

COLEÇÃO
teses

ISBN 978-972-40-6842-8



9 789724 068428

GRUPOALMEDINA

Ana Clara Azevedo de Amorim
A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado

ALMEDINA

Ana Clara Azevedo de Amorim

A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado

A PROPÓSITO DO ILÍCITO PUBLICITÁRIO

teses


ALMEDINA

ÍNDICE

Modo de citar.....	15
Abreviaturas	17
INTRODUÇÃO.....	19

Parte I

Concorrência Desleal e Práticas Comerciais Desleais: Evolução e Aproximação ao Ilícito Publicitário

Capítulo I – Concorrência Desleal.....	23
1. A Concorrência Desleal no contexto da protecção dos agentes económicos.....	23
1.1. Orígem e finalidades da Concorrência Desleal	23
1.1.1. Como instrumento da tutela de interesses profissionais	23
1.1.2. A transição para o modelo social no direito comparado.....	29
1.2. Uma Disciplina dos Comportamentos de Mercado?.....	32
1.2.1. Concorrência Desleal e Propriedade Industrial	33
1.2.2. Concorrência Desleal e Defesa da Concorrência	40
2. Elementos para uma (re)interpretação da cláusula geral.....	48
2.1. Âmbitos de aplicação	49
2.1.1. Âmbito de aplicação objectivo: “acto de concorrência”	49
2.1.1.1. Relação de concorrência e desvio de clientela.....	49
2.1.1.2. Acto de intervenção no mercado	53
2.1.2. Âmbito de aplicação subjectivo: exercício de uma “actividade económica”	61
2.2. Critérios normativos	63
2.2.1. A remissão para as “normas e usos honestos”	63

2.2.2. O contributo do princípio da prestação	68
3. Mecanismos de tutela contra a Concorrência Desleal	71
3.1. Sistemas de tutela e interesses protegidos	71
3.2. Mecanismos de natureza jusprivatista	75
3.2.1. Prevenção e repressão de actos desleais	75
3.2.2. Ressarcimento de danos	78
4. Síntese	82

Capítulo II – Práticas Comerciais Desleais.....85

1. As Práticas Comerciais Desleais no contexto da protecção dos agentes económicos	85
1.1. Ordenamento jurídico comunitário	85
1.1.1. Evolução e fundamentos da regulação das Práticas Comerciais Desleais.....	87
1.1.2. Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais	90
1.2. Uma Disciplina dos Comportamentos de Mercado?	98
1.2.1. Práticas Comerciais Desleais e Direito do Consumidor.....	100
1.2.2. Práticas Comerciais Desleais e Concorrência Desleal – remissão	104
2. Elementos para uma interpretação da cláusula geral.....	105
2.1. Âmbitos de aplicação	105
2.1.1. Âmbito de aplicação objectivo: “prática comercial”	105
2.1.2. Âmbito de aplicação subjectivo.....	108
2.1.2.1. Relações entre profissionais e consumidores.....	108
2.1.2.2. Carácter económico dos interesses afectados	115
2.2. Critérios normativos	117
2.2.1. Conceito de “diligência profissional”	117
2.2.1.1. Critério corporativo: prática honesta de mercado	119
2.2.1.2. Critério objectivo: princípio geral de boa fé	120
2.2.2. Papel dos Códigos de Conduta	125
2.3. Cláusula de relevância	128
2.3.1. Distorção substancial do comportamento económico.....	129
2.3.2. Consumidor médio e consumidores particularmente vulneráveis.....	133
2.3.2.1. O consumidor médio como parâmetro de aferição	133
2.3.2.2. Os consumidores particularmente vulneráveis.....	140
3. Mecanismos de tutela contra as Práticas Comerciais Desleais	145
3.1. Problemas suscitados pelo comércio transfronteiriço.....	145
3.2. Sistemas de tutela e interesses protegidos.....	148
3.2.1. Mecanismos sancionatórios	153
3.2.2. Autodisciplina.....	157
4. Síntese	160

Capítulo III – Ilícito Publicitário	163
1. Enquadramento.....	163
1.1. Conceito(s) jurídico(s) de publicidade.....	163
1.2. Perspectiva constitucional: a liberdade publicitária	174
1.2.1. Fundamentos axiológicos do direito do anunciante	174
1.2.2. Restrições legais e princípio da proporcionalidade.....	179
1.3. Princípios gerais da publicidade.....	184
1.3.1. Princípio da licitude.....	184
1.3.2. Princípio da veracidade em sentido amplo	187
1.3.2.1. Princípio da identificabilidade.....	187
1.3.2.2. Princípio da clareza publicitária	190
1.3.2.3. Princípio da veracidade em sentido estrito	196
1.3.3. Princípio da lealdade: abandono ou redimensionamento?	199
2. Actos típicos de ilícito publicitário desleal	203
2.1. Tutela dos interesses dos concorrentes	203
2.1.1. Publicidade confusória.....	203
2.1.2. Publicidade denegritória.....	209
2.1.3. Publicidade parasitária	213
2.2. Tutela dos interesses dos consumidores	220
2.2.1. Engano relativo ao conteúdo da mensagem publicitária.....	220
2.2.1.1. Publicidade enganosa por acção	223
2.2.1.2. Publicidade enganosa por omissão.....	232
2.2.1.3. Publicidade comparativa	239
2.2.2. Engano relativo à forma da mensagem publicitária	250
2.2.3. Práticas comerciais agressivas	257
2.2.3.1. Regime geral	257
2.2.3.2. Casos especiais	263
2.2.3.2.1. Publicidade domiciliária e comunicações comerciais à distância ...	263
2.2.3.2.2. Fornecimento não solicitado	269
3. Especificidades da tutela contra o ilícito publicitário desleal.....	271
3.1. Relevância contratual.....	271
3.2. Mecanismos sancionatórios.....	275
3.2.1. Criminalização do engano publicitário no direito comparado	275
3.2.2. Natureza contra-ordenacional da tutela no sistema português	279
3.3. As designadas “medidas cautelares”	281
4. Síntese	283

Parte II
Um Modelo Integrado de Tutela da Lealdade
nas Relações de Mercado

1. A tutela da lealdade como mecanismo historicamente justificado	287
1.1. Adopção de uma perspectiva comportamental jusprivatista	287
1.1.1. Concorrência Desleal.....	288
1.1.2. Práticas Comerciais Desleais	295
1.1.2.1. Publicidade Enganosa.....	295
1.1.2.2. Vendas Agressivas	302
1.2. A classificação dos actos desleais segundo o critério da titularidade dos interesses ...	308
1.3. Recusa da autonomia da dimensão juspublicista no ordenamento jurídico nacional...	316
2. A cláusula geral no contexto do carácter valorativo da tutela da lealdade	322
2.1. Natureza estruturante da(s) cláusula(s) geral(ais)	322
2.2. Âmbitos de aplicação da tutela da lealdade	330
2.2.1. Relevância da comunicação comercial.....	330
2.2.2. Delimitação a partir do conceito de relações de mercado	340
2.2.2.1. Âmbito de aplicação objectivo	340
2.2.2.2. Âmbito de aplicação subjectivo	344
2.3. Critérios normativos e mecanismos sancionatórios: o papel do mercado	350
2.3.1. Superação da abordagem corporativa	354
2.3.1.1. A contrariedade às “normas” no art. 317.º do CPI	356
2.3.1.2. A desconformidade com a “diligência profissional” no art. 5.º do DL PCD...	361
2.3.1.3. O recurso ao princípio da adequação social.....	366
2.3.1.3.1. Exagero publicitário	369
2.3.1.3.2. Outras manifestações	378
2.3.2. Mecanismos sancionatórios.....	380
2.4. Confronto com um enunciado positivo da(s) cláusula(s) geral(ais)	384
3. Um sentido actual para a dogmática dos actos desleais típicos	389
3.1. Racionalidade das decisões económicas e liberdade de escolha	389
3.1.1. A centralidade dos actos enganosos no regime jurídico vigente	392
3.1.1.1. Argumentos de natureza técnica ou funcional na publicidade de massas ...	392
3.1.1.2. O direito à informação como fundamento: a obrigação de transparência....	396
3.1.2. A protecção da esfera privada na tutela da lealdade	400
3.2. Uma mudança de paradigma nas relações com consumidores	405
3.2.1. Gestão estratégica de marketing.....	405
3.2.1.1. Posicionamento emocional e simbólico	407
3.2.1.1.1. Redefinição de publicidade	411
3.2.1.1.2. Carácter residual do princípio da veracidade em sentido estrito	417
3.2.1.1.3. Liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial.....	420
3.2.1.2. Segmentação e consumidor relativamente médio	423

3.2.2. Terciarização da economia e perspectiva de fidelização.....	426
3.2.2.1. A confiança como eixo dos relacionamentos de longo prazo	430
3.2.2.2. Individualização da comunicação comercial e consumidor concreto...	433
3.2.3. Emergência da comunicação de marca	438
3.2.3.1. A protecção dos recursos intangíveis – o caso da reputação económica	443
3.2.3.2. Transição para a prevalência do princípio da identificabilidade	451
3.3. Aproximação estrutural das relações entre profissionais: unidade subjectiva.....	457
3.4. A natureza dos interesses como critério complementar	465
4. A instrumentalização da pessoa a finalidades comerciais como fundamento da deslealdade.....	469
4.1. As relações de mercado na Sociedade da Informação.....	469
4.1.1. A redistribuição do poder de mercado e a iniciativa dos consumidores	470
4.1.2. Ainda a propósito do parâmetro de aferição	475
4.1.2.1. Uma nova mediania	475
4.1.2.2. Novos casos de particular vulnerabilidade	478
4.2. Actos desleais atípicos.....	483
4.2.1. Problemas suscitados pela personalização da comunicação comercial na era digital.....	483
4.2.1.1. Regime jurídico da protecção de dados pessoais	488
4.2.1.2. Enquadramento na tutela da lealdade.....	494
4.2.1.2.1. O recurso à cláusula geral e os interesses em confronto.....	497
4.2.1.2.2. As práticas comerciais agressivas como antecedente – unidade axiológica	503
4.2.2. A violação de outros direitos fundamentais	510
CONCLUSÃO.....	519
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	527