sup> Conforme considerando 4 do RGPD.

<sup>181</sup> Como bem refere Menezes cordeiro (2020, p. 29), “[n]ote-se que embora a proteção de dados não se consubstancie num Direito novo, certo é que assumiu especial importância no panorama jurídico nacional com o RGPD.

<sup>182</sup> Neste sentido atender ao considerando 7.

<sup>183</sup> Neste sentido afirma Calvão (2018, p.13), “[n]um tempo de permanente evolução tecnológica, em que se transitou do mundo analógico para o mundo digital, continuamos a deparar-nos a cada passo com instrumentos novos, de uso cada vez mais generalizado (...)”.

<sup>184</sup> Note-se que hoje em dia os dados representam uma um papel preponderante na nossa sociedade “A expressão “os dados são o novo petróleo” (na versão original inglesa: “*data is the new oil*”, cunhada a propósito das potencialidades do *Big data*, exprime a convicção bem enraizada, de que os dados irão representar na Era digital um papel análogo ao desempenho pelo petróleo e demais combustíveis fósseis a partir da Revolução industrial” (Menezes cordeiro, 2020, p. 29) .

<sup>185</sup> Como propugna Calvão (2018, p. 14) “É neste contexto que se afirma a proteção de uma dimensão humana como garantia da autonomia pessoal, a qual passa pela proteção da informação relativa às pessoas (singulares)”.

Destacamos, em primeiro lugar, o desenvolvimento dos direitos humanos, que se deve, em grande parte, à intervenção civil e política.

Como primeira referência a nível da proteção de dados pessoais, destacamos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doravante denominada CEDH, em 1950<sup>186</sup>. O objetivo era claro, pautando-se pela promoção do Estado de Direito e dos Direitos Humanos<sup>187</sup>. Um dos direitos consagrados pelo CEDH, através do seu art.º 8.º, que garante o direito à vida privada e familiar, pelo domicílio pela correspondência e estabelece as condições que são permitidas e ainda quais as restrições subjacentes a estes. Pese embora a adoção da Diretiva se reportar a 1950, a mesma apenas entrou em vigor em 1953.

Já em 1959, destacamos a criação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, denominado, doravante, TEDH, com o fim de garantir que as partes contratantes cumprissem as obrigações assumidas no CEDH<sup>188</sup>. A verificação do cumprimento do CEDH era concretizada através da apreciação de queixas apresentadas pelos cidadãos, que, naturalmente, se cingia à violação deste tratado internacional.

Surgiu, desta monta, a necessidade de uma legislação específica no que concerne à proteção de dados, que, embora se encontrasse visada através do CEDH, não era de todo o principal objetivo da convenção. Note-se que a legislação sobre proteção de dados se tornou necessária pela necessidade de adaptar o próprio sistema ao estado social.

Na Alemanha, em 1970, foi aprovada a primeira Lei de Proteção de Dados<sup>189</sup>, sendo considerado como primeiro marco histórico em legislação estadual específica da proteção de dados<sup>190,191</sup>.

---

<sup>186</sup> Neste sentido atentar na “*European convention on Human rights*” disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf) consultado a 03/03/2020.

<sup>187</sup> Atente-se nos objetivos do CEDH: “Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a protecção e o desenvolvimento dos Direitos do homem e das liberdades fundamentais” disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf) consultado a 10/04/2020.

<sup>188</sup> Neste sentido atentar no Manual da legislação Europeia sobre proteção de dados (2014, pp. 14 e 15) disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf> consultado a 04-04-2020.

<sup>189</sup> Denominada *Hessen*, para um maior esclarecimento veja-se, Regente (2015, p. 15).

<sup>190</sup> “À luz dos elementos disponíveis, o termo proteção de dados (Datenschutz) terá sido pela primeira vez empregue, com um sentido próximo ao assumido contemporaneamente pela expressão, nos trabalhos preparatórios do Hessisches Datenschutzgesetz (HDSG), de 1970” (Menezes Cordeiro, 2020, p. 31).

<sup>191</sup> Como esclarece Menezes Cordeiro (2020, p. 64), “[a]pesar dos intensos desenvolvimentos vividos no lado de lá do Atlântico, a primeira Lei relativa à proteção de dados foi aprovada, em 1970, pelo Parlamento do Estado de Hesse: o *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG)”.

Por sua vez, nos Estados Unidos foi aprovada, em 1973, a primeira Lei Setorial de Informação Privada<sup>192,193</sup>. Já na Suécia, também em 1973, foi aprovada pela primeira vez uma Legislação Nacional de Proteção de Dados<sup>194,195</sup>.

Outras iniciativas, que não caberão no âmbito da presente dissertação, marcaram, também, a trajetória mundial no que concerne à proteção de dados pessoais<sup>196</sup>.

Cabe destacar a iniciativa, no contexto nacional, quanto ao primeiro texto constitucional da Europa a consagrar a proteção de dados pessoais, a CRP em 1976, no capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias, nomeadamente no seu art.º 35.<sup>o197, 198, 199</sup>. Para Menezes Cordeiro (2020, p. 73), “[o] núcleo embrionário do Direito da proteção da dados contemporânea surgia já na versão original do art.º 35.º da CRP”.

Em 1980, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) elaborou as diretrizes para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais<sup>200</sup>.

A Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa, adotada em Estrasburgo, para a proteção das pessoas singulares, relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais, de 28 de janeiro de 1981, foi conhecida como o primeiro instrumento internacional na proteção de dados pessoais<sup>201</sup>.

---

<sup>192</sup> *Fair Credit Reporting Act.*, para um maior esclarecimento, veja-se, Regente (2015, p.15).

<sup>193</sup> Foram publicados, também, os *Fair Information Practice Principles*, desenvolvidos pelo Department of Health, Education and Welfare dos Estados Unidos da América.

<sup>194</sup> Apelidada de *Datalagen*, neste sentido Regente (2015, p.15).

<sup>195</sup> “(...) O primeiro diploma com uma aplicação nacional e transversal, ou seja, aplicável a entidades privadas e a entidades públicas, foi aprovado na Suécia, em 1973: o *Datalag*” (Menezes Cordeiro, 2020, p. 65).

<sup>196</sup> A título de exemplo destacamos o *Système Automatisé pour les Fichiers administratifs et le Répertoire des Individus*.

<sup>197</sup> Atente-se no art.º 35.º da CRP de 1976 onde constava: 1. Todos os cidadãos têm o Direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação do dados e a sua actualização.

2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.”

<sup>198</sup> Como bem afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 73), “[o] Direito constitucional português tem uma longa tradição na regulação dos dados pessoais e do seu tratamento. A Constituição da República Portuguesa terá sido, à luz dos elementos recolhidos, a primeira Lei Fundamental a reconhecer, diretamente, alguma proteção constitucional aos titulares de dados pessoais”.

<sup>199</sup> Note-se que a revisão de 1982 também introduziu importantes alterações, bem como a reformulação do art.º 35.º com a revisão de 1989. O art.º 35.º assumiu a sua versão atual com a revisão constitucional de 1997, tendo as alterações introduzidas sido motivadas pelo conteúdo da Diretriz 95/46, transposta pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Menezes Cordeiro, 2020, pp.74 e 75).

<sup>200</sup> Neste sentido, veja-se Andrade de Jesus (2012, pp. 2 e 3).

<sup>201</sup> Neste sentido, veja-se Conselho da Europa – Manual da legislação Europeia sobre protecção de dados (2014, pp. 15 e 16) disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf>. consultado a 04/04/2020: “Em 1981, foi aberta a assinatura a Convenção para a proteção das pessoas

A Convenção 108 aplica-se a todos os tratamentos de dados pessoais realizados tanto pelo setor privado como pelo setor público, consagra igualmente o direito “à recolha e tratamento automatizado de dados de forma leal e lícita, armazenados para finalidades determinadas e legítimas, não podendo ser utilizados para fins incompatíveis com essas finalidades nem conservados por tempo superior ao necessário. Dizem também respeito à qualidade dos dados, estabelecendo, em especial, que têm de ser adequados, pertinentes e não excessivos (proporcionalidade), bem como exatos”<sup>202</sup>.

Os princípios fundamentais da proteção de dados, que constam da Convenção 108 do Conselho da Europa, passaram a integrar a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Esta Diretiva tinha como principal intento a necessidade de harmonização das legislações dos EM. Repare-se que alguns EM que não apresentavam nenhum tipo de legislação nesta matéria<sup>203</sup>, ou, tratando desta matéria, não imprimiam o rigor que necessitavam, oferecendo, desta monta, níveis diversos de aplicação da legislação na matéria. Esta insegurança, como bem se entende, prejudicava o mercado interno, daí a necessidade da Diretiva<sup>204</sup>.

A Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro, apenas vincula os EM da UE, pelo que foi necessário adotar outro instrumento jurídico para assegurar a proteção de dados nos casos de tratamento de dados pessoais pelas instituições e órgãos da UE. O elo foi estabelecido através do Regulamento (CE) n.º 45/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados. A Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro apenas foi transposta para o ordenamento português em 1998 através da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro<sup>205</sup>.

---

relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Convenção 108)8. A Convenção 108 era, e ainda é, o único instrumento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados”.

<sup>202</sup> Neste sentido, veja-se o Conselho da Europa – Manual da legislação Europeia sobre protecção de dados. (2014, p.16) Disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf> consultado a 04/04/2020.

<sup>203</sup> Como se depreende da expressão: “Esta Diretiva foi adotada em 1995, numa altura em que vários Estados-Membros tinham já adotado leis nacionais sobre proteção de dados.” Conselho da Europa – Manual da legislação Europeia sobre protecção de dados. (2014, p.18) Disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf>. consultado a 04/04/2020.

<sup>204</sup> Note-se que a manifesta insegurança jurídica se perpetuou por mais cinco anos volvidos da apresentação da proposta e extensas negociações (Menezes Cordeiro, 2020, p.68).

<sup>205</sup> “O primeiro passo efetivo em direção à preparação do RGPD foi dado por intermédio do The Stockholm Programme: Na open and secure Europe serving and protecting the citizen.º Aí, o conselho sublinhou a

Por conseguinte, surgiram outros diplomas que não abordaremos de forma exaustiva, mas caberá a sua referência: a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho<sup>206</sup>, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, aplicando-se o tratamento de dados pessoais no contexto das redes e serviços de comunicação eletrónicas acessíveis ao público, que permitiu especificar e complementar as disposições da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro; Esta Diretiva 2002/58/CE foi transposta para a ordem jurídica nacional através da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto.

Cabe dar destaque em matéria penal, à Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho<sup>207</sup>, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária, vindo regular a matéria no espaço de liberdade, segurança e justiça. Realça-se, no entanto, que esta foi revogada pela Diretiva 2016/680 e transposta pela Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, para o nosso ordenamento jurídico.

Cabe salientar que o regime europeu de proteção de dados pessoais foi fortalecido pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009, que introduziu uma base jurídica para a proteção de dados na UE, de forma a aproximar os cidadãos da UE, nomeadamente, através do art.º 16.<sup>º208</sup> do TFUE e ainda na Carta dos Direitos Fundamentais da UE. O tratado conferiu à carta dos Direitos Fundamentos da UE efeito jurídico vinculativo, consagrando nos seus arts. 7.º e 8.º o respeito pela vida privada e a proteção dos dados pessoais como direitos fundamentais estreitamente relacionados, mas distintos<sup>209</sup>.

A 25 de janeiro de 2012, a Comissão apresentou uma proposta de Regulamento geral sobre a proteção de dados<sup>210</sup>.

---

importância de proteger a privacidade dos cidadãos europeus e de melhor regular o tratamento e a transferência de dados pessoais” (Menezes Cordeiro, 2020, p. 81).

<sup>206</sup> Alterada pela Diretiva 2006/24/CE que foi declarada inválida pelo tribunal de Justiça da União Europeia, em 8 de abril de 2014 <sup>206</sup> e ainda pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

<sup>207</sup> Que ainda se encontra em vigor.

<sup>208</sup> O direito primário da UE também atribui à UE competência genérica para legislar sobre matérias relacionadas com a proteção de dados (artigo 16.º do TFUE) Conselho da Europa – Manual da legislação Europeia sobre protecção de dados (2014, p.21). Disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/fra-handbook-data-protection-pt.pdf>. consultado a 04/04/2020.

<sup>209</sup> Conforme Menezes Cordeiro (2020, p. 81), que adianta que “[o]s avanços tecnológicos a aprovação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, e do Tratado de Lisboa, entre outros fatores, tornarão a revisão inevitável”.

<sup>210</sup> Neste sentido, veja-se Menezes Cordeiro (2020, pp. 82 e 83) que dita que foi bem acolhida, o que foi comprovado pela falta críticas nos documentos oficiais. A crítica fundou-se apenas na substituição da Diretriz 95/46 da CE pelo regulamento face as competências do tribunal constitucional.

Por fim, mas não descurando a sua extrema importância, surge o Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, que revoga a Diretiva 95/46/CE que surge de forma a criar uma proteção, mais sólida quanto ao cidadão europeu em matérias de dados pessoais.

Atendendo a que o objetivo do presente Regulamento se baseia em assegurar um nível equivalente de proteção das pessoas singulares e a livre circulação de dados pessoais na União, e que o mesmo nem sempre é eficazmente alcançado pelo EM, a UE pode adotar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade e proporcionalidade, consagrada no art.º 5.º do TUE.

Surgiu, desta monta, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura na ordem jurídica nacional a aplicação do Regulamento 2016/679, do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

## 4. Principais notas quanto ao regime da proteção de dados pessoais

Neste ponto pretendemos tecer algumas notas e considerações no que tange quer ao Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, RGPD, bem como quanto à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Em primeiro lugar, importa referir que o RGPD regula a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. No entanto, atente-se que as políticas adotadas pela Diretiva continuam a ser válidas<sup>211</sup>.

O objetivo do Regulamento será, como afirmámos supra, um elevado nível de proteção no que concerne a Direitos e Liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais, e que os mesmo sejam equivalentes em todos os EM, a fim de promover uma aplicação coerente em toda a UE<sup>212,213</sup>.

---

<sup>211</sup> Atentar no considerando 9 do RGPD.

<sup>212</sup> Neste sentido considerando 2 e considerando 10.

<sup>213</sup> Neste sentido veja-se Ramos (2016, p. 52).

Note-se, como bem afirma Castro:

A criação e a manutenção de um conjunto estruturado de dados pessoais, pelos perigos que pode constituir para os titulares dos dados, é uma tarefa de responsabilidade. Todos os que pretendam realizá-la ficam sujeitos a obrigações importantes de cujo incumprimento resultam várias sanções.

2005, p. 65

No panorama português também se legislou sobre esta matéria com a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/45/CE. Esta Diretiva foi revogada pelo atual RGPD que, por sua vez, viu assegurada a sua execução na ordem jurídica portuguesa recentemente, com a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto<sup>214</sup>.

O RGPD permite aos EM, a fim de possibilitar uma maior concretização, manter ou aprovar disposições nacionais de forma a especificar a aplicação das regras do presente Regulamento, em conjugação com a legislação horizontal sobre a proteção de dados. Note-se que os EM dispõem de várias leis setoriais em domínios que necessitavam de disposições específicas. Desta forma, regras como matéria de tratamento de categorias de dados especiais<sup>215,216</sup> deveriam ser concretizadas por cada EM<sup>217</sup>.

Quanto às especificações que a UE permite, destacamos o art.º 8.º, do RGPD, com a epígrafe “Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação”. Esta especificação permite que os EM possam dispor de maneira diferente, apresentando, para o efeito, uma idade mínima. Permite, desta forma, que os EM possam dispor no seu ordenamento jurídico uma idade inferior aos dezasseis anos, com a condição de que essa idade não seja inferior a treze anos. No caso de a criança ainda não ter completado os dezasseis anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento tenha sido dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança, conforme prescreve o dispositivo.

Note-se, desta feita, que, nos termos do art.º 16.º, da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, os dados das crianças só podem ser objeto de tratamento com base no consentimento desde que já tenham completado treze anos de idade. Caso tal não aconteça, o mesmo só é lícito

---

<sup>214</sup> Note-se que a mesma foi revogada pelo art.º 66.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

<sup>215</sup> Comumente denominado como dados sensíveis.

<sup>216</sup> Neste sentido considerando 15 do RGPD: “Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos Direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os Direitos e liberdades fundamentais. Deverão incluir-se neste caso os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, não implicando o uso do termo «origem racial» no presente Regulamento que a União aceite teorias que procuram determinar a existência de diferentes raças humanas”.

<sup>217</sup> Neste sentido, atentar no considerando 10 do RGPD.

com recurso ao consentimento dos representantes legais e ainda com recurso a meios de autenticação segura, fornecendo neste caso seguimento à pretensão da UE de conceder uma especificação no que concerne à idade permitida para dar o seu consentimento no tratamento de dados.

Quanto ao nosso entendimento, a idade prevista na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, para dar o consentimento (treze anos) não foi bem conseguida. Cremos que aos treze anos a capacidade de análise do que será o tratamento de dados, dos efeitos e finalidades para qual a criança cedeu os seus dados, não o serão, para esta, mais que meras informações, não tendo esta capacidade cognitiva de avaliação dos efeitos práticos que a mesma acarreta.

Convém, neste seguimento lógico, questionar o âmbito de aplicação material. O art.º 2.º, n.º 1, do RGPD, refere que o mesmo se aplica “ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”<sup>218</sup>. Como afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 85), “[o] legislador europeu não define o que se entende por meios autonomizados. Não se trata de um lacuna, mas de uma posição premeditada: Pretendeu evitar-se que o RGPD fosse, com fundamento no eventual conteúdo positivado, contornado ou que se tornasse, a breve trecho, obsoleto (princípio da neutralidade tecnológica)”.

Realce-se, desde logo, que no RGPD o mesmo preceito se inclui de forma autónoma com a epígrafe “Âmbito de aplicação material”. Ao invés, na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a mesma não vem descrita sob a mesma epígrafe, mas sim descrita como “Âmbito de aplicação”. Cremos que o legislador nacional tenha optado por uma abordagem mais geral, ao invés da consagração individual de cada âmbito (âmbito de aplicação material, âmbito de aplicação territorial), numa lógica sistemática, uma vez que a consagração de um âmbito material não seria mais do que uma repetição, embora consideremos que a necessidade de legislação nacional relativa às matérias reguladas pelo RGPD constituem um eficaz mecanismo de concretização e definição das mesmas.

Repare-se no sumário da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, onde podemos que a presente lei “[a]ssegura a execução, na ordem jurídica nacional do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das

---

<sup>218</sup> Neste sentido, veja-se Castro (2005, p. 106) “A Lei da Proteção de Dados aplica-se a tratamento de dados realizados por meios totalmente automatizados- é o caso de tratamento realizados mediante a utilização de um computador que organiza a informação- mas também a meios parcialmente automatizados, ou até manuais”.

peças singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, o que nos faz depreender, desde logo, que apenas a leitura da lei não será suficiente, tendo nós intérpretes que a conjugar com o RGPD<sup>219</sup>.

No que tange ao âmbito de aplicação territorial constante no art.º 3.º do RGPD, este preceito estatui “[o] presente Regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União”<sup>220</sup>. O n.º 2 do mesmo artigo prescreve ainda que “[o] presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares que se encontrem no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:

(i) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares de dados procederem a um pagamento;

(ii) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.

Já no que concerne à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a mesma rege-se pelo seu art.º 2.º, n.º 1, e dita o seguinte: “aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados no território nacional, independentemente da natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento de dados pessoais ainda que o mesmo seja efetuado no âmbito de cumprimento de obrigações legais ou missões de interesse público, aplicando-se as mesmas exclusões prevista no art.º 2.º do RGPD”.

A aplicação da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, também se reporta às situações em que sejam efetuados no âmbito da atividade de um estabelecimento no território nacional ou ainda quando afetem titulares de dados que se encontrem no território nacional e ainda

---

<sup>219</sup> Note-se que um Regulamento é um ato legislativo vinculativo que se aplica em todos os EM em todos os seus elementos, pelo que não seria necessário um diploma que assegurasse a sua execução na ordem jurídica nacional. no entanto, o RGPD faz menção a uma especificação de cada EM, pelo que a sua concretização mais do que necessária é uma imposição do Regulamento.

<sup>220</sup>Veja-se a interpretação de Menezes cordeiro (2020, p. 100): “A letra do art.º 3.º/2, b) não restringe o controlo ao âmbito da Internet. Esta circunscrição apenas resulta do texto do considerando 24. Não nos parece que esta indicação, para mais não sendo fundamentada, possa impedir a aplicação do preceito a controlos de comportamento efetuados por outros meios tecnológicos. É também essa opinião da AEPD. Como exemplos clássicos de controlo de comportamentos na Internet pense-se nas *cookies*, nos social media plugins, nos serviços de localização e em todos os demais meios tecnológicos que permitam seguir a atuação dos utilizadores”.

quando afetem dados que estejam inscritos nos postos consulares de que sejam titulares portugueses no estrangeiro, como consta do art.º 2.º, n.º 2, als. *a) b) e c)*, respetivamente.

Posto isto, cabe referir o que se define como dados pessoais. O RGPD define dados pessoais no seu art.º 4.º com a epígrafe “definições” como “a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)”. Para efeitos do presente diploma legal, é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular<sup>221</sup>.

Assim, não serão considerados como dados pessoais aqueles que não permitam identificar uma pessoa, mesmo que sejam dados que se referem, em abstrato, a pessoas, como, por exemplo, dados estatísticos<sup>222</sup>.

A Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, não faz referência à definição de dados pessoais, pelo que claro é que o legislador, mais uma vez, não pretendeu autonomizar o critério plasmado no RGPD, devendo, desta forma, reger-nos pelo previsto neste Regulamento.

Importa ainda referir o conceito de “tratamento”. O tratamento pode definir-se, conforme consta no art.º 4.º do RGPD como “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”<sup>223</sup>. Pese embora se considerem todos os mecanismos enunciados supra, os mais comuns serão a recolha, o registo e a conservação.

Para o efeito, o art.º 3.º, als. *a) e b)*, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpôs para a ordem jurídica a Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

---

<sup>221</sup> Para um melhor esclarecimento, leia-se Castro (2005, p. 71).

<sup>222</sup> Como bem afirma Castro (2005, p.71), “[q]uando os dados não permitam identificar uma pessoa, mesmo que sejam dados que se referem, em abstracto, a pessoas, não são dados pessoais: é o caso dos dados estatísticos que não permitem voltar a saber a quem se referiam”.

<sup>223</sup> “Ao contrário do que é vulgar pensar-se, não é apenas o registo de dados pessoais que constitui tratamento. Não é isso que resulta da letra da Lei. Assim a própria operação de recolha de dados que vise constituir um ficheiro é, em si mesma, um tratamento. As operações de organização/reorganização/adaptação de um ficheiro também são um tratamento” (Castro, 2005, p. 107).

disponha de uma definição diversa da atual, a saber: “Qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efetuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”.

Note-se que o prefixo “com ou sem meios automatizados” foi substituído pelo prefixo “por meios automatizados ou não automatizados.” Foi inserido no âmbito do RGPD a estruturação, divulgação por transmissão e, ainda, a limitação como mecanismos de tratamento de dados. Por sua vez, foi excluído no âmbito do RGPD o bloqueio como mecanismo de tratamento de dados.

Na atual Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, não surge qualquer menção a uma definição de tratamento de dados autónoma da prevista no RGPD.

## 5. Licitude do tratamento de dados pessoais e os princípios associados

Menezes Cordeiro (2020, p. 152) propugna que “[e]m sentido estrito, o princípio da licitude faz depender o tratamento de dados pessoais da subsunção de cada tratamento em concreto a uma das causas de licitude elencadas no art.º 6.º”, já, em sentido amplo, continua o autor “pressupõe o cumprimento do RGPD e da demais legislação aplicável”.

Para que o tratamento de dados possa ser efetuado licitamente, é necessário que o titular expresse o seu consentimento através de qualquer manifestação de vontade<sup>224</sup>, que

---

<sup>224</sup> Como afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 152), “[e]m sentido estrito, o princípio da licitude faz depender o tratamento de dados pessoais na subsunção de cada tratamento em concreto a uma das causas de licitude elencadas no art.º 6.º. Em sentido amplo pressupõe o cumprimento do RGPD e da demais legislação aplicável. Na primeira aceção respeita ao tratamento de dados e na segunda ao cumprimento da Lei”.

tem de ser livre, específica, informada e inequívoca, no qual o titular aceita que os seus dados pessoais possam ser objeto de tratamento. O consentimento vem descrito no art.º 4.º, n.º 11, como uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.

Aos princípios constantes na Diretiva 95/46/CE foi introduzido (Moreira, 2018, p. 12), com o RGPD, um princípio, que embora estivesse implícito na Diretiva, não se apresentava no leque de princípios enumerados. O princípio da licitude, lealdade e transparência, constante do art.º 5.º, n.º 1, al. a), que afirma que os dados pessoais são “[o]bjeção de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»)”.

Deste modo, é condição *sine qua non* que o consentimento deverá sempre revestir-se do fundamento geral da licitude.

Com efeito, embora o consentimento seja determinante no processo de tratamento de dados, o mesmo não se bastará para que se considere lícito. A obtenção do consentimento por parte do responsável pelo tratamento de dados não pode ser suficiente para que se desonere das obrigações estabelecidas no art.º 5.º do RGPD. Como assinala Castro (2005, p. 206), “[n]aturalmente, mesmo que as condições de legitimidade estejam preenchidas, sempre terão de ser cumpridos os princípios gerais de proteção de dados adiante assinalados. A doutrina tende mesmo a considerar que a licitude do tratamento de dados depende de um duplo teste: o teste da qualidade dos dados (...), e o teste da fundamentação do tratamento”. Esta autora defende, ainda, que este teste deveria começar pela análise da qualidade dos dados, e só depois passaria pela verificação da existência de um fundamento habilitante. Deste modo, mesmo que o fundamento habilitante seja o consentimento, o mesmo não será requisito legítimo, se os dados não cumprirem o requisito de qualidade (Castro, 2005, p. 206).

O leque de princípios enumerados é extenso, pelo que, além do consentimento como já referimos, existem outros princípios que relevam na caracterização do tratamento como lícito ou *a contrario* ilícito.

Para que os dados sejam tratados de forma lícita, os mesmos têm de observar alguns requisitos, nomeadamente: princípio da licitude, lealdade e transparência; princípio da

limitação das finalidades<sup>225</sup>; princípio da minimização dos dados; princípio da limitação da conservação; princípio da integridade e confidencialidade; princípio da responsabilidade e princípio do consentimento.

O princípio da licitude, lealdade e transparência encontra-se contemplado no art.º 5.º, n.º 1, al. *a*), e é um princípio tripartido, daí que se afigure como necessário abordar cada um de forma autónoma. De realçar que, por considerarmos de extrema importância a licitude, abordaremos num ponto autónomo, bem como o princípio do consentimento. Com efeito, atente-se ao considerando 40 do RGPD: “Para que o tratamento seja lícito, os dados pessoais deverão ser tratados com base no consentimento da titular dos dados em causa ou noutro fundamento legítimo”.

A lealdade no tratamento de dados afere-se de acordo com a finalidade para a qual foram cedidos os dados pessoais. Desta forma, o titular dos dados pessoais consegue saber onde os mesmos estão a ser utilizados, se a finalidade está a ser seguida e a salvaguarda de que a entidade que os recolheu não os cede nem os utiliza para fins diversos.

O princípio da transparência também será tratado num ponto autónomo, por uma questão sistemática no âmbito da presente dissertação e pela importância que este princípio reveste no que concerne, nomeadamente, às crianças. A lealdade está relacionada com a transparência. Por exemplo, um tratamento de dados pessoais não pode ocorrer por motivos secretos, como afirma Castro (2005, p. 235). As notas caracterizadoras gerais do princípio da transparência consubstanciam-se no que diz respeito, em particular, às informações fornecidas pela entidade responsável pelo tratamento de dados aos titulares dos mesmos e ainda quanto à finalidade que subjaz ao tratamento dos dados.

Quanto ao princípio da limitação das finalidades, previsto no art.º 5.º, n.º1, al. *b*), complementado pelo art.º 6.º, n.º 1, al. *a*), o mesmo afirma que os dados devem ser recolhidos para finalidades específicas legítimas e explícitas, pelo que faz depender o critério de três requisitos cumulativos, da finalidade ser: determinada; explícita e legítima. A finalidade que subjaz à recolha de dados deve ser determinada antes do processo, não podendo ser subjetiva ou vaga, sendo que esta deve ser conhecida e determinada antes do início do tratamento<sup>226</sup>,

---

<sup>225</sup> De realçar que se a finalidade for diferente das enunciadas a mesma corresponderá a um fundamento diverso que deverá ser comunicado à CNPD, sob pena de incumprimento das obrigações relativas à proteção de dados e respetiva punição.

<sup>226</sup> Devem as finalidades ser determinadas, conhecidas antes do início do tratamento, deve também ser explícita, pelo que o tratamento de dados para fins que não os determinados ou vagos, não podendo, por viés, ser contrários à ordem pública (Castro, 2005, p. 230)

o que excluí, desde logo, motivos implícitos ou vagos, e ainda deve ser legítima, ou seja, não pode ser contrária à boa fé. Como assinala Menezes Cordeiro (2020, p. 156), “[o] requisito da explicitude respeita não tanto à substância mas à forma - embora no Direito esta distinção seja artificial. As finalidades prosseguidas têm de ser reveladas de modo claro a todo o universo da proteção de dados: titulares, autoridades de controlo e terceiros”. Já no que diz respeito “finalidades legítimas”, deve ser interpretada no sentido em que se exige o cumprimento do art.º 6.º, mas o mesmo não basta, devendo observar o cumprimento das demais disposições legais<sup>227</sup>.

A limitação das finalidades consiste no direito de o titular de dados ter acesso à finalidade para a qual foram recolhidos os seus dados pessoais, sendo que não podem ser tratados posteriormente de forma incompatível com essa finalidade. A concretização da compatibilidade não se define na lei lusa, limitando-se o texto nacional a seguir o texto de disposição comunitária. Note-se, no entanto, a opção pela negativa “não incompatíveis”, ao invés de “compatíveis”, que, como afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 157), aponta para uma maior liberdade de atuação<sup>228</sup>. Desta forma terá a compatibilidade, ou incompatibilidade da finalidade inicial ser sujeita a juízo de prognose, de forma a que casuisticamente se consiga aferir a compatibilidade, ou não, da finalidade. Na determinação da finalidade devemos, ainda, aferir os fatores do art. 6.º, n.º 4. Sublinhamos que não basta que o responsável pelo tratamento de dados consiga provar a compatibilidade da finalidade, estas encontram-se igualmente dependentes do respeito aos princípios do art.º 5.º.

Creemos, no entanto, que deverá sempre reger-se pelo juízo de proporcionalidade, como bem afirma Castro (2005, p. 231).

De referir que o tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais foram cedidos apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos. De realçar que o cumprimento deste requisito não se subsume a conceitos vagos como “fins publicitários” ou “melhorar a experiência dos utilizadores”<sup>229</sup>.

Exclui-se, no entanto, do âmbito dessa finalidade o tratamento para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos,

---

<sup>227</sup> Menezes Cordeiro (2020, p. 156) afirma que a expressão: “finalidade legítimas” deveria ser substituída por “expressão legal”.

<sup>228</sup> Note-se, para o efeito, que o RGPD no seu considerando 50, preferiu pela opção pela positiva: “compatíveis”, como refere o mesmo autor (*idem*).

<sup>229</sup> Para um melhor esclarecimento, veja-se Menezes Cordeiro (2020, p. 156).

como consta da remissão feita pelo próprio dispositivo para o art.º 89.º, n.º 1, do RGPD, sendo desta forma considerado lícito, para estas finalidades.

O princípio da minimização de dados é-nos fornecido através do art.º 5.º, n.º 1, al. c), que define que os dados pessoais devem ser “[a]dequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados.”

Este princípio está interligado de forma direta com o princípio da limitação das finalidades, bastando, para o efeito, afirmar que os dados devem ser recolhidos especificamente para o fim a que se destinam, não podendo ser utilizados para outros fins que o titular não tenha consentido, sendo que as finalidades para as quais foram recolhidos devem ser determinadas antes do início do processo.

Desta monta, é possível delimitar três requisitos cumulativos, a saber: adequação; pertinência e necessidade<sup>230</sup>. A adequação diz, assim, respeito ao enquadramento das finalidades prosseguidas; a pertinência diz respeito às atividades prosseguidas pelos responsáveis dos tratamentos de dados que possam contribuir para a prossecução das finalidades; por fim, o tratamento apenas será aceitável se não existir um método menos invasivo<sup>231</sup>. Devem reger-se pelo necessário. Pode ser importante, a título de exemplo, saber se o titular de dados tem filhos para fins de segurança social, não importando para o efeito saber se tem sobrinhos (Castro, 2005, p. 236). Devem ser excluídas aqueles que, pese embora, sejam idóneas não sejam necessárias.

Quanto ao princípio da exatidão, o mesmo é referenciado no mesmo artigo, através da al. d). Estes dados devem ser exatos e atualizados sempre que necessário. Deve ter-se em conta as finalidades para o qual foram tratados, e sempre que necessário sejam retificados ou apagados de forma célere e diligente, note-se que a inexatidão dos dados pode relevar muito na vida dos titulares dos dados. Nas palavras de Castro (2005, p. 237), “[e]nquanto a retificação deve ocorrer quando os dados sejam erróneos, a atualização liga-se ao seu desfasamento relativamente à realidade”. O responsável pelo tratamento de dados, quando necessário e exigido pelo titular dos dados, deve ter ferramentas necessárias para o cumprimento da exatidão.

---

<sup>230</sup> “Apesar de dificilmente autonomizáveis, em especial os dois primeiros, cada um visa propósitos distintos”. (Menezes Cordeiro, 2020, p. 159)

<sup>231</sup> Neste sentido e para um melhor esclarecimento, Menezes Cordeiro (2020, p. 159).

Note-se, no entanto, que existem dados que apenas tem interesse na medida em que conservem dados desatualizados, para fins estatísticos de estado clínico, por exemplo<sup>232</sup>.

O princípio da limitação da conservação encontra-se no mesmo artigo na al. e), que dispõe que devem ser tratados e conservados apenas durante o período necessário e para as finalidades para as quais são tratados. A fim de assegurar que os dados apenas são conservados durante um período necessário, o responsável pelo tratamento de dados deverá fixar prazos para o apagamento ou revisão periódica, de forma que a finalidade para qual foram fornecidos seja satisfeita, apenas durante o período necessário.

A *praxis* comum das empresas seria, até aqui, de um modo geral, a conservação dos dados *ad aeternum* e até mesmo a sua utilização para fins diversos daquele para o qual foram recolhidos. Com o RGPD o paradigma alterou-se no que concerne a este princípio, devendo apenas ser tratados até ao termo do período necessário para esse fim.

Excetua-se, no entanto, do âmbito dessa finalidade o tratamento para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, conforme o art.º 89.º, n.º 1, do RGPD, sendo desta forma considerado lícito, embora as finalidades não se consubstanciem nos mesmos.

O princípio da integridade e confidencialidade está previsto no art.º 5.º, n.º1, al. f), do RGPD<sup>233</sup>, o qual dispõe que os dados deverão ser tratados de forma a que se garanta a segurança jurídica, contra a sua perda, destruição, danificação acidental e ainda quando a autorização para o tratamento de dados não foi fornecida. Para tal, devem ser adotadas todas as medidas técnicas e organizativas que se achem necessárias e adequadas. Note-se que os princípios se relacionam entre si, pelo que as medidas a adotar devem ter presente os princípios da integridade e da confidencialidade.

As medidas que garantam a segurança jurídica devem ser vistas sob dois vetores fundamentais: a proteção física e a proteção em termos digitais. Com isto, pretendemos afirmar que a proteção física corresponde ao modo como os dados são tratados e que não estejam ao alcance de quem não tem o direito para tratamento de dados. Já em termos digitais, exige-se que exista um sistema informático capaz de combater as ações ilícitas que possam comprometer a confidencialidade de dados, a autenticidade e a integridade<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Para um melhor esclarecimento veja-se, Menezes cordeiro (2020, p. 159).

<sup>233</sup> Como bem afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 160) “Note-se que este princípio não encontra paralelo com a Diretiva 95/46/CE”.

<sup>234</sup> Neste sentido *vide* considerando 39 e 49 do RGPD.

O princípio da responsabilidade, é enunciado no art.º 5.º, n.º 2 do RGPD, que dispõe que o responsável pelo tratamento de dados deve assegurar o cumprimento de todos os princípios do número anterior. Note-se, desta feita, o carácter cumulativo de todos os princípios, sendo que o não preenchimento de qualquer um deles tem como consequência a ilicitude no tratamento de dados<sup>235</sup>.

## 5.1. Princípio da transparência

O princípio da transparência encontra-se, como afirmámos supra, no âmbito tripartido do princípio da licitude, lealdade e transparência, previsto no art.º 5.º, n.º 1, al. a) do RGPD. “O princípio da transparência apresenta-se como uma novidade do RGPD. As situações hoje reconduzíveis à transparência eram, durante a vigência da Diretriz n.º 95/46/CE, abrangidos pela lealdade. A ligação entre os dois princípios, é de resto, manifesta: com o legislador europeu a emparelhar, sucessivamente, a lealdade e a transparência.” (Menezes Cordeiro, 2020, p.154)

O considerando 58<sup>236</sup> aborda o princípio da transparência, de forma singela, realçando a sua especial importância. Afirma, por conseguinte, que: “O princípio exige que qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa e de fácil compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra, adicionalmente, à visualização sempre que for adequado”.

Revela-se um princípio de extrema importância, uma vez que essas informações muitas vezes são fornecidas por via eletrónica e destinam-se ao público. O legislador realçou, no considerando 58 do RGPD “isto é especialmente relevante em situações em que a proliferação de operadores e a complexidade tecnológica das práticas tornam difícil que o titular dos dados saiba e compreenda se, por quem e para que fins os seus dados pessoais estão a ser recolhidos, como no caso da publicidade por via eletrónica”.

---

<sup>235</sup> Como afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 161) “O preceito prevê dois deveres distintos: (i) o responsável pelo tratamento de dados deve atuar sempre no estrito cumprimento dos princípios elencados no art.º 5.º/1; e (ii) o responsável pelo tratamento de dados deve conseguir demonstrar, máxime às autoridades de controlo e aos tribunais, o cumprimento desses mesmos princípios”.

<sup>236</sup> O princípio da transparência encontra-se tutelado em vários artigos, a título de exemplo destacamos os arts. 12.º; 13.º; 14.º; 37.º.

Conforme assinala Castro (2005, p. 229), “[e]ste implica que o responsável pelo tratamento de dados, devidamente identificado, deve dar a conhecer ao titular dos dados a realização do tratamento que lhe diga respeito, indicando, nomeadamente, os seus fins, categorias de dado tratados, período de conservação dos dados, eventuais comunicações dos mesmos, etc.”. Note-se, no entanto, que o princípio da transparência, não se esgota num direito de informação. O princípio da transparência deve estar presente em todo o processo de tratamento de dados, desde os primeiros contactos, passando pela sua recolha e demais tratamentos, conservação até após o termo da relação (Cordeiro, 2020, p. 155).

Note-se que no caso das crianças, devido à sua especial vulnerabilidade, não é expectante que compreendam a mesma linguagem que os que não são considerados, no âmbito subjetivo, consumidores particularmente vulneráveis. Exige-se uma tutela específica, realçando o legislador que sempre que o tratamento lhes seja dirigido qualquer informação ou comunicação deverá ser redigida numa linguagem clara e simples que a criança possa compreender<sup>237</sup>.

## 5.2. Princípio da licitude e princípio da lealdade

Como bem afirma Castro (2005, p. 206). O tratamento de dados constitui, inegavelmente, uma intromissão na esfera pessoal do titular de dados, pelo que está condicionado à existência de consentimento, funcionando este como condição da sua legitimidade, sobretudo quando se fala em tratamento de dados. O princípio da licitude está intimamente ligado com o princípio do consentimento. Já na Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o consentimento surgia, bem como no RGPD, como principal fundamento de legitimidade e licitude do tratamento de dados pessoais.

Importa, antes de mais, referir que a licitude do tratamento é aferida pela verificação do cumprimento das regras nacionais, comunitárias, europeias e internacionais a que está adstrito, como bem afirma Castro (2005, p. 235).

Note-se que, pese embora os princípios se encontrem interligados, caracterizando-se pelo seu carácter cumulativo, o pressuposto pelo qual se deve reger o princípio da licitude será o do consentimento, ou outro fundamento previsto na lei, sem prejuízo das demais

---

<sup>237</sup> Neste sentido atentar no considerando 58 do RGPD.

disposições constantes do art.º 6.º, nomeadamente quando: (i) o tratamento for necessário para a execução de um contrato; (ii) o tratamento for necessário no cumprimento de uma obrigação jurídica; na defesa de interesses vitais; (iii) o tratamento for necessário no exercício de funções de interesse público ou ao exercício de autoridade pública; (iv) o tratamento for necessário no âmbito de interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento de dados ou por terceiros, salvo se prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

Em sentido estrito, o princípio da licitude faz depender o tratamento de dados pessoais da subsunção de cada tratamento em concreto a uma das causas de licitude elencadas no art.º 6.º. Em sentido amplo, pressupõe o cumprimento do RGPD e da demais legislação aplicável. Na primeira aceção respeita ao tratamento de dados e na segunda ao cumprimento da Lei.

Menezes Cordeiro, 2020, p. 152

É legítimo, desta monta, afirmar-se que o pressuposto inicial se consubstancia sempre numa das situações prevista no art.º 6.º do RGPD, pois é requisito principal e *ab initio* e sem ele não será necessária a verificação dos demais princípios. O consentimento não será suficiente, no entanto, para legitimar o tratamento de dados. Como salienta Menezes Cordeiro (2020, p. 167), “[a] necessidade de, por princípio, o titular ter de consentir no tratamento dos seus dados pessoais assume-se como uma das principais garantias de proteção dos interesses individuais de cada sujeito”. Desta forma, a obtenção de consentimento não desonera o responsável pelo tratamento de dados das obrigações relativas à lealdade, necessidade, proporcionalidade, entre outras, como consta do art.º 5.<sup>o238</sup>.

Quanto ao princípio da lealdade, este caracteriza-se pelo seu caráter mais amplo, permitindo contestar determinados comportamentos. Como bem afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 153), a lealdade permite contestar alguns comportamentos que poderiam ser descritos em violação do art.º 6.º e mais assinala o autor que se trata “de um conceito aberto, possível de ser invocado e, situações que contradigam o espírito do RGPD”.

---

<sup>238</sup> Como bem afirma Castro (2005, p.203): “Naturalmente, mesmo que as condições de legitimidade estejam preenchidas, sempre terão e ser cumpridos os princípios gerais de proteção de dados adiante assinalados”.

### 5.3. Consentimento no tratamento de dados pessoais

Note-se que no âmbito da presente dissertação destacamos o consentimento, por ser o veículo principal (no que concerne às crianças) de tratamento de dados, nomeadamente através do consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação.

As condições aplicáveis ao consentimento resultam do disposto no art.º 7.º do RGPD, no qual se estabelecem as condições para a validação do tratamento de dados pessoais. Desta forma, estes artigos não podem ser autonomizados. Nos dizeres de Menezes Cordeiro (2020, p. 168), “[a] dogmática do consentimento, balizada pela definição constante no art.º 4.º, n.º 11 encontra-se globalmente positivada no art.º 7.º- com a epígrafe *Condições aplicáveis ao tratamento*”.

No que diz respeito às condições aplicáveis ao consentimento constantes no art.º 7.º do RGPD, dita este preceito que o tratamento que tenha por base o consentimento deve poder ser demonstrado sempre que for exigido ao responsável do tratamento e o mesmo deve comprovar que o consentimento foi concedido pelo titular.

Se o consentimento for dado no contexto de uma declaração escrita que diga respeito a outros assuntos, este deve ser dado de forma a que os distinga de modo inteligível, de fácil acesso e numa linguagem clara e simples<sup>239</sup>. Não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular não tiver escolha<sup>240</sup>, se não puder retirar o seu consentimento ou se o fornecer e, *a posteriori*, não o poder retirar sem ser prejudicado<sup>241</sup>. Tal como foi concedido o consentimento, o titular de dados tem direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento, devendo ser informado desse facto assim. De realçar que o direito ao esquecimento deverá ser tão simples quanto foi o consentimento. As organizações são obrigadas a remover o consentimento com base no qual o mesmo foi concedido, seja este através de correio eletrónico ou de sítio na internet entre outros<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Vide art.º 7.º, n.º 2.

<sup>240</sup> A título de exemplo, considera-se desleal a recolha de informações quando os titulares dos dados não possam opor-se à sua recolha (Castro, 2005, p. 235).

<sup>241</sup> “O consentimento será livre quando seja dado sem qualquer pressão e quando possa ser retirado sem restrições ou oposição, e sem que o titular de dados sofra qualquer consequência” (Castro, 2005, p. 207).

<sup>242</sup> Vide art.º 7.º n.º 3.

O consentimento tem de ser dado livremente, para tal deve avaliar-se se a execução de um contrato está dependente do consentimento concedido para o tratamento de dados pessoais<sup>243,244</sup>.

O art.º 7.º do RGPD é alvo de críticas pelo seu carácter eminentemente abrangente e pela falta de sistematização do conteúdo do próprio artigo, já que este pretende resolver diversos problemas. Neste sentido, Menezes Cordeiro (2020, p. 168) assinala que “[o] conteúdo do art.º 7.º caracteriza-se, de resto, por uma notória falta de sistematização: os preceitos que compõem respondem a problemas diversos, embora que relacionados com o consentimento”.

Note-se que vários são os autores que criticam a técnica do consentimento, uma vez que o consideram uma ficção, uma falsa ideia de controlo na esfera jurídica do titular, afirmando, ainda, que pouco importa que o titular consinta formalmente, quando na esmagadora maioria das vezes não tem hipótese de não o fazer sem que ocorram riscos e que não o fazem de maneira consciente. Afirmando, desta monta, que o legislador parece considerar a imposição do consentimento não restringe o uso dos dados pessoais; pelo contrário, representa antes uma chave virtual para o acesso virtualmente limitado a um sem fim de informações<sup>245</sup>.

O consentimento, como bem percebemos, tem uma importância sem igual face aos tempos tecnológicos que enfrentamos. Desta forma, o RGPD deve acompanhar a complexidade e a importância devida. Note-se que o RGPD é bastante exigente nos seus requisitos, nomeadamente: i) o consentimento só é válido se for livre e específico<sup>246</sup>; ii) cabe ao responsável pelo tratamento de dados mostrar que o consentimento de dados foi dado validamente, iii) o titular pode retirar o seu consentimento a qualquer tempo; iv) o consentimento de menores de 13 anos está dependente de autorização dos titulares das responsabilidades parentais; v) o consentimento de dados sensíveis encontra-se sujeito a requisitos agravados; vi) a necessidade de obter o consentimento agrava, só por si, os deveres dos responsáveis parentais<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> Vide art.º7.º, n.º 4.

<sup>244</sup> Realça-se que as opções pré-formuladas e a omissão não constituem formas de consentimento.

<sup>245</sup> Neste sentido veja-se *Simitis e Koops apud* Menezes Cordeiro, 2020, pp. 168 e 169.

<sup>246</sup> A manifestação de vontade não será válida, se o titular não dispuser de uma escolha verdadeiramente livre ou se não poder recusar ou retirar o consentimento sem ser prejudicado, neste caso podemos falar na figura civilista da coação.

<sup>247</sup> Para um melhor esclarecimento Menezes Cordeiro (2020, pp. 170 e 171).

Cabe ainda fazer uma nota quanto ao consentimento, no que concerne ao tratamento de dados sensíveis. Note-se que, como enuncia o art.º 9.º do RGPD, nomeadamente, no n.º1, “[é] proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”.

No que tange ao conceito de dados sensíveis, já a Diretiva n.º 95/46/CE lhes conferia um tratamento especial, sendo enunciados como dados sensíveis aqueles que: “revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual”. No entanto, com o RGPD, existiu uma maior especificação do que é considerado como proibido. Note-se a utilização dos vocábulos “tratamento de dados genéticos” e “dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca” e ainda o reforço no que concerne à vida sexual, em que acrescentou “orientação sexual de uma pessoa”. Apenas será permitido e objeto de tratamento de dados relacionados com a saúde, desde que tal seja necessário para atingir os objetivos no interesse das pessoas singulares e da sociedade no seu todo (Ferreira, 2019, p. 36 e 37)<sup>248</sup>.

O princípio do consentimento constitui, desta forma, uma alteração e concretização em matéria de tratamento de dados pessoais. Note-se que, com o RGPD, as organizações são obrigadas a informar o titular de dados, para que fins se destinam a recolha dos seus dados e para tal deve ser consentido de forma gratuita, específica informada e mediante declaração de ato positivo inequívoco<sup>249</sup>.

Neste sentido, importa concluir com as notas mais importantes, no que concerne ao consentimento: i) o consentimento tem de ser fornecido para finalidades explícitas e concretas; ii) o RGPD não faz depender a validade de forma, quer isto dizer que pode ser dado consentimento oral ou verbalmente; iii) exige-se que a vontade seja inequívoca; iv) o silêncio não vale como consentimento.

---

<sup>248</sup> Vide art.º 9.º n.º2.

<sup>249</sup> Neste sentido atender ao GT 29 (2017, p. 17).

### 5.3.1. O consentimento para o tratamento de dados pessoais nas crianças

As crianças são merecedoras de uma proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que estão menos cientes dos riscos, consequências, garantias e direitos que lhes assistem no tratamento dos dados pessoais<sup>250</sup>. Fica patente através do considerando 38 do RGPD que o legislador pretendeu que existissem regras específicas quando esteja em causa o consentimento da criança.

Esta proteção específica refere-se, principal e nomeadamente, à utilização de dados pessoais das crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis na ótica do utilizador ou de personalidade, bem como à sua recolha para tratamento de dados quando os serviços disponibilizados digam respeito diretamente à criança<sup>251</sup>. Note-se que a utilização do vocábulo “nomeadamente” não se restringe às situações enumeradas, ou seja, não indica que se aplicam somente à limitação, comercialização ou definição de perfis, incluindo, para o efeito, a recolha de dados pessoais em relação às crianças.

Comparado com a Diretiva n.º 95/46/CE, o RGPD cria um nível de proteção autónomo quando os dados pessoais digam respeito a pessoas singulares vulneráveis, em especial as crianças<sup>252</sup>. O art.º 8.º do RGPD vem introduzir obrigações adicionais para assegurar um nível reforçado de proteção de dados no que diz respeito à sociedade da informação.

O art.º 8.º, n.º 1, refere que, quando for aplicável o consentimento, no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, o tratamento só será lícito na medida da idade, no caso, 16 anos. Se a criança, pelo contrário, ainda não tiver atingido essa idade, o tratamento só será lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares da responsabilidade parental. Menezes Cordeiro (2020, p.192) adverte ainda que este preceito “apenas dispõe sobre o consentimento relativo ao tratamento de dados pessoais”, assinalando que o “Direito contratual dos Estados-Membros nos termos do número 3, conserva toda a sua aplicabilidade, nomeadamente em relação à validade, formação ou aos efeitos do contrato na esfera jurídica do menor”.

---

<sup>250</sup> Vide considerando 38, primeira parte.

<sup>251</sup> Vide considerando 38.

<sup>252</sup> Trata-se de uma novidade no âmbito do RGPD, quando comparado com a Diretiva.

Convém, neste seguimento lógico, analisar o art.º 8.º, nomeadamente: i) o conceito de menor; ii) o conceito de serviços da sociedade da informação; iii) o papel fundamental dos titulares das responsabilidades parentais.

O conceito de menor não é estabelecido no Direito Europeu. No entanto, existem diretrizes que preenchem este conceito<sup>253</sup>. O próprio RGPD não define o que se entende como menor, pelo que resta aos intérpretes socorrerem-se de normas civilistas, de forma a ensaiarem um conceito de menor. Na legislação civilista portuguesa, a maioria é atingida aos 18 anos, conforme consta do art.º 122.º do CC.

O RGPD prevê, no entanto, a flexibilidade de regimes no que concerne aos próprios EM, os quais podem dispor nos seus ordenamentos a um limite inferior aos dezasseis anos, limitando a idade mínima para treze anos. No que concerne à legislação nacional, nomeadamente, através da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a idade que foi definida fixou-se nos treze anos.

Não podemos deixar de tecer os nossos comentários no que concerne à fixação da idade nos treze anos. Sublinhe-se que aos treze anos os menores não estão cientes do risco que enfrentam, nem mesmo qual a finalidade de recolha dos dados<sup>254</sup>. Como bem assinala Menezes Cordeiro (2020, p. 194), no plano da sistematização, “os dezasseis anos são utilizados, de forma reiterada, como a idade em que os menores atingem um grau de maturidade e de vontade consciente: é assim no Direito Civil, no Direito Penal e até no Direito da segurança dos dados”.

De realçar que o consentimento deve ser dado, sempre, de forma informada. Por outro lado, as informações deverão ser compreensíveis para o público alvo do responsável pelo tratamento, em especial quando se trata de pessoas particularmente vulneráveis, como as crianças. Para obtenção deste consentimento informado, as informações devem revestir-se de uma linguagem simples e clara, de forma a explicar à criança para que fins se recolhem os dados.

Refira-se, no entanto, que é critério delimitador de aplicação do art.º 8.º o preenchimento de condições, nomeadamente, o tratamento estar relacionado com a oferta direta de serviços da sociedade da informação a uma criança e o tratamento basear-se no

---

<sup>253</sup> A título de exemplo, destacamos a Diretiva 94/33/CE.

<sup>254</sup> Reiteramos a afirmação de Menezes Cordeiro (2020, p. 194), segundo o qual “[o] legislador decidiu colocar os menores numa situação de enorme fragilidade sem daí retirar, pelo menos que se vislumbrem, quaisquer vantagens sociais”.

consentimento<sup>255</sup>. Cremos que este critério delimitador se relaciona, de forma direta, com a preocupação direta e específica, no que concerne aos menores quanto às vulnerabilidades dos mesmos no espaço digital (Cordeiro, 2020, pp. 195 e 196).

A expressão “serviços da sociedade da informação” surge definido no art.º 4.º, n.º 25, que remete para a Diretiva 2015/1535 de 9 de setembro<sup>256</sup>. O conceito de “serviço” vem definido como qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual se um destinatário de serviços<sup>257</sup>. De forma a simplificar esta definição, o legislador acautelou uma lista indicativa, dos serviços não indicativos nesta definição no Anexo I da Diretiva n.º 2015/1535<sup>258</sup>. Cremos que a aposta pela negativa foi benéfica, quer pelo carácter eminentemente abrangente da expressão “serviços da sociedade da informação”, como pela dificuldade pela aposta positiva do que se considerariam serviços da sociedade da informação, uma vez que poderia suscitar mais problemas interpretativos<sup>259</sup>.

No que concerne à jurisprudência, o TJUE considerou como serviços da sociedade da informação abrangem contratos e outros serviços que sejam celebrados e transmitidos em linha<sup>260,261</sup>.

Cabe esclarecer que a inclusão da expressão “oferta direta às crianças” indicia que que este não se aplica a todos os casos de serviços da sociedade da informação, mas apenas aqueles em que os serviços prestados se definem como serviços da informação oferecidos diretamente a uma criança. Como aponta Menezes Cordeiro (2020, p. 199), “[o] critério elegido foi o da natureza da oferta e não o da natureza do serviço subjacente”.

---

<sup>255</sup> Seja este fornecido através do próprio titular de dados ou dos próprios titulares do poder parental.

<sup>256</sup> Como bem afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 197), a remissão para uma Diretiva de aplicação não imediata pode suscitar dúvidas interpretativas.

<sup>257</sup> Os conceitos de “à distância”; “por via eletrónica”; “mediante pedido individual de um destinatário de serviços” encontram-se definidos na Diretiva n.º 2015/1535, nomeadamente no seu art. 1.º, al. b)

<sup>258</sup> Esta lista já constava da Diretiva n.º 98/45/CE, de 29 de julho.

<sup>259</sup> Para o efeito, delimitou os serviços que não são prestados: à distância; por via eletrónica; mediante pedido individual de um destinatário de serviços.

<sup>260</sup> Ver Ac. do TJUE com o número de processo: C-108/09 disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0108&from=PT> consultado a 20/05/20.

<sup>261</sup> Não dispensa, no entanto, a Leitura da Diretiva 2000/31, nomeadamente no seu considerando 18 que dispõe que: “Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas. Tais actividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha. Não são abrangidas actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. [...] As actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação”.

Resta averiguar qual o critério delimitador para a consideração na determinação da oferta diretamente às crianças, para tal importa considerar a determinação do público alvo, qual a natureza dos dados recolhidos, a linguagem e a natureza dos serviços. Cremos que, numa lógica do próprio regime, quando surjam dúvidas quanto à aplicação do regime, o intérprete deverá salvaguardar e optar pela opção que melhor acautele os menores, ou seja, os mais vulneráveis (Cordeiro, 2020, p. 200).

Quanto ao requisito da idade, uma vez que existe um critério estabelecido no RGPD que se estende a todos os EM, passível de concretização por cada um, deve o responsável pelo tratamento de dados conhecer as diferentes regras nacionais e o público ao qual se destinam. Sendo, desta feita, que o responsável pelo tratamento de dados não pode invocar apenas o cumprimento do RGPD, onde tem o seu estabelecimento principal, mas necessita antes de cumprir o regime jurídico nacional de cada EM. Isto dependerá sempre se o EM escolhe utilizar o local de estabelecimento principal do responsável de dados pelo tratamento como ponto de referência no seu regime nacional ou ao invés, a residência do titular de dados.

A concretização a nível nacional do RGPD, no que concerne à idade do consentimento das crianças para tratamento de dados, consagra em si mesma, dificuldades na criação de um mercado único, onde o objetivo são as transações transfronteiriças. Repare-se que, por exemplo, os operadores sociais têm uma responsabilidade e dificuldade acrescidas no enquadramento das diferentes regras, neste âmbito. Note-se que os serviços não se encontram limitados, pela sua própria natureza, às fronteiras de cada Estado. Para tal, devem envidar esforços para o conhecimento de todas as legislações nacionais, o que é uma tarefa árdua. Daqui decorre a nossa crítica quanto ao estabelecimento de diferentes idades no que concerne ao consentimento fornecido pelas crianças mesmo com limite mínimo.

Quando prestem serviços da sociedade da informação às crianças com base no seu consentimento, os responsáveis pelo tratamento de dados têm o dever de verificar se o utilizador já ultrapassou a idade do consentimento. Caso a resposta seja afirmativa, o responsável pelo tratamento de dados deve promover esforços para comprovar a afirmação. Embora este esforço não conste do RGPD, cremos que implicitamente está presente, sob pena de a criança consentir sem ter idade suficiente e ser condição para considerar o tratamento de dados como ilícito. Caso não atinja essa idade, o mesmo necessita de obter autorização do titular da responsabilidade parental.

Deve o responsável pelo tratamento de dados determinar quais as medidas adequadas. Cremos, no entanto, sob o princípio da minimização de dados que devem seguir uma abordagem proporcionada, de forma à obtenção de uma quantidade limitada de informações<sup>262</sup>.

Como bem afirma Menezes Cordeiro (2020, p. 202), “Numa perspetiva mais prática, a bitola de esforço deve-se ter por violada se o responsável pelo tratamento se limitar a colocar um *ticking box* através da qual o menor confirme a autorização dos responsáveis pelos poderes parentais, ou simplesmente a página inicial indicar que o acesso se encontra vedado a quem tenha idade igual ou inferior a 13 anos” Sugere, ainda, este autor uma *double opt-in* através do qual é enviado um email para os responsáveis pelos poderes parentais. Tese que também nós aqui defendemos, em virtude de considerarmos que esta é uma eficaz forma de verificação e confirmação da validade e objeto do consentimento.

Realça-se que, em consonância com o previsto no considerando 38, o consentimento dado pelo responsável das responsabilidades parentais não é necessário no caso de serviços de prevenção ou aconselhamento oferecidos diretamente à criança.

## 6. A veiculação do tratamento ilícito de dados pessoais como prática comercial desleal na relação com as crianças

Neste ponto pretendemos abordar a conjugação entre o regime das práticas comerciais desleais e o RGPD e não promover uma análise exaustiva a nenhum dos dois institutos. Procura-se explorar uma relação que, à partida, não nos é sugerida como natural pelos reduzidos pontos de contacto.

Note-se que podem existir diversos tipos de ilicitude no tratamento de dados pessoais, no que concerne às crianças, que podem relevar enquanto prática comercial desleal.

---

<sup>262</sup> “O cumprimento da bitola de esforço é analisado casuisticamente à luz do sempre presente critério do declaratório normal, do princípio da proporcionalidade, atendendo aos demais Direitos e liberdades fundamentais invocáveis (...)” (Menezes cordeiro, 2020, p. 201).

Um dos motivos legitimadores para que o tratamento de dados possa ser efetuado licitamente é a necessidade de consentimento<sup>263</sup> do titular dos dados, através de qualquer manifestação de vontade, que tem de ser livre, específica, informada e inequívoca<sup>264</sup>, através do qual o titular dos dados aceita que os seus dados pessoais possam ser objeto de tratamento. Assim, o consentimento com as descritas condições deverá ser sempre a *conditio sine qua non* da licitude do tratamento.

Cabe esclarecer, no entanto, que a ilicitude no consentimento deficiente ou a inexistência do mesmo não se revela, *per se*, numa prática comercial desleal. Não obstante, conseguimos afirmar que se revela numa prática ilícita. A título de exemplo, se determinada empresa, com a qual um consumidor celebrou um contrato de consumo, contacta esse consumidor por *e-mail*, dando conta de um novo produto, sendo que o consumidor nunca consentiu na recolha das suas coordenadas eletrónicas, então estamos perante diversas violações legais.

Creemos que, numa linha ténue, a ilicitude no consentimento ou a sua inexistência pode revelar-se um meio para a propensão e preenchimento de uma prática comercial desleal, que encontra o seu fundamento e legitimidade nesse consentimento inexistente ou corrompido.

Para que se possa afirmar a ligação entre práticas comerciais desleais e a falta ou a deficiência do consentimento têm de existir dois momentos: a inexistência ou deficiência do consentimento e a prática comercial. Note-se que, se não existir uma prática comercial, a inexistência ou deficiência do consentimento serão tão só veículo de um tratamento ilícito, punível sob o regime geral da proteção de dados. Já se existir uma prática comercial que advém do consentimento deficiente ou da sua inexistência, afirmamos que se pode tratar de uma prática comercial desleal. Note-se que, sem esse acesso a dados pessoais recolhidos de forma ilícita, o mesmo dificilmente se consubstanciaria numa possível decisão de transação.

No cenário supramencionado, estão em causa as disposições legais do RGPD relacionadas com a licitude do tratamento de dados baseado no consentimento e ainda, neste caso específico, o disposto no art.º 13.º-A, n.º 3, da Lei nº 41/2004, de 18 de agosto (com o aditamento promovido pela Lei nº 46/2012, de 29 de agosto). Com efeito, este preceito é diretamente relacionável com o art.º 12.º, al. c), do RPCD, relativo às comunicações não solicitadas, uma vez que a *ratio* subjacente a ambos é manifestamente comum. Deste raciocínio rapidamente estabelecemos uma ponte lógica entre o próprio preceito do RPCD e

---

<sup>263</sup> Note-se que existem outros tipos de licitude do tratamento de dados pessoais, veja-se o art.º 6.º do RGPD.

<sup>264</sup> Abordado no ponto 5.3 da parte II da presente dissertação.

a preocupação do legislador em mencionar expressamente o cumprimento dos deveres legais relacionados com a legislação de proteção de dados pessoais, por sua vez expressamente espelhada naquele art.º 13.º-A, n.º3.

Explorando o conteúdo do citado n.º 3, percebemos que se pretende uma cobertura relativamente à lealdade do contacto promovido pelo agente económico, que apenas se torna legítimo caso a recolha das coordenadas eletrónicas se tenha verificado de harmonia com o estabelecido na legislação de proteção de dados.

Denote-se que estes preceitos protegem o consumidor de comunicações não solicitadas, num espírito de que essas solicitações, resultando de um tratamento de dados ilícito (por falta de consentimento), poderão comprometer/adulterar o seu comportamento económico.

Quanto ao nosso raciocínio, o que se pretende é demonstrar que a evolução tecnológica veio provocar verdadeiras mutações nas formas de contacto com o consumidor, relegando as comunicações não solicitadas para um segundo plano, face a outro tipo de sugestões virtuais que, não estando cobertas pelo disposto nos referidos arts. 13.º-A, n.º 3, ou art.º 12.º, al. c), por não se tratarem de verdadeiras solicitações, continuam a representar (talvez mais do que nunca) distorções no comportamento económico do consumidor quando sustentadas na violação das normas relativas ao tratamento de dados pessoais.

Temos perante nós uma lacuna formal por falta de acolhimento nos artigos que temos vindo a referir nestes últimos parágrafos, mas uma clara conexão na *ratio* subjacente. Tudo se torna mais flagrante atendendo à forma cada vez mais engenhosa e dissimulada com que o consentimento é “solicitado”, motivo pelo que qual nos referimos, não só à falta de consentimento, mas também ao consentimento deficiente, ou seja, o que em teoria corresponde aos preceitos estipulados no RGPD e na lei nacional de proteção de dados pessoais, mas na prática se vem revelando uma constante fraude à necessidade de o consentimento ser expresso e resultar de declaração inequívoca.

Neste sentido é importante trazer à colação a definição de «prática comercial» como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”, consagrada no art.º 3.º, al.d), do RPCD. Trata-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do

profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de Consumo e com estes relacionados<sup>265</sup>.

Assinale-se, no entanto, que, para a sua caracterização como desleal, a prática comercial tem de obedecer a alguns requisitos cumulativos, segundo a cláusula geral subsidiária, nomeadamente: i) a desconformidade com a diligência profissional e ii) a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor<sup>266</sup>.

No que concerne à distorção ou a suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor, esta vem definida no art.º 3.º, al. e), do RPCD como “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria de outro modo”. Cabe, portanto, esclarecer que segundo a lei a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor apenas acontece quando está em causa uma decisão de transação, que não teria tomado sem a influência do comportamento comercial do profissional<sup>267</sup>. Sem a ilicitude na recolha dos dados relativos às coordenadas eletrónicas, não existiria o contacto comercial direto, motivo pelo qual não se verificaria a decisão de transação por parte do consumidor, pelo que está verificado o requisito da distorção ou da suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor.

Cabe-nos, portanto, analisar o que se entende como decisão de transação. O art.º3.º, al. l), do RPCD define decisão de transação como “ a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor agir ou abster-se de agir”. Tal significa que, numa relação jurídica de consumo, a decisão de transação se baseia em dois vetores essenciais, por um lado, na apreensão de toda a informação que diz respeito ao bem ou à prestação do serviço, por outro, que se revele numa vontade livre e esclarecida baseada no primeiro vetor, que se revele, ou não, na celebração do negócio.

Chegados a esta fase e comprovado o requisito da distorção do comportamento económico, caberá apenas corroborar o requisito da (falta) de diligência profissional, sendo que bastará, para o efeito, a criação de uma situação de engano, contrária à diligência

---

<sup>265</sup> Conforme Menezes Leitão (s.d., p.425) disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf> consultado a 23/03/20.

<sup>266</sup> Abordado no ponto 3.4.3. da parte I da dissertação

<sup>267</sup> Afirmamos no âmbito da presente dissertação que a decisão de transação não se consubstancia na decisão de compra, mas antes numa decisão que não teria tomado, se não existisse a influência por parte do profissional.

profissional que se caracterizará simultaneamente como falta de diligência profissional e causa de distorção substancial do comportamento económico do consumidor.

Cabe neste seguimento lógico a caracterização de «diligência profissional», que vem definida no art.º 3.º, al. *h*), como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade profissional”. Neste sentido, bastará a utilização dos dados com base num consentimento deficiente ou inexistente, como prática desonesta, para a caracterização de uma prática comercial como desleal e, obviamente, contrária à diligência profissional.

Se as sanções previstas no RGPD e na Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, pretendem proteger a identidade do utilizador, devemos ainda considerar este tipo de práticas aparentemente leais e regulares como contrárias à diligência profissional e suscetíveis de distorcer o comportamento económico do consumidor e, como tal, enquadráveis na cláusula geral subsidiária do RPCD e, conseqüentemente, conduzir à anulabilidade do contrato (art.º 14.º).

O tema que nos propusemos a analisar foca-se nas crianças e, bem assim, com o seu comportamento no seio da sociedade da informação. Como vimos, embora a evolução tecnológica e a sociedade de informação acarretem enormes e inúmeras vantagens como demonstrámos supra, também se consubstanciam num meio de propensão de *spam* e de recolha ilícita de dados, que podem revelar-se, em última análise, numa prática comercial desleal, em especial agressiva.

Note-se que as crianças como sujeitos particularmente vulneráveis não têm a mesma capacidade de compreensão das intenções que subjazem às mensagens publicitárias quando não requeridas ou mesmo quando o são a maioria das vezes não são compreendidas.

No caso das crianças, a veiculação do tratamento de dados, em especial na inexistência ou deficiente consentimento, revela-se mais gravosa do que nos demais casos.

No caso das crianças, no entanto, não nos regemos pela cláusula geral a fim de caracterizar estes dois momentos como potencializadores da prática comercial desleal, mas antes pelo art.º 6.º, al. *a*), do RPCD. São desleais em especial “[a]s práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção”. Neste sentido, conseguimos retirar três requisitos

cumulativos: que a prática comercial se destine a consumidores particularmente vulneráveis que distorça ou seja suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor; e ainda que o profissional pudesse razoavelmente prever que a conduta era suscetível de tal distorção.

Cabe, portanto, esclarecer que a veiculação do tratamento ilícito de dados pessoais como prática comercial desleal na relação com as crianças segue exatamente os mesmos contornos que fornecemos para os consumidores não vulneráveis.

No caso das crianças, as diferenças consubstanciam-se apenas na identificação das mesmas como consumidores particularmente vulneráveis e a previsão, por parte do profissional, que a sua conduta seria suscetível de provocar essa distorção. Como afirmamos no âmbito da presente dissertação, a expectativa razoável, revela-se utópica, veja-se que o critério subjetivo – consumidores particularmente vulneráveis – devia revestir-se de um carácter simplificado, ao invés este critério revela-se impraticável.

## *Conclusão*

Encerramos a presente dissertação com o desejo de esclarecer e tecer as nossas considerações quanto ao trabalho realizado. Este é justamente o ponto que nos permite converter a presente dissertação em notas conclusivas.

Em primeiro lugar, cabe refletir sobre a temática que nos propusemos tratar, quer por se revelar um tema bastante atual, quer pela tutela da figura do consumidor estar cada vez mais desprotegida face às modernas técnicas de contratação a que é exposto.

Vimos nas práticas comerciais desleais e no regime da proteção de dados uma simbiose que nos lança desafios constantes e atuais, quer pela tutela singular do consumidor e titular de dados, quer pela dificuldade no relacionamento dos regimes jurídicos. Esta reflexão permitiu-nos compreender que em alguns pontos se tocam, seguindo a linha teleológica comum.

Cabe, portanto, uma análise da figura do consumidor, em primeiro lugar, tendo em conta a estrutura arquitetónica da presente dissertação, abordando o consumidor à luz da LDC, em virtude de não se conhecer, até então, uma codificação universal de tal conceito, revelando-se assim um conceito base.

Importa, também, acrescentar que a figura do consumidor difere tendo em conta o âmbito subjetivo do diploma tratado. Pretendemos, contudo, uma análise completa da figura do consumidor no âmbito das práticas comerciais desleais. Esta figura do consumidor não foi sempre tutelada pelo Direito, razão pela qual foi necessária uma análise legislativa e evolutiva, que se revela de extrema importância atendendo a que todos somos consumidores.

Quanto ao regime nacional das práticas comerciais desleais, destacamos que o seu enquadramento sistemático é especialmente relevante quanto à sua visão tripartida que assenta nos vetores de aferição geral, aferição especial e aferição especial em qualquer circunstância.

Desta forma, resulta da análise da figura da prática comercial desleal, a necessidade de verificação de quatro requisitos fundamentais: tratar-se de uma relação jurídica de consumo; verificação da existência de uma prática comercial; violação da diligência

profissional; a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico, de maneira substancial, do consumidor.

Debruçamo-nos também sobre o conceito de consumidor médio, pela natural relevância que assume no âmbito da aferição da prática comercial como desleal, mas também pelo desvio que representam as crianças, enquanto consumidores particularmente vulneráveis.

Para o efeito, o conceito de consumidor médio é, até então, um conceito de difícil concretização, não sendo definido nem na Diretiva, nem no RPCD, impondo antes aos tribunais nacionais a aplicação ao caso concreto e a noção de consumidor com referência à noção do TJUE, que serve de peso e medida à aferição da suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor, que se revela com referência a um consumidor médio.

Note-se que a nossa crítica reside no sentido de verificação da distorção do comportamento económico se averiguar não quanto ao destinatário final, mas antes quanto ao consumidor médio, revelando-se, na nossa opinião, um modelo artificial, de abstração quase impossível, em virtude da avaliação hipotética de um consumidor médio colocado naquela posição exata, o que nunca redundará na realidade. Neste sentido, cremos que se beneficiaria numa posição proporcionalista, pela clara desconsideração da singularidade de cada um.

Por se considerar o epicentro de toda a dissertação, analisamos as práticas comerciais desleais em especial, na qual a figura da criança, enquanto consumidora particularmente vulnerável. Tanto na Diretiva como no RPCD os consumidores particularmente vulneráveis são elencados taxativamente, considerando a sua especial fragilidade e vulnerabilidade cognitiva. Na Diretiva a menção a consumidores particularmente vulneráveis é inserida no âmbito da cláusula geral através do art. 5.º, n.º 3, já na lei nacional a mesma é incluída no âmbito das práticas comerciais desleais em especial, através do art. 6.º, al *a*).

Residindo a nossa discórdia na integração dos consumidores particularmente vulneráveis nas práticas comerciais desleais em especial, em virtude de entendermos não se tratar de um novo método de aferição quanto à deslealdade em causa, mas antes um novo âmbito subjetivo das práticas comerciais desleais, de forma a determinar qual o consumidor de referência que deve ser considerado. Cremos que cria, desta forma, uma exceção quanto à referência a um consumidor médio.

Neste sentido, propugnamos a integração dos consumidores particularmente vulneráveis num ponto autónomo, uma vez que não optaríamos pela inclusão dos consumidores particularmente vulneráveis na cláusula geral (como se afigura da Diretiva), uma vez que traria a errónea interpretação de que os requisitos aí presentes também teriam de ser preenchidos.

Vimos nas práticas comerciais desleais – influenciadas, cada vez mais, pela era tecnológica – um desafio crescente e urgente, ao mesmo tempo, que vimos no regime da proteção de dados a conjugação perfeita. A transformação digital está a mudar radicalmente a vida dos consumidores, proporcionando-lhe mais oportunidades, ao passo que dificulta a salvaguarda dos seus interesses. A recolha e o tratamento de dados, combinados com a análise da figura jurídica do consumidor, principalmente, as crianças, lançam-nos desafios diários, especialmente por não existir um diploma normativo, que abranja os dois institutos.

É necessário, neste sentido, combater as práticas comerciais que não respeitam o direito dos consumidores a fazer uma escolha informada e livre, baseada muitas vezes no consentimento corrompido, que, poucas vezes, se traduz numa manifestação de vontade inequívoca.

A questão central na segunda parte do presente estudo baseia-se nos perigos, a que se expõem as crianças no âmbito digital. Em virtude de se revelar cada vez mais frequente o uso das novas tecnologias da informação, pelos menores, podemos abraçar uma visão assente em dois vetores: a criança enquanto consumidora direta; a criança enquanto influenciadora da decisão de consumo.

Abordámos desta forma quer o RGPD, quer a lei nacional, bastante recente, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. O objetivo do Regulamento pauta-se pela elevação do nível de proteção no concerne aos direitos e liberdade das pessoas singulares, de forma a que estes sejam uniformes em toda a UE.

Destaque-se a necessidade de compreensão dos motivos legitimadores da licitude do tratamento de dados pessoais, bem como os princípios associados. Uma das causas, para que se considere que o tratamento de dados possa ser efetuado de forma lícita, é a manifestação do seu consentimento, através de qualquer manifestação de vontade, que tem de ser livre, específica, informada e inequívoca, conforme consta do art.º 4.º, n.º 11, do RGPD. Ainda que as condições do consentimento estejam preenchidas, será sempre necessário o recurso aos princípios constantes do RGPD, a saber: licitude, lealdade e transparência; limitação das

finalidades; minimização de dados; exatidão; limitação da conservação; integridade e confidencialidade; responsabilidade.

No âmbito da presente dissertação, destacamos o consentimento em virtude de ser o veículo principal no que subjaz ao tratamento de dados pelas crianças, nomeadamente através dos serviços da sociedade da informação. As condições aplicáveis ao consentimento resultam do disposto no art. 7.º, que estabelece as condições para a validação do tratamento de dados pessoais. Desta forma, o art. 4.º, n.º 11, encontra-se positivado no art. 7.º, ambos do RGPD. Este último é alvo de críticas, pelo seu carácter abrangente e pela notória falta de sistematização.

A crítica mais relevante, no que concerne ao consentimento, centra-se na falsa ideia de controlo na esfera jurídica do titular, uma vez que o consideram uma ficção em virtude de, na esmagadora maioria das vezes, os titulares não terem uma verdadeira opção.

O conceito de menor não é estabelecido no Direito Europeu, atendendo a que o RGPD também não o define, socorremo-nos de normas civilistas, sendo menor todo aquele que não tiver feito a idade de 18 anos. Esta ausência de concretização quanto ao conceito de menor levou o legislador Europeu, no âmbito do RGPD, a atribuir aos legisladores nacionais uma flexibilidade de regulação quanto ao consentimento dos menores.

Neste sentido, verificamos a possibilidade de concretização e especificação estatuída no art. 8.º do RGPD, que prevê a flexibilidade de regimes no que concerne aos próprios EM, os quais podem dispor nos seus ordenamentos jurídicos a um limite inferior aos dezasseis anos, limitando a idade mínima a treze anos. No que concerne à legislação nacional, nomeadamente, através da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a idade que foi definida fixou-se nos treze anos. Não deixamos de tecer as nossas considerações e críticas, por considerarmos que aos treze anos os menores não estão cientes do risco que enfrentam, nem mesmo qual a finalidade de recolha dos dados.

Tivemos ainda a pretensão de demonstrar que a prática comercial que se revele em virtude de um consentimento inexistente ou corrompido pode relevar enquanto prática comercial desleal, em especial, na relação com as crianças. Note-se que, sem esse acesso a dados pessoais recolhidos de forma ilícita, o mesmo dificilmente se consubstanciaria numa possível decisão de transação.

Denotamos, por viés, que o consumidor se encontra protegido, ao abrigo do regime das práticas comerciais desleais, quando existem comunicações não solicitadas, através da

Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (com o aditamento promovido pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto), nomeadamente no âmbito do seu art. 13.º- A. Com efeito, deste preceito conseguimos depreender que existe uma coerência lógica entre o próprio RGPD através do art. 12.º, al. c), e a Lei n.º 41/2004. O n.º 3 do art.º 13.º-A deste último diploma faz uma referência expressa ao RGPD, que permite a lealdade do contacto, que se tenha verificado mediante o estabelecido na legislação de proteção de dados pessoais. Estes preceitos protegem o consumidor, quando as comunicações não são solicitadas. No entanto, o que procurámos demonstrar aqui é que, face às novas tecnologias da informação e por consequência de contratação, as comunicações não solicitadas deixaram de ser tão usuais. Por contrapartida, outros tipos de sugestões virtuais, que não se encontram legisladas, por não se considerarem verdadeiras comunicações não solicitadas, mas que, ainda assim marcam fortemente o mercado digital atual, devem ser alvo de escrutínio sob pena de representarem meios impunes de distorção do comportamento económico do consumidor, quando sustentadas na violação das normas relativas à proteção de dados. Assim, estamos, perante uma ineficaz cobertura legal quando confrontados com uma recolha ilícita do tratamento de dados pessoais, pois não colhe a proteção do regime das comunicações não solicitadas.

Tenhamos em devida conta que o mercado digital, ao exigir uma capacidade de adaptação sem precedentes aos agentes económicos, conduz a uma banalização de comportamentos censuráveis no que ao escrupuloso cumprimento das disposições legais diz respeito. Assim é, como debatemos ao longo da presente dissertação, com o consentimento, em especial, das crianças, algo que apesar de punível à luz das normas de proteção de dados pessoais, se agudiza, se atentarmos nas implicações do comportamento económico do consumidor. A posição das crianças, como sujeitos particularmente vulneráveis, exige-nos repensar a articulação entre os regimes vigentes, no sentido de permitir a censura efetivamente protetora da pessoa do consumidor e dos seus interesses económicos.

# Bibliografia

Almeida, C. (1982). *Os Direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina

Almeida, C. (2005). *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina

Almeida, C. (2016). O futuro do Direito do Consumo. In: J. Morais Carvalho (Org.) *I congresso de Direito do Consumo*, pp. 27-34.

Almeida, S. (2014). A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet. In Frota, M. (Org.) *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo - N.º 14 2014, vol. IV I Trimestral*, pp. 149-176.

Alves, M. (2011). *Marketing Infantil: um estudo sobre a influência da publicidade televisiva nas crianças*. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade de Coimbra.

Andrade de Jesus, I. (2012). *O Novo regime Jurídico de Proteção de Dados Pessoais na Europa*. Consultado em 05 de abril de 2020. Disponível em

<https://www.fd.unl.pt/Anexos/7039.pdf>

Barros, J. (2017). *Os contratos de Consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. Lisboa: AAFDL

Calvão, F. (2018). *Direito da proteção de dados pessoais- Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*: Porto: Universidade Católica Editora

Carvalho, J. (2012). *Os contratos de Consumo Reflexão sobre a autonomia Privada no Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina

Castro, C. (2005). *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina

Cardoso, E. (2014). *As práticas comerciais Desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?* (Tese de Doutoramento não publicada). Universidade autónoma de Lisboa.

Carvalho, M e Lopes, P. (2019). *Da privacidade à Proteção de Dados*. Universidade de Coimbra. Consultado em 27 de maio de 2020. Disponível em

[Da Privacidade à Proteção de Dados - Informação Administrativa e Proteção de Dados - Universidade de Coimbra \(uc.pt\)](#)

Conselho da Europa (2015). *Manual de legislação europeia sobre os direitos da criança*. Consultado em 22 de abril de 2020. Disponível em

[Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança \(europa.eu\)](#)

Conselho da Europa (2020). *Nova Agenda do Consumidor*. Consultado em 20 de novembro de 2020. Disponível em

[Nova Agenda do Consumidor da UE](#)

Conselho da Europa (2014). *Manual da legislação Europeia sobre proteção de dados*. Consultado em 04 de abril de 2020. Disponível em

[Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados \(cnpd.pt\)](#)

Engrácia Antunes, J. (2019). *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina

Falcão, D. (2019). *Lições de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina

Ferreira, C. (2019). A Monitorização do Trabalhador e o RGPD. (Dissertação de Mestrado não publicada). Instituto Politécnico de Leiria

Frota, M. (2003). *Política de consumidores na União Europeia*. Coimbra: Almedina

Garcia, S. (2014). As práticas comerciais desleais: Uma visita Guiada pelo Regime Português. (Dissertação de Mestrado não publicada). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Gaudêncio, A. (2015). Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: proteção contratual dos consumidores nos direitos da União Europeia, Portugal e Brasil. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade de Coimbra.

Grave, A. (2015). Desconformidade como alteração da vontade na venda de Bens de Consumo. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade do Minho.

Grupo de Trabalho do Artigo 29.º. (2017). Consultado em 15 de fevereiro de 2020. Disponível em [wp259rev0.1\\_PT.pdf \(cnpd.pt\)](#)

Kruger, M. (2011). O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais. In J. L. Freitas, R. P. Duarte, A. Cristas, V. P. Neves & M. T. Almeida (Orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* Vol. I, pp. 521-548.

Martins, A. (2008). A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais no espaço de liberdade, segurança e justiça. In A. Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos, P. Costa e Silva (Orgs) *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*, pp. 521-550.

Menezes Leitão, A. (2012). As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. In Frota, M. (Org.) *A causa dos Direitos dos Consumidores*, pp.369-386.

Menezes Cordeiro, A., & Pais de Vasconcelos, P., & Silva, P (Orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol I 2008*, pp.549- 567

Menezes Leitão, L. (2016). *A revisão do regime das práticas comerciais desleais*. In J. Morais Carvalho (Org.) *I congresso de Direito do Consumo*, pp 73-94.

Menezes Leitão, L. (s.d.). *As práticas comerciais desleais nas relações de Consumo*, consultado em 27-01-2020. Disponível em

<https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>

Menezes Leitão, A. (2011). Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de Direitos industriais?. In J. L. Freitas, R. P. Duarte, A. Cristas, V. P. Neves & M. T. Almeida (Orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* Vol. I, pp. 549 568.

Menezes Cordeiro, A. (2020). *Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina

Morais Carvalho, J. (2017). *Manual de Direito do Consumo* (4ª ed.). Coimbra: Almedina

Moreira, T. (2018). O impacto do Regulamento geral de proteção de dados nas organizações: Um novo Paradigma. (Dissertação de Mestrado não publicada). Instituto Politécnico de Coimbra.

Pais Vasconcelos, P. (2019). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina

Passinhas, S. (2017). *Estudos do Direito do Consumo, Actas do Colóquio*, pp. 93-141. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Pegado Liz, J. (2014). O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE: Presente e Futuro. In Frota, M. (Org.) *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo - N.º 14 2014, vol. IV I Trimestral*, pp. 83-120.

Pires, L. (2014). Direito à privacidade no âmbito da Sociedade da Informação: reflexões em torno da questão nos inícios do século XXI. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade de Coimbra

Ramos, A. (2016). O princípio da administração aberta vs o princípio da proteção dos dados pessoais. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade de Lisboa.

Regente, D. (2015). A proteção de dados pessoais e privacidade do utilizador no âmbito das comunicações eletrónicas. (Tese de Mestrado não publicada) Universidade Autónoma de Lisboa.

Ribeiro, D. (2016). Práticas Comerciais Desleais- Interesses Protegidos. (Dissertação de Mestrado não publicada). Universidade do Minho, Braga.

Soares, A. (2018). Práticas Comerciais Desleais: a Falsa Alegação que o Bem ou Serviço é Capaz de Curar Doenças, Disfunções e Malformações. (Tese de Mestrado não publicada) Universidade Portucalense.

Soveral Martins, A. (2008). A transposição da directiva sobre as práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE). In J. L. Freitas, R. P. Duarte, A. Cristas, V. P. Neves & M. T. Almeida (Orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* Vol. I, pp. 569-586.

# Jurisprudência

Ac. do TJUE de 06 de julho de 1995 com o número de processo: C-470/93

Ac. do TJUE de 16 de julho de 1998, com o número de processo: C- 210/96

Ac. do TJUE de 29 de outubro de 1998, com o número de processo:C-342/97

Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de abril de 2000, com o número de processo: C-465/98

Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24 de outubro de 2002, com o número de processo: C-99/01

Ac. do STJ de 14 de junho de 2005, com o número de processo: 05A945

Ac. do TRL de 15 de março de 2007, com o número de processo:10344/2006-6

Ac. do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 05 de maio de 2009, com o número de processo: 449/07.

Ac. do STJ datado de 19 de junho de 2014, com o número de processo: 7002/11.0TBOER.L1-8

Ac. do STJ de 03 de outubro de 2017, com o número de processo: 212/11.1T2AVR-B.P1.S1

Ac. do TRL de 08 de novembro de 2017, com o número de processo: 1199/16.0Y5LSB-3

Ac. do STJ de 13 de julho de 2017, com o número de processo: 1594/14.9TJVNF.2.G1.S2