



A. BARRETO MENEZES CORDEIRO
Professor Associado da FDUL. Investigador do CIDP.
Sócio da Menezes Cordeiro

O conceito de influência indevida enquanto prática comercial agressiva*

The concept of undue influence as an aggressive commercial practice

RESUMO: No presente estudo, procede-se a uma análise à influência indevida, enquanto prática comercial agressiva regulada pelo Decreto-Lei n.º 57/2008. Após analisar a definição legal constante do artigo 3.º, j) do Decreto-Lei n.º 57/2008 e os correspondentes trabalhos preparatórios europeus, procede-se à investigação dos seus elementos constitutivos. Realizado esta análise, conclui-se o estudo procedendo a uma distinção entre as duas modalidades de influência indevida.

Palavras-chave: (i) influência indevida; (ii) práticas comerciais agressivas; (iii) práticas comerciais desleais

ABSTRACT: This study analyses undue influence as an aggressive commercial practice regulated by Decree-Law 57/2008. After analysing the legal definition contained in article 3, j) of Decree-Law 57/2008 and the corresponding European preparatory work, we proceed to investigate its key elements. In the final part of the study, a distinction is made between the two types of undue influence.

* O presente estudo foi elaborado tendo em vista integrar um Livro de Homenagem ao Professor Fábio Ulhoa Coelho, onde se encontra publicado.

Keywords: (i) undue influence; (ii) aggressive commercial practices; (iii) unfair commercial practices

SUMÁRIO: 1. Definição e enquadramento; 2. Evolução histórica e trabalhos preparatórios; 3. Interpretação e elementos; 4. Posição de poder; 5. Pressão; 6. Limitar significativamente; 7. Concretização e situações típicas

1. Definição e enquadramento

I. Por influência indevida entende-se, nos termos do disposto no artigo 3.º, j) do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março¹ – corresponde integralmente ao conteúdo do artigo 2.º/1 da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio²:

[A] utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida.

Trata-se, nos termos do disposto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008³, de uma prática comercial agressiva, ao lado do assédio e da coação. Curiosamente, o legislador europeu apenas sentiu necessidade de positivar a definição de influência indevida. Não consta do texto da Diretiva 2005/29/CE e dos considerandos que a acompanham qualquer conceitualização, mesmo que parcelar, de assédio e de coação.

¹ Estabelece o regime 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, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno. Alterado, por último, pela Lei n.º 10/2023, de 3 de março.

² Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»).

³ Corresponde ao artigo 8.º da Diretiva n.º 2005/29/CE.

Alguma doutrina defende a atribuição à expressão influência indevida de uma aceção ampla, de forma a abranger as três categorias de práticas comerciais agressivas: (i) influência indevida, em sentido estrito; (ii) coação; e (iii) assédio⁴. Temos dúvidas quanto ao mérito desta solução, principalmente entre nós, em face da generalizada não utilização da expressão com este sentido.

II. A prática comercial agressiva de influência indevida assume, em resultado da sua definição legal, um campo de aplicação particularmente amplo, na medida em que abrange todas as atuações que não sejam passíveis de ser reconduzidas ao universo da coação ou do assédio⁵. Evidencia, nestes termos, uma grande potencialidade prática, na resolução de casos reais⁶, em especial quando comparada com o âmbito de aplicação material das demais atuações comerciais agressivas, tendencialmente mais restrito⁷.

III. Os contratos celebrados sob a influência de uma prática comercial desleal – categoria que inclui as práticas comerciais agressivas – são passíveis de ser anulados e de originarem responsabilidade civil pelos danos causados, nos termos, respetivamente, dos artigos 14.^{o8} e 15.^{o9} do Decreto-Lei n.º 57/2008.

No Direito português, o regime das práticas comerciais agressivas circunscreve-se aos contratos celebrados com consumidores

⁴ Jörg Fritzsche, *Aggressive Geschäftspraktiken nach dem neuen § 4 a UWG (§ 4 a UWG)*, WRP (2016), 1-8.

⁵ Inge Scherer, *Anotação ao § 4a do UWG em Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG*, II, 3.^a ed., Beck: Munique (2016), Rn. 129; Hans-Wolfgang Micklitz/Monika Namysłowska, *Anotação ao artigo 9.º da Diretiva n.º 2005/29/CE em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, 3.^a ed., Beck: Munique (2020), Rn. 19.

⁶ Winfried Veelken, *Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, WRP (2004) 1-30, 26.

⁷ Haris Apostolopoulos, *Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge*, WRP (2004) 841-857, 850: considerando que o assédio e a coação têm um campo de aplicação tendencialmente limitado no universo do Direito do consumo.

⁸ Corresponde ao artigo 8.º da Diretiva n.º 2005/29/CE.

⁹ Corresponde ao artigo 8.º da Diretiva n.º 2005/29/CE.

(B2C)¹⁰. O legislador alemão optou, por contraste, por estendê-lo também aos contratos celebrados entre empresas (B2B)¹¹.

2. Evolução histórica e trabalhos preparatórios

I. Não constam dos vários diplomas que a Diretiva n.º 2005/29/CE revogou¹² qualquer definição ou referência à figura da influência indevida ou a conceito análogo, pelo que podemos, com algum grau de segurança, apresentar a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais como o diploma fundador do conceito. Infelizmente, os trabalhos preparatórios que antecederam a sua aprovação não identificam, mesmo que indiretamente, eventuais origens ou ascendências. Os considerandos da Diretiva n.º 2005/29/CE não fornecem, igualmente, qualquer pista neste âmbito.

II. A definição da prática agressiva influência indevida foi avançada logo na Proposta de Diretiva preparada pela Comissão, com o seguinte conteúdo¹³:

“Abuso de influência”: significa a utilização pelo profissional de uma posição dominante, sem recurso à força física, de uma forma que limite significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão com conhecimento de causa.

¹⁰ Artigo 3.º/1 da Diretiva n.º 2005/29/CE; artigo 1.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

¹¹ § 4a/1 do UWG. Esta ampliação material suscita algumas dificuldades interpretativas: Helmut Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG*, 39.ª ed., Beck: Munique (2021), Rn. 157; Christian Alexander, *Werbeblocker und Medienfinanzierung*, 71 NJW (2018), 3620-3622, 3622.

¹² A saber: (i) Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, *relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa*; (ii) Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, *relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância*; e (iii) Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998, *relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores*.

¹³ Artigo 2.º, l) da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que

Do confronto entre a versão primitiva e a versão final da definição resultam as seguintes diferenças: (i) o termo *abuso de influência* foi substituído pelo de *influência indevida*; (ii) a expressão *sem recurso à força física* deu origem a *mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física*; e (iii) a locução *tomar uma decisão com conhecimento de causa* foi aperfeiçoada para *tomar uma decisão esclarecida*.

A (i) e a (iii) alterações correspondem a simples aperfeiçoamentos linguísticos circunscritos à versão portuguesa – introduzidos, pelo menos, contemporaneamente à Posição comum do Conselho¹⁴ –, não refletindo, conseqüentemente, uma modificação efetiva do texto proposto pela Comissão. O termo *influência indevida* aproxima-se mais das outras versões da Diretiva n.º 2005/29/CE – inglês: *undue influence*; castelhano: *influencia indebida*; francês: *influence injustifié*; ou alemão: *unzulässige Beeinflussung* – o mesmo se verificando com a parte final do preceito: a (iii) alteração acima identificada.

A (ii) alteração decorre de sugestão do Parlamento Europeu, no I Relatório à proposta da Diretiva. Foi avançada com o propósito de clarificar que o recurso ou a ameaça de recurso à força física são condições possíveis, mas certamente não necessárias, para se verificar um “abuso de influência”¹⁵. A proposta do Parlamento foi acolhida

altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Diretiva relativa às práticas comerciais desleais) {SEC (2003) 724}.

¹⁴ Conselho da União Europeia, *Posição comum adotada pelo Conselho tendo em vista a aprovação da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º .../2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (“Diretiva relativa às práticas comerciais desleais”)*, doc. 11630/2/04, 15 de novembro de 2004.

¹⁵ Parlamento Europeu, *I Relatório sobre a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Diretiva relativa às práticas comerciais desleais)*, 17: a forma proposta pelo Parlamento era, na versão portuguesa, ligeiramente distinta: “ainda que sem recurso ou ameaça de recurso à força física”.

pelos demais intervenientes do processo legislativo, nomeadamente pelo Conselho, que a acompanhou na sua totalidade¹⁶.

3. Interpretação e elementos

I. No preenchimento do conceito de influência indevida e dos seus elementos constitutivos, o intérprete-aplicador deve guiar-se pelo princípio da interpretação conforme as Diretivas¹⁷ e considerar os propósitos últimos da Diretiva n.º 2005/29/CE: (i) assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores; e (ii) promover o mercado interno e o desenvolvimento das atividades transfronteiriças¹⁸. Justifica-se, nesse sentido, uma interpretação extensiva do conceito e dos seus elementos constitutivos, em especial da posição de poder, tendo em vista proteger os consumidores, enquanto parte mais fraca da relação de consumo¹⁹. Recorde-se, a esse propósito, a esclarecedora jurisprudência constante do TJUE: “Assim, o Tribunal de Justiça também já declarou que, para efeitos da interpretação da referida diretiva, o conceito de consumidor reveste uma importância primordial e que as disposições desta última são conce-

¹⁶ Conselho da União Europeia, *Posição comum cit.*, 15.

¹⁷ Por todos: Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2017), 554 ss.

¹⁸ Artigo 1.º: “A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores” e considerando 1: “a Comunidade deve contribuir para assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores”; 2: “o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias e dos serviços e a liberdade de estabelecimento são asseguradas. O desenvolvimento de práticas comerciais leais num espaço sem fronteiras internas é essencial para a promoção do desenvolvimento das atividades transfronteiriças” e 23: “Atendendo a que os objetivos da presente diretiva, a saber a supressão dos entraves ao funcionamento do mercado interno resultantes das legislações nacionais sobre práticas comerciais desleais e a garantia de um elevado nível de defesa do consumidor”.

¹⁹ Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen cit.*, Rn. 1.57.

bidas essencialmente na ótica do consumidor, enquanto destinatário e vítima de práticas comerciais desleais”²⁰.

A proteção do consumidor não pode, todavia, ir ao ponto de pôr em causa o funcionamento do mercado, a sua natureza intrinsecamente concorrencial e as normais influências e pressões que o caracterizam²¹. O legislador, sensível a esta dimensão, apenas sanciona as pressões que limitem “significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”.

II. A definição de influência indevida, constante do artigo 3.º, j) do Decreto-Lei n.º 57/2008, pode ser sistematizada, para efeitos essencialmente expositivos, nos seguintes termos: (i) a utilização pelo profissional (ii) de uma posição de poder (iii) para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, (iv) de forma que limite significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida²².

Difícilmente se justifica autonomizar o primeiro elemento: a problemática relativa à consciência da utilização de uma posição de poder, enquanto eventual elemento subjetivo do conceito de influência indevida, melhor será analisado no âmbito do elemento *pressão*. De todo o modo, refira-se, a propósito deste primeiro elemento, o conceito de profissional, constante do artigo 3.º, d) do Decreto-Lei n.º 57/2008²³:

[Q]ualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

²⁰ TJUE 3-out.-2013, proc. C-59/12 (*BKK Mobil Oil*), [36]; TJUE 12-mai.-2011, proc. C-122/10 (*Ving Sverige*), [22]; TJUE 19-set.-2013, proc. C-435/11 (*CHS Tour Services*), [43]; TJUE 16-abr.-2015, proc. C-388/13 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v UPC Magyarország Kft.*), [52].

²¹ Benjamin Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 163.

²² Em idêntico sentido: João Almeida Garrett, *O conceito de influência indevida e a liberdade de contratar*, 51 RPDC (2007), 9-18, 16-17.

²³ Corresponde ao artigo 2.º, b) da Diretiva n.º 2005/29/CE.

4. Posição de poder

I. A centralidade assumida pelo elemento *posição de poder* contrasta com a criticável ausência de qualquer definição, mesmo que parcelar, nos textos do Decreto-Lei n.º 57/2008, da Diretiva n.º 2005/29/CE e dos considerandos que acompanham o diploma europeu²⁴. Acresce que tanto o Direito europeu como o Direito português não conhecem o conceito de *posição de poder*, o que impossibilita o recurso a preenchimentos sistemáticos²⁵.

Em face de todas estas incertezas, deve o intérprete-aplicador, em consonância com os critérios introdutoriamente mencionados, promover uma interpretação ampla do conceito de *posição de poder*, de forma a melhor acautelar a sempre frágil situação em que o consumidor se encontra²⁶. Esta interpretação maioritária é notavelmente contestada por Micklitz/Namysłowska. Para estes autores, a Diretiva n.º 2005/29/CE visa somente acautelar os interesses económicos dos consumidores, pelo que qualquer posição de poder suportada em outros elementos não pode aí encontrar fundamento²⁷.

²⁴ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 162; Frauke Henning-Bodewig, *Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform*, GRUR Int 2004, 183-193, 192-193; o Autor vai mais longe e critica o próprio conceito de posição de poder; Helmut Köhler, *Werbung gegenüber Kindern. Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken?*, WRP (2008), 700-708, 705-706.

²⁵ Jörg Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG*, coord. Jörg Fritzsche/Reiner Münker/Christoph Stollwerck, 12.ª ed., Beck: Munique (2021), Rn 59; com idêntica consideração; reportando-se, naturalmente, à realidade germânica.

²⁶ Solução amplamente defendida pela Ciência Jurídica alemã desde os primórdios do diploma: Helmut Köhler/Tobias Lettl, *Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform*, WRP (2003), 1019-1057, 1046; Jochen Glöckner/Frauke Henning-Bodewig, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem “neuen” UWG?*, WRP (2005), 1311-1335, 1332; Manfred Hecker, *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken zu den “aggressiven Geschäftspraktiken” – Umsetzung in das deutsche Recht*, 2006 (WRP) 640-647, 642.

²⁷ Micklitz/Namysłowska, *Anotação ao artigo 9.º da Diretiva n.º 2005/29/CE em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 21.

II. A relação de consumo traduz, por natureza, a existência de um desequilíbrio entre as partes e, do ponto de vista da empresa, a existência de uma ascendência inata. Todavia, a intrínseca posição de inferioridade em que o consumidor se encontra²⁸ não basta para que se atribua à contraparte uma posição de poder, o sistema exige mais²⁹. Numa perspectiva gradativa, o consumidor que se vê confrontado com uma posição de poder encontra-se numa situação de ainda maior inferioridade, quando comparada com a situação de inferioridade em que inerentemente se vê colocado³⁰. Por outro lado, o conceito não se confunde com um controle efetivo da vontade do consumidor, nem com a possibilidade de as suas decisões serem instruídas diretamente pela contraparte³¹.

Uma empresa encontra-se numa posição de poder na medida em que consiga induzir um ou vários consumidores a tomar uma decisão que de outro modo não seria tomada³². Trata-se, conseqüentemente de um conceito relacional, focado na ascendência existente e não na pessoa detentora desse poder. Apesar de avaliada em concreto, a existência de uma posição de poder sujeita-se sempre ao critério universal do declaratório normal, neste caso do consumidor normal³³⁻³⁴.

²⁸ TJUE 3-out.-2013, proc. C-59/12 (*BKK Mobil Oil*), [35]; TJUE 16-abr.-2015, proc. C-388/13 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v UPC Magyarország Kft.*), [53].

²⁹ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 167; Fritzsche, *Aggressive Geschäftspraktiken* cit., 4; Inge Scherer, *Wohin mit der "Insolvenzmasse"? – Grundsätzliches zum geplanten Wegfall von § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG § 4 a UWG-RefE (UWG § 4 a)*, WRP (2015), 148-152, 150.

³⁰ Scherer, *Anotação ao § 4a do UWG em Fezer/Büscher/Obergfell* cit., Rn. 129.

³¹ Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen* cit., Rn. 1.57; Olaf Sosnitza, *Anotação ao § 4a do UWG em Ohly/Sosnitza UWG*, 7.ª ed., Beck: Munique (2016), Rn. 36.

³² Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen* cit., Rn. 1.57; Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 165; Eva Inés Obergfell, *Anotação ao § 4a do UWG em Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG*, 3.ª ed., de Gruyter: Berlim (2020), Rn. 71.

³³ Este duplo critério surge melhor identificado no Artigo 8.º da Diretiva 2005/29/CE: "Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar . . . a liberdade de escolha ou o comportamento

III. A posição de poder pode manifestar-se de forma direta ou indireta, por meios físicos ou psicológicos, através de uma ascendência económica, profissional, legal, social, religiosa, intelectual, cultural ou de outra natureza³⁵. A existência de uma posição de poder não é, conseqüentemente, um elemento apenas imputável às grandes empresas, detentoras de um poderio superior, quer seja comercial, financeiro ou de outra natureza³⁶. Não releva, igualmente, se a posição de poder foi criada pela própria empresa, por um terceiro ou se resulta de um conjunto de fatores variados não controláveis pela empresa³⁷. A existência deste *plus* de ascendência não tem, sequer, de ser real, basta que, para o declaratório normal, ele exista³⁸.

Sem ser conclusivo, a tomada de uma decisão contrária aos interesses do consumidor consubstancia um forte indício da existência de uma posição de poder³⁹.

IV. A emergência de uma posição de poder pode fundar-se numa ascendência meramente situacional – fruto das especificidades concretas de uma relação de consumo específica – ou numa ascendência estrutural – intrínseca à situação abstratamente considerada⁴⁰. Micklitz/Namysłowska consideram não ser possível reconduzir as relações de confiança, na medida em que não se fundam em superioridade económica, ao universo da posição de poder⁴¹. Restará

do *consumidor médio*”, itálico nosso. Sobre este ponto, veja-se, Jorge Morais Carvalho, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, 3 RDS (2011), 187-219.

³⁴ BGH 19-abr.-2018, proc. I ZR 154/16 [= WRP (2018), 1322-1329], [68].

³⁵ Por todos: Scherer, *Anotação ao § 4a do UWG em Fezer/Büscher/Obergfell cit.*, Rn. 129; R Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht cit.*, Rn. 165. Recorde-se a interpretação contrária defendida por Micklitz/Namysłowska: nota 27.

³⁶ Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen cit.*, Rn. 1.57; Sosnitza, *Anotação ao § 4a do UWG em Ohly/Sosnitza cit.*, Rn. 36;

³⁷ Scherer, *Anotação ao § 4a do UWG em Fezer/Büscher/Obergfell cit.*, Rn. 130.

³⁸ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG cit.*, Rn. 60.

³⁹ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht cit.*, Rn. 165.

⁴⁰ Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen cit.*, Rn. 1.58; Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG cit.*, Rn. 61.

⁴¹ Nota 27.

ao intérprete-aplicador verificar, casuisticamente, a subsunção da situação em concreto à prática agressiva da coação⁴².

A modalidade estrutural inclui todas as relações de subordinação – p. ex.: trabalhador/empregador –, as relações fiduciárias – p. ex.: advogado/cliente – e todas as demais relações que assenta, por natureza, num forte desequilíbrio – p. ex.: doente/médio ou fiel/sacerdote.

5. Pressão

I. Não basta que a empresa ocupe uma posição de poder, importa, ainda, que a exerça de forma a pressionar o consumidor. Lidamos com elementos distintos, muito embora interligados, e que devem, consequentemente, ser analisados autonomamente⁴³.

Apesar de ser concebível que as empresas consigam pressionar consumidores sem ocuparem qualquer posição de poder – assim como o seu oposto, ou seja não pressionam, muito embora ocupem uma posição de poder –, o facto de o fazerem efetivamente consubstancia, por princípio, uma demonstração dessa mesma posição de poder⁴⁴. Nesse sentido, o exercício da pressão poder ser contemporâneo da emergência da própria posição de poder⁴⁵.

II. Por pressão entende-se uma declaração, expressa ou tácita, produzida pelo profissional, condicionadora da vontade do consumidor, em razão das desvantagens decorrentes de uma atuação desconforme com as pretensões da própria empresa⁴⁶.

⁴² Micklitz/Namysłowska, *Anotação ao artigo 9.º da Diretiva n.º 2005/29/CE* em em *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 22.

⁴³ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG* em *BeckOK UWG* cit., Rn. 66.

⁴⁴ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG* em *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 171.

⁴⁵ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG* em *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 171. Com posição oposta, ou seja, considerando a posição de poder tem sempre de preceder o exercício de pressão: Fritzsche, *Aggressive Geschäftspraktiken* cit., 4.

⁴⁶ Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG* em *Köhler/Bornkamm/Feddersen* cit., Rn. 1.58; Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG* em *BeckOK UWG* cit., Rn. 1.59.

O termo declaração é aqui empregue na sua aceção técnica, pelo que engloba todas as manifestações de vontade, independentemente da forma como esta se exterioriza e dos meios empregues para a realizar⁴⁷. Podendo a pressão ser contínua e não se circunscrever a uma única declaração, a simples passividade (o silêncio) pode, excecionalmente, ser relevada, na medida em que contribua para o condicionamento da vontade do consumidor⁴⁸.

À imputação da declaração à empresa aplica-se o regime geral da representação orgânica, em todas as suas diferentes dimensões⁴⁹.

III. As desvantagens decorrentes de uma atuação desconforme com as pretensões visadas pela empresa que pressiona correspondem, do ponto de vista do consumidor, ao “um mal” da coação moral⁵⁰⁻⁵¹. As semelhanças, neste ponto, entre estas duas práticas agressivas são evidentes, pelo que os desenvolvimentos juscientíficos produzidos no âmbito da coação podem ser transpostos, com as devidas e habituais cautelas, com interessantes resultados.

Apenas relevam as pressões ilícitas, pelo que o simples facto de a empresa afirmar que só celebra um determinado contrato se o consumidor concordar com o seu conteúdo não basta⁵². O princípio da autonomia privada isso o impõe. O mesmo se verifica se a empresa se limitar a cobrar um preço superior à média do mercado, aproveitando-se do especial interesse ou necessidade de um consumidor em concreto. Neste caso, a empresa não está a pressionar o consumidor,

⁴⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil*, II, 5.^a ed., com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2021), 123 ss.

⁴⁸ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 174-175: sustentando esta interpretação no 26 prática comercial enganosa elencada no Anexo I da Diretiva n.º 2005/29/CE.

⁴⁹ José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, Almedina: Coimbra (2017).

⁵⁰ Artigo 255.º/1 do CC: “Diz-se feita sob coação moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração”.

⁵¹ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 172.

⁵² Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen* cit., Rn. 1.59.

mas simplesmente a jogar o jogo da oferta e da procura⁵³. A solução será a inversa se o consumidor, em resultado da situação em que se encontra, tiver mesmo de adquirir esse bem ou serviço⁵⁴ – a sobreposição com o regime da usura é evidente.

De forma idêntica, o exercício ou a ameaça de exercício de direitos contratuais ou legais⁵⁵, nomeadamente (i) o recurso aos tribunais por incumprimento do contrato⁵⁶; (ii) o cancelamento de serviço prestado por não pagamento da prestação acordada; ou (iii) o cancelamento de um contrato de execução continuada, fundado na não aquisição de produtos pelo consumidor, não constituem, só por si, pressões, para efeitos de aplicação do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Todo o tipo de desvantagem, e não somente as que assumam uma natureza económica, deve ser considerada.

IV. A maioria da Ciência Jurídica alemã – doutrina⁵⁷ e jurisprudência⁵⁸ – tende a considerar que, por princípio, não relevam as pressões cujo conteúdo consista na concessão de vantagens – p. ex.: ofertas conjuntas, ofertas com descontos, promoções por curtos períodos de tempo ou especiais benefícios conferidos a consumidores⁵⁹ –, mas apenas as pressões negativas, na medida em que somente estas últimas consistem em efetivas desvantagens. As pressões positivas consubstanciam, pelo contrário, vantagens eco-

⁵³ Franz Hofmann, *Der maßgeschneiderte Preis*, WRP (2016), 1074-1082, 1081.

⁵⁴ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG cit.*, Rn. 74.

⁵⁵ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG cit.*, Rn. 69.

⁵⁶ BGH 22-mar.-2018, proc. I ZR 25/17 [= GRUR (2018), 1063-1065]; OLG Hamburgo 11-jun.-2020, proc. 15 U 88/10 [= WRP (2021), 89-97], Rn. 57 ss: há uma pressão; todavia não é inadmissível.

⁵⁷ Helmut Köhler, *Kopplungsangebote neu bewertet – Zugleich Besprechung der „Plus Warenhandels-gesellschaft“-Entscheidung des EuGH*, GRUR (2010), 177-183, 182; Katharina Vera Boesche, *Drum kopple, was sich (nicht) ewig bindet*, WRP (2011), 1345-1357, 1351; Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG cit.*, Rn. 68.

⁵⁸ BGH 5-out.-2010, proc. I ZR 4/06 [= GRUR (2010) 532-535], [22]; por referência à posição de Köhler. Veja-se a interessante anotação de Helmut Köhler, *Die Kopplung von Gewinnspielen an Umsatzgeschäfte: Wende in der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 5. 10. 2010 – I ZR 4/06 – Millionen-Chance II*, GRUR (2011), 478-485.

⁵⁹ Sosnitza, *Anotação ao § 4a do UWG em Ohly/Sosnitza UWG*, Rn. 49 ss: análise individual destes exemplos.

nómicas para o consumidor que as aceita. Esta posição é ainda suportada pelo TJUE, que considerou como sendo contrária à Diretiva n.º 2005/29/CE a regulamentação nacional que, “salvo certas exceções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor”⁶⁰.

Parte relevante da doutrina local considera, porém, que também as pressões que traduzam a concessão de vantagens para os consumidores estão cobertas, *ab initio*, pelo conceito, pelas seguintes razões⁶¹: (i) linguisticamente, a expressão pressão não se circunscreve a pressões negativas; (ii) teologicamente, o preceito visa garantir que a vontade dos consumidores é exercida livremente e sem qualquer tipo de pressão, independentemente da natureza que este assuma.

V. O legislador não esclarece se apenas relevam pressões conscientes ou se, pelo contrário, o preenchimento do conceito é alheio a qualquer elemento subjetivo. A doutrina alemã tem-se mostrado favorável a uma interpretação que não considere a intenção da empresa, na medida em que é a solução que melhora acautela a sempre frágil posição dos consumidores⁶². Uma conclusão inversa seria particularmente pesada, em especial do ponto de vista probatório.

Fritzsche, embora concordando com esta interpretação, considera que a prova da intencionalidade da pressão resulta, na maioria dos casos, da própria pressão, o que tende a esvaziar esta dúvida interpretativa⁶³.

⁶⁰ TJUE 23-abr.-2009, proc. C-261/07 e C-299/07 (VTB-VAB).

⁶¹ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 178 ss.

⁶² Scherer, *Anotação ao § 4a do UWG em Fezer/Büscher/Obergfell* cit., Rn. 134; Inge Scherer, *Die Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4a UWG*, GRUR (2016), 233-242, 239; Köhler, *Anotação ao § 4a do UWG em Köhler/Bornkamm/Feddersen* cit., Rn. 1.59.

⁶³ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG* cit., Rn. 67.

6. Limitar significativamente

Apenas relevam pressões cujas desvantagens associadas possam condicionar, de forma significativa, a vontade do consumidor. Trata-se de um exercício que, embora devendo considerar as especificidades concretas da situação e, em especial, da pessoa do consumidor, se encontra sujeito ao critério universal do declaratório normal.

A informação detida pelo consumidor e fornecida pela empresa, bem como os eventuais obstáculos levantados, *maxime* o não cumprimento, de forma ativa ou passiva, dos extensos deveres de informação legais, assume especial relevância na determinação da limitação da capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida.

A irracionalidade da decisão⁶⁴, conquanto relevante, não basta, só por si, para considerar que a vontade do consumidor foi viciada⁶⁵. Há muito que as Ciências Comportamentais demonstraram a irracionalidade do mercado do consumo⁶⁶.

7. Concretização e situações típicas

I. Na concretização prática da influência indevida o intérprete-aplicador vê-se confrontado com um conjunto de fatores que dificultam a apresentação de um leque de situações típicas; entre os quais se destacam: (i) a ausência de definições legais de assédio e de coação; (ii) a sobreposição material das três práticas comerciais agressivas, potenciada pela amplitude da definição legal de influência indevida; (iii) a difícil subsunção de algum dos exemplos constantes do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE ao conceito de influência indevida; e (iv) o papel secundário que o assédio, a coação e a própria influência indevida representam no regime das práticas comerciais agressivas – o seu núcleo não está na prática em concreto empregue

⁶⁴ TJUE 18-out.-2012, proc. C-428/11 (*Pure Crative*), [49].

⁶⁵ Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG* cit., Rn. 73.

⁶⁶ Como ponto de partida: *The Routledge Companion to Consumer Behavior Analysis*, coord. Gordon R. Foxall, Routledge: Abingdon (2016).

pelo profissional, mas no facto de essa limitar ou ser suscetível de limitar significativamente a liberdade do consumidor.

A utilização em conjunto de várias figuras, com propósitos e campos de aplicação coincidentes, consiste numa técnica legislativa amplamente divulgada pelo legislador europeu, que certamente se justifica em função da natureza do Direito da União e das diferenças existentes entre os Direitos nacionais, mas que dificulta a efetiva dogmatização do Direito europeu.

II. Como *supra* analisado, a emergência de uma posição de poder pode fundar-se numa ascendência meramente situacional ou numa ascendência estrutural. O paralelismo com as categorias da *Common Law presumed undue influence* e *actual undue influence* é evidente. Recordem-se as esclarecedoras palavras de Lord Nicholls, no acórdão *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No. 2)*⁶⁷:

The first comprises overt acts of improper pressure or coercion such as unlawful threats. . . The second form arises out of a relationship between two persons where one has acquired over another a measure of influence, or ascendancy, of which the ascendant person then takes unfair advantage.

III. A modalidade estrutural inclui influências indevidas praticadas por (i) sujeitos fiduciários – p. ex: entidade empregadora pressiona um trabalhador para que subscreva um novo seguro de saúde pertencente a um dos principais clientes da entidade empregadora; e (ii) por sujeitos que, fruto dos seus especiais conhecimentos, estatuto ou posição detêm uma ascendência sobre a generalidade dos consumidores – p. ex: a recusa de um oftalmologista em prestar todas as informações necessárias para que compre um par de óculos, salvo se o doente os comprar na loja do próprio oftalmologista⁶⁸;

⁶⁷ [2001] UKHL 44, [8].

⁶⁸ LG Düsseldorf 22-fev.-2012, proc. 12 O 9/11, WRP (2012), 1162-1164.

ou a promoção de material de proteção contra incêndios por uma brigada de bombeiros nas instalações do vendedor⁶⁹.

III. A modalidade situacional não se funda numa relação intrinsecamente desequilibrada, independentemente da sua natureza em concreto, mas nas especificidades concretas do caso. Pense-se no caso paradigmático em que uma funerária pressiona os herdeiros do *de cuius* a celebrar um contrato de prestação de serviços⁷⁰.

A fronteira que separa a influência indevida situacional da coação é particularmente ténue: é no seu âmbito que a sobreposição entre as duas figuras é mais notória⁷¹. A diferença entre as duas é essencialmente de grau, sendo o nível de pressão exigido para aplicação o regime da coação superior⁷².

⁶⁹ OLG Saarbrücken 3-nov.-2004, proc. 1 U 125/04-23, WRP (2005), 759-763.

⁷⁰ LG Berlin 19-jan.-2010, proc. 18 O 249/08, WRP (2010), 955-958

⁷¹ Raue, *Anotação ao § 4a do UWG em Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., Rn. 172.

⁷² Fritzsche, *Anotação ao § 4a do UWG em BeckOK UWG* cit., Rn. 66.

