



Universidade do Minho
Escola de Direito

Sara Joana Freitas Fernandes

**Da fidelização dos consumidores
nos contratos de prestação de serviços
de comunicações eletrónicas**

outubro de 2017



Universidade do Minho

Escola de Direito

Sara Joana Freitas Fernandes

**Da fidelização dos consumidores
nos contratos de prestação de serviços
de comunicações eletrónicas**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

outubro de 2017

Nome: Sara Joana Freitas Fernandes

Endereço Eletrónico: sarajfernandes2@gmail.com

Cartão de Cidadão: 14087602 2 ZZ3

Título da dissertação: Da fidelização dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas

Orientador: Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o amor e apoio incondicionais e, sobretudo, pela formação que me proporcionaram.

À minha família e amigos, por todo o carinho, encorajamento e pelas palavras de força que sempre me confortaram.

Àquela que se tornou a minha família de coração, por tão bem me ter acolhido e por ter sido o meu norte.

Ao Exmo. Professor Doutor Fernando de Gravato Morais pela sábia, disponível e profissional orientação prestada ao longo deste trabalho de investigação.

A todas as instituições de ensino que frequentei, por serem a fonte do meu saber.

A todos os que são a minha sorte.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	vii
ABSTRACT	ix
ABREVIATURAS	xi
INTRODUÇÃO.....	13
I- A NOÇÃO DE CONSUMIDOR	19
1. Enquadramento	19
2. O destinatário da legislação do consumo.....	20
3. Elementos que compõem a noção de consumidor	23
3.1 O elemento subjetivo.....	23
3.2 O elemento objetivo	26
3.3 O elemento teleológico.....	27
3.4 O elemento relacional.....	30
II- OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS	31
1. Generalidades.....	31
2. Observações acerca do serviço de comunicações eletrónicas.....	33
3. Do contrato	34
3.1 Princípios gerais	34
3.2 Modalidades de celebração do contrato	37
3.3 Do conteúdo contratual	40
3.4 O cumprimento do contrato.....	41
III- A AUTONOMIA PRIVADA: OS DESAFIOS COLOCADOS PELA MODERNA SOCIEDADE DE CONSUMO	43
1. O princípio da autonomia privada	43
2. Restrições à liberdade contratual	44
3. Das cláusulas contratuais gerais	45
3.1 Contextualização	45
3.2 A Diretiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril.....	47
3.3 O âmbito de aplicação do Decreto-lei n.º 446/85.....	47
3.4 Os contratos de adesão – confronto com as cláusulas contratuais gerais.....	49
3.5 Os contratos de adesão e a Diretiva n.º 93/13/CEE	50
IV- A INSERÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NOS CONTRATOS	53

1. O artigo 4º do Decreto-lei n.º 446/85.....	53
2. A comunicação	54
3. O dever de informação.....	58
4. As cláusulas prevalentes	61
V- O DEVER DE INFORMAÇÃO NA DEFESA DOS CONSUMIDORES	63
1. Em que se traduz.....	63
2. Breve referência aos deveres de informação pré-contratuais	65
3. A publicidade e a informação	67
4. O dever de informação na legislação do consumo.....	67
VI – O PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS	71
1. O conceito de período de fidelização.....	71
2. A cláusula de fidelização como cláusula contratual geral	72
3. O fundamento para a existência do período de fidelização	74
4. Do prazo previsto para o período de fidelização	75
5. Consequências do incumprimento da cláusula de fidelização.....	78
6. As novas regras da fidelização no setor das comunicações eletrónicas.....	81
6.1 A Lei n.º 15/2016, de 17 de junho.....	81
6.2 A adaptação da conduta dos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas às novas regras	88
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	105

RESUMO

O objeto da presente dissertação consiste no estudo da fidelização no âmbito dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, na perspetiva do consumidor, enquanto parte mais fraca da relação contratual subjacente a estes serviços. A investigação deste tema será norteadada pela alteração legislativa promovida pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, às regras para a utilização dos períodos de fidelização constantes da LCE.

Atendendo a que direcionamos a análise da fidelização para a figura do consumidor, o nosso trabalho começará pela exposição do conceito de consumidor, devidamente enquadrado na legislação e com todos os elementos que o compõem. De seguida, terão lugar as observações essenciais relativamente à tipologia contratual e aos serviços que servem de base ao nosso trabalho. Considerando a inserção do tema no contexto dos contratos de consumo, o capítulo seguinte ocupar-se-á das cláusulas contratuais gerais, por serem o tipo de clausulado que mais comumente enformam os contratos para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas. A propósito das cláusulas serão apresentadas não só as características, como também os requisitos para a sua inclusão nos contratos singulares. Seguir-se-á o estudo do dever de informação, por ser basilar na defesa dos consumidores.

O período de fidelização nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas encerrará o último capítulo do nosso trabalho. A abordagem desta matéria partirá de um enquadramento introdutório sobre os aspetos essenciais que concernem à cláusula de fidelização, com o intuito de tornar mais esclarecedor o estudo das alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 15/2016.

A análise das reformulações à disciplina jurídica para a utilização dos períodos de fidelização, em confronto com as atuais condutas das operadoras que serão avaliadas, mostrará que a mudança que necessariamente se impõe, não vai bastar-se, apenas, com a alteração das regras da fidelização nas comunicações eletrónicas.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to study the loyalty in contracts for the provision of electronic communications services regarding the consumer as the weakest part of the contractual relationship underlying these services. This analysis is guided by the legal changes that the Law n. ° 15/2016 promoted in the rules for the use of loyalty periods set in the LCE.

Given that we analyse these situations through the consumer's perspective, our work begins by exposing the concept of consumer, properly framed in the legislation and with all the elements that compose it. This part is followed by the main aspects of the contract and the services on which our work is based on. Considering that our investigation belongs to the context of consumer contracts, the following chapter covers the general contract terms, since they are the type of clauses most used in the contracts that we intend to study. We refer not only the key issues concerning these clauses, but also the legal terms and conditions for their inclusion on a singular contract. The duty to inform is the next point, as it is an essential part of the consumer's protection.

The last chapter of our work is related to the loyalty period in the electronic communications provider contracts. This approach starts with an introductory framework on the key aspects of the loyalty clause which aims to clarify the study of legislative changes introduced by Law n. ° 15/2016.

In the end, the analysis of the reformulations to the legal discipline for the use of loyalty periods, facing the current behaviour of the companies which provide this kind of services, show that they will not be enough to make the real change that needs to happen.

ABREVIATURAS

al.	-Alínea
als.	-Alíneas
ANACOM	-Autoridade Nacional de Comunicações
Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
CC	- Código Civil
CE	- Comunidade Europeia
CEE	- Comunidade Económica Europeia
Cfr.	- Confrontar
CRP	-Constituição da República Portuguesa
CSC	-Código das Sociedades Comerciais
DECO	- Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor
LCE	- Lei das Comunicações Eletrónicas
LDC	- Lei da Defesa do Consumidor
LSPE	- Lei dos Serviços Públicos Essenciais
n.º	- Número
n.ºs	- Números
ONU	- Organização das Nações Unidas
<i>op. cit.</i>	- <i>Opus citatum</i> (“a obra citada”)
p.	- Página
pp.	- Páginas
RJCCG	- Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TRE	- Tribunal da Relação de Évora
TRG	- Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	- Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	- Tribunal da Relação do Porto
UE	- União Europeia
Vol.	- Volume

INTRODUÇÃO

A atual sociedade em que vivemos, marcada por uma forte componente tecnológica sempre em expansão, coloca em evidência o relevo que as comunicações eletrônicas assumem na rotina diária de todos nós. A dependência exponencialmente generalizada face a estes serviços regulados pela LCE, elevou-os ao patamar de serviço público essencial¹.

A essencialidade que representam num panorama carimbado por uma inesgotável aptidão para consumir, explica a posição que os serviços de comunicações eletrônicas ocupam na moderna sociedade de consumo. De facto, a sede pela partilha de conhecimento e pelas potenciais utilidades que as comunicações eletrônicas proporcionam, subjazem às hodiernas necessidades sociais que as empresas prestadoras destes serviços tanto se esmeram para saciar.

O fenómeno da rápida difusão tecnológica, aliado às necessidades dos consumidores que são crescentes, mas também inconstantes, são a combinação ideal de fatores, para que a posição das operadoras que prestam os serviços de comunicações eletrônicas no mercado seja constantemente posta à prova. O clima de incerteza instalado nestas empresas, incrementado pela forte concorrência no mercado das telecomunicações, forçaram-nas a criar estratégias para acautelar a sua própria sobrevivência. É precisamente entre estas estratégias que encontramos os períodos de fidelização, criados para assegurar a permanência dos consumidores por um período de tempo determinado.

A estipulação de períodos de fidelização, ou seja, períodos mínimos de vigência contratual é uma prática muito comum na prestação de serviços de comunicações eletrônicas e visa garantir que, pelo menos durante aquele período, os consumidores ficam vinculados à operadora com quem contrataram, evitando a procura das empresas concorrentes. Esta condição a que os consumidores ficam sujeitos é justificada pela concessão de benefícios que, segundo os prestadores dos serviços, só se tornam possíveis devido à segurança e estabilidade que advêm da garantia de permanência dos consumidores.

Contudo, os períodos de fidelização não podem ser avaliados apenas pelo prisma das vantagens que potenciam aos consumidores. Em bom rigor, estando estes períodos inseridos no âmbito do consumo, a circunstância de fomentarem benefícios, não elimina

¹ Art. 1º, n.º 2, al. d) da LSPE.

a fatalidade típica destas serem relações caracterizadas pela supremacia do profissional que presta o serviço, em detrimento da posição de inferioridade e fragilidade do consumidor.

Posto isto, os períodos de fidelização são um dos componentes mais problemáticos das comunicações eletrónicas, motivando o maior volume de reclamações que os consumidores fazem deste setor. São as condutas abusivas das próprias operadoras, pelas muitas irregularidades que cometem em prejuízo do consumidor, que tornam a fidelização mais complexa.

Com efeito, a investigação que nos propomos a desenvolver incide sobre os períodos de fidelização, cingidos ao âmbito dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Apesar dos períodos de fidelização serem comuns a outros serviços, é nas comunicações eletrónicas que da sua utilização surgem as maiores complicações, exigindo, por isso, uma lógica de proteção dos consumidores mais reforçada e rigorosa.

Sendo a fidelização tão controversa, o seu regime jurídico, no quadro das comunicações eletrónicas, foi objeto de uma recente alteração legislativa levada a cabo pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho. Pretendemos, por isso, analisar o contributo que a reformulação das regras da fidelização pode dar para travar os incessantes abusos das operadoras na matéria.

A disciplina jurídica para os períodos de fidelização nas telecomunicações consta do diploma que regula os serviços em causa, portanto, da LCE e é, talvez, o quadro normativo que mais incumprimentos verifica por parte dos contratos que se celebram para a prestação destes serviços. De facto, as irregularidades cometidas nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas ao nível das regras da fidelização são manifestas, comportando graves prejuízos para os consumidores. Daí a urgente necessidade de existir um regime jurídico para a fidelização, com o rigor e a precisão suficientes para combater estas irregularidades. Ciente de que a disciplina anterior à alteração não estava a ser suficientemente capaz, o legislador decidiu introduzir mudanças nas disposições que versam sobre a fidelização, tarefa que atribuiu à Lei n.º 15/2016.

A renovada disciplina trouxe medidas há muito reivindicadas e pretende reforçar a proteção dos consumidores no seio dos serviços de comunicações, contra as irregularidades que as operadoras praticam, a propósito do período de fidelização.

Não obstante a aplicação do diploma a que nos referimos não ser exclusiva dos consumidores, a nossa investigação será com base numa lógica direcionada para eles, que, enquanto tal, carecem de uma tutela acrescida.

Assim sendo, a nossa dissertação será orientada pela Lei n.º 15/2016, com o intuito de detetar as novidades por ela introduzidas, fazendo-o por referência ao quadro normativo antecedente. Pretendemos analisar a eficácia das alterações introduzidas na luta contra as condutas desleais das operadoras para, desta forma, perceber se o consumidor está agora efetivamente mais protegido, se pode agora contar com períodos de fidelização previstos de forma mais equilibrada e verdadeiramente benéfica para si.

Os motivos que presidiram à escolha do tema prendem-se, essencialmente, com a sua atualidade e pertinência, não só jurídica, mas também académica.

As modernas relações que se formam no contexto do consumo, são caracterizadas por uma panóplia de questões ricas em controvérsias que, aquando do confronto de interesses entre as duas partes que compõem as relações contratuais de consumo, não recebem uma resposta satisfatória para a defesa do ente mais fraco, ou seja, do consumidor.

A fidelização nos serviços de comunicações eletrónicas reflete muito bem esta realidade, concentrando em si diversos fatores que em muito podem ser prejudiciais aos consumidores. No seio das comunicações eletrónicas, é dos elementos contratuais mais complexos e que promove um grande desrespeito pela condição de debilidade do consumidor, facto que motivou a nossa escolha do tema que propomos apresentar.

As irregularidades que se cometem não passam despercebidas e incentivam o nosso espírito de justiça. A recente alteração legislativa incentivou esse espírito e aguçou a vontade de, com a sua análise, contribuir para clarificar os aspetos essenciais que lhe estão subjacentes.

Após a delimitação do objeto sobre o qual incide a nossa investigação e das respetivas razões que motivaram a sua escolha, cumpre apresentar a sequência de tratamento dos subtemas que, dentro do tema principal, dão corpo ao nosso trabalho.

A primeira parte será dedicada ao estudo da noção de consumidor. Sendo a especial tutela de que ele carece que nos motiva, não poderemos deixar de enquadrar a definição que lhe subjaz, com apelo à legislação do consumo nacional e comunitária de maior relevo. A noção será apresentada com todos os elementos que nela estão integrados.

O capítulo seguinte será ocupado com o estudo da tipologia contratual sobre a qual incide o objeto do nosso trabalho: os contratos de prestação de serviços de

comunicações eletrônicas. Será feita uma alusão aos serviços de comunicações eletrônicas, seguida da caracterização da figura contratual propriamente dita. Esta última dará respeito aos princípios gerais, às modalidades de celebração contratual, ao conteúdo do contrato e ao seu cumprimento.

Inserido na categoria dos contratos de consumo, os contratos que são objeto da nossa análise partilham da tendencial formulação do conteúdo contratual com recurso a cláusulas contratuais gerais, daí que nos iremos dedicar ao estudo desta temática.

Numa fase inicial, vamos enquadrar o estudo das cláusulas contratuais gerais no âmbito da autonomia privada, a fim de perceber de que forma operam as restrições que lhe são implícitas, na liberdade contratual do consumidor. Esta contextualização dará o ponto de partida para o estudo destas figuras clausulares, onde serão apresentadas as suas características e a legislação aplicável. Haverá, ainda, espaço para ser feito um confronto com os contratos de adesão, com o intento de clarificar as diferenças entre ambos.

Depois desta referência preliminar às cláusulas contratuais gerais, um outro capítulo será dedicado aos requisitos legais previstos para a inserção das mesmas nos contratos singulares. Estes requisitos serão tratados de acordo com a ordem sistemática com que os mesmos são enunciados nos artigos do RJCCG, por ser o regime legal que disciplina as citadas cláusulas.

Os contratos celebrados com recurso às cláusulas contratuais gerais, apesar de imprimirem uma maior dinâmica no tráfego negocial, propiciam um maior equilíbrio entre os sujeitos que fazem parte da relação de consumo. O consumidor fica colocado numa posição de maior desproteção e fragilidade, o que justifica a razão pela qual o dever de informação é um dos pilares da defesa do consumidor. Enquanto pilar da proteção do consumidor, o dever de informação será, por isso mesmo, o subtema do capítulo seguinte. Será abordado em que consiste o referido dever, a forma como se relaciona com a publicidade e a sua previsão na legislação do consumo. Faremos também uma breve resenha aos deveres de informação pré-contratuais, para evitar confusões concetuais com os deveres de informação no consumo.

O último capítulo da tese será inteiramente dedicado aos períodos de fidelização nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrônicas. Começaremos por enunciar o conceito de período de fidelização, seguido do seu enquadramento enquanto cláusula contratual geral e do fundamento para a sua existência. A parte seguinte versará sobre os prazos que são previstos para os períodos de fidelização, onde se tentará perceber de que forma podem ser considerados excessivos. Antes de passarmos para a parte final,

faremos alusão às consequências que decorrem da cessação antecipada do contrato, no decurso do período de fidelização. Por fim, faremos referência à Lei n.º 15/2016, onde pretendemos enunciar as alterações que a mesma veio introduzir nas regras da fidelização, acompanhada da análise sobre a adaptação das práticas dos prestadores dos serviços de comunicações eletrónicas às novas regras.

Importa referir, ademais, que levaremos em conta, embora não de forma exaustiva, a jurisprudência portuguesa, com referência a alguns acórdãos que possam enriquecer e ajudar a clarificar o nosso objeto de estudo.

I- A NOÇÃO DE CONSUMIDOR

1. Enquadramento

A progressiva evolução da ordem económica projetou na classe dos juristas um conjunto de preocupações, atinentes a um novo paradigma marcado pelo surgimento de uma posição social atribuída e reconhecida, enquanto tal, a todos nós.

Com efeito, o crescimento económico ao ser o principal responsável pela proliferação do consumo, fez emergir a problemática da proteção dos consumidores, cuja posição de inferioridade na relação contratual reclamou, de forma imperativa, a necessidade de serem delineados programas legislativos capazes de dar uma resposta eficaz à carência de tutela, para tentar atenuar o crescente desequilíbrio entre as partes contratuais.

O dia 15 de março² de 1962, data do célebre discurso do então Presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, colocou a proteção dos consumidores no centro das atenções a nível internacional, despoletando movimentos associativos que, apesar de só muito mais tarde terem chegado à Europa, favoreceram em larga medida a produção de normas de defesa dos direitos dos consumidores. Se é certo que os Estados Unidos já tinham dado alguns passos, anteriores à referida data, no sentido da defesa dos consumidores, não menos certo é que John Kennedy, ao ter reconhecido o papel muito significativo dos consumidores, enquanto grande grupo económico que atua no mercado, permitiu que lhes fossem reconhecidos certos direitos fundamentais, tornando a sua intervenção um marco histórico.

No contexto europeu, o passo mais firme e significativo no tratamento desta problemática foi dado em 1973, com a “Carta de Proteção do Consumidor” do Conselho da Europa³. Na sequência desta Carta, a Comissão Europeia aprovou em 1975 um programa de ação pioneiro nesta matéria, onde assegurou cinco direitos fundamentais dos consumidores, a saber: a proteção da saúde e segurança, bem como dos interesses económicos; o direito à indemnização dos danos causados; e o direito à informação, educação e representação em todas as decisões que lhes sejam relativas. A proteção dos consumidores só começou a ser feita em tratados com o Ato Único Europeu, em 1986, tarefa à qual foi dado seguimento no Tratado de Maastricht (1992) e no Tratado de

² Data instituída para a comemoração do Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

³ Resolução n.º 543 da Assembleia Consultiva, de 17 de março de 1973.

Amsterdão (1999)⁴. O direito europeu do consumo foi sendo gradualmente aperfeiçoado, razão pela qual se tornou a grande inspiração dos direitos internos dos Estados-membros.

Em Portugal, já em 1976 a CRP previa a proteção dos consumidores como uma incumbência do Estado⁵, no entanto, só as revisões constitucionais de 1982 e 1989 inseriram os direitos dos consumidores no capítulo dos direitos fundamentais. Por esta via, a proteção dos consumidores abandona o estatuto de mero objetivo a ser prosseguido pelo Estado, passando a ter a forma de um conjunto de direitos constitucionalmente consagrados no capítulo dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais⁶.

Relativamente aos instrumentos legislativos nacionais, em 1981 foi aprovada a primeira LDC⁷, posteriormente revogada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Esta última, atual LDC, além de prever os direitos dos consumidores e das respetivas associações, determina os princípios e as regras que devem nortear a concretização desses mesmo direitos.

A 15 de março de 2006, com o intuito de ser dado um passo importante na divulgação dos direitos dos consumidores e projetando no futuro o ensejo de uma sociedade de consumidores informados e esclarecidos, é apresentado o Anteprojeto do Código do Consumidor, elaborado por uma comissão presidida por António Pinto Monteiro.

Apesar das discrepâncias legislativas entre os vários ordenamentos jurídicos, o percurso até então percorrido serviu para que, hoje, fosse unanimemente reconhecida a importância de existirem normas destinadas a disciplinar as relações de consumo, visto ser a única via para atenuar os desequilíbrios que lhes são subjacentes.

2. O destinatário da legislação do consumo

A imposição constitucional da necessidade de ser conferida proteção aos consumidores, permitiu a difusão desta carência de tutela que, por sua vez, foi recebendo concretização em inúmeros textos legais, algo ineficazes na apresentação de uma definição única de consumidor.

⁴ Importa referir que a ONU não foi indiferente a este movimento, adotando em 1985 uma Resolução, através da qual impôs aos Estados-membros a necessidade de definirem uma política de proteção do consumidor.

⁵ Art. 81º, al. i) da CRP.

⁶ É o art. 60º da CRP, no seu n.º 1, que consagra os direitos fundamentais dos consumidores “à *qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.*” Acresce que os arts. 52º, n.º 3, al. a) e 99º, al. e) também fazem referência aos consumidores.

⁷ Lei n.º 29/81, de 22 de agosto.

A realidade mostra que os textos normativos do nosso ordenamento jurídico, dependendo do âmbito de proteção e do instituto a que dizem respeito, avançam com definições oscilantes, aumentando a imprecisão quanto à delimitação dos destinatários da legislação do consumo.

À semelhança do que acontece em Portugal, a legislação da UE comunga da ausência de uma definição unívoca de consumidor, porém, não se afigura impossível encontrar alguma conformidade entre as noções constantes das várias diretivas sobre a matéria.

O facto de a noção de consumidor ter contornos imprecisos, apesar de complexificar em larga medida a aplicação das normas que se destinam à sua proteção, não abala o reconhecimento da sua condição de fragilidade e do desequilíbrio nas relações de consumo, mantendo bem vivo o fundamento que subjaz à carência de tutela. Desta forma, a concetualização da figura do consumidor nasceu perante a necessidade de ser criado um instrumento técnico-jurídico, ágil na determinação dos destinatários compreendidos na previsão das normas jurídicas relativas a esta matéria.

Nos vários debates sobre o tema, a doutrina reconhece ser possível existir um sentido lato, além de um sentido estrito da noção de consumidor, havendo, portanto, que definir qual dos sentidos deve nortear a aplicação da legislação do consumidor.

Em sentido lato, a noção de consumidor é aferida em função do ato de consumir, propriamente dito. Assim, será consumidor quem adquirir, possuir ou utilizar um bem ou serviço com o intuito de o consumir, independentemente das necessidades que visa satisfazer, ou seja, tanto poderá consumir por carências pessoais ou familiares, como poderá consumir com vista a satisfazer carências profissionais. O sentido lato, colocando o cerne da noção no ato de consumo, encontra apoio na versão originária do termo, que é económica e não jurídica. Segundo esta aceção lata, os consumidores serão só aqueles que adquirem bens para consumo, ficando de fora os que fazem aquisições para, posteriormente, revender ou praticar qualquer outra forma de alienação.

Num entendimento estrito do termo, consumidor é quem adquire, utiliza ou possui um bem ou serviço para uso privado, ou seja, para satisfazer necessidades pessoais ou familiares, mas já não cabem neste sentido as necessidades profissionais que possam vir a ser satisfeitas. Ora, o acento tónico desta noção é colocado na finalidade do uso que é dado aos bens e aos serviços, desviando-se do eixo do sentido lato que se situa apenas no ato de consumir.

Aqui chegados, cumpre clarificar qual o sentido que patenteia o conjunto de normas relativas ao consumidor e, apesar de toda a complexidade inerente ao facto de não existir uma definição uma nos vários diplomas, o sentido generalizado no nosso ordenamento parte daquela que, enquanto lei-quadro, funciona como inspiração para os textos normativos que a concretizam, a LDC.

Nos termos da Lei n.º 24/96, de 31 de julho⁸, o consumidor é definido no art. 2º, n.º 1 como *“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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”*⁹. Neste artigo transparece uma noção que depende do fim que é dado à utilização do bem ou serviço. Sendo o eixo colocado na finalidade do uso, a LDC acolhe o sentido estrito da noção, corroborando-se, uma vez mais, a conceção de um consumidor que é a parte desprotegida da relação contratual, que é economicamente mais frágil, menos informado e com menos hipóteses de se preparar tecnicamente. Para reter fica, por agora, a ideia essencial de que o consumidor é aquele que adquire para *“uso não profissional”*.

À semelhança do que acontece no ordenamento português, a noção jurídica que é apresentada pelos textos comunitários revela uma consagração generalizada do sentido estrito. É assim na Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, que define o consumidor como *“a pessoa singular que, nas transacções abrangidas pela presente directiva, actua com fins alheios às suas actividades comerciais ou profissionais”*¹⁰; na Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro¹¹, segundo a qual será consumidor *“qualquer pessoa singular que, nos*

⁸ Este é o diploma que corresponde à anteriormente referida LDC.

⁹ A Lei n.º 24/96, para realizar a vontade do legislador português de criar uma definição com âmbito geral para todo o ordenamento, segundo o que defende alguma doutrina e jurisprudência, no seu art. 2º, n.º 1 eliminou a referência *“para efeitos da presente lei”*, contida na revogada Lei n.º 29/81. Ora, este entendimento doutrinário não coincide com a realidade das leis portuguesas que apresentam noções de consumidor variáveis. Cfr. TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA, *“Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español”*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 45 e Acórdão do TRP, de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643, Relator Fernando Baptista, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ Art. 3º, al. a), do referido diploma que, sendo relativo a contratos de crédito aos consumidores, revogou a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986. A transposição para o ordenamento jurídico português foi feita pelo Decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho, onde é, igualmente, acolhido o sentido estrito da noção de consumidor apresentada no art. 4, n.º 1, al. a) (*“«Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”*).

¹¹ A transposição para o ordenamento jurídico português é feita pela Decreto-lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, posteriormente alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

*contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*¹²; bem como na Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio¹³, que apresenta o consumidor no seu art. 2º, al. a), como “ *qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional* ”; entre outros exemplos de legislação comunitária que acolhem, de forma clara, a opção pelo sentido estrito da definição que aqui é objeto de estudo.

De resto, afigura-se possível dizer que, embora a noção jurídica de consumidor parta do ato económico do consumo, não fica por aqui, atendendo, essencialmente, a quem o pratica e, ainda, à relação entre as partes que subjaz ao ato de consumir. Assim, a proteção jurídica de que aqui se trata só é conferida mediante um consumo que será categorizado como relevante ou não, a partir da qualidade de quem o pratica.

3. Elementos que compõem a noção de consumidor

Considerando o art. 2º, n.º 1, da LDC, é possível descortinar quatro elementos que dão forma e conteúdo à noção de consumidor, não obstante o facto de gerarem debates doutrinários e jurisprudenciais, acerca de questões que resultam pouco claras da formulação legal.

3.1 O elemento subjetivo

O elemento subjetivo da definição é apresentado com uma abrangência que em muito divide a doutrina e a jurisprudência portuguesas. Similarmente ao que já tinha acontecido com a revogada Lei n.º 29/81, o legislador com a utilização da expressão “*toda aquele*” voltou a não especificar se, além das pessoas físicas, também as pessoas coletivas podem ser consideradas consumidoras, deixando para os aplicadores do direito a tarefa de decidir sobre o alcance do normativo¹⁴.

¹² Art. 2º, 1) do diploma que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹³ Diploma relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, recebido pela legislação portuguesa por via da transposição operada pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março, que sofreu as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 205/2015, de 23 de setembro.

¹⁴ Tal imprecisão não se verifica no ordenamento espanhol, onde o legislador deixou claro que na definição de consumidor cabem tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas e as entidades com personalidade jurídica, cuja atuação, tendo de ser alheia ao âmbito comercial ou empresarial, seja desprendida da intenção de obter lucro. Cfr. TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA, *op. cit.*, p. 47. Tal como a Espanha, a Angola, a Bélgica,

Outros diplomas de tutela do consumidor, na tentativa de se libertarem desta imprecisão e respeitando a orientação das Diretivas comunitárias que transpõem, optaram por adotar uma noção onde só as pessoas singulares são aptas a serem consumidoras e, conseqüentemente, a usufruírem da proteção jurídica conferida por esses normativos. Entre estes diplomas temos o Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março, o Decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho e o Decreto-lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

Ainda que com frequência as Diretivas comunitárias favoreçam a restrição da tutela dos consumidores às pessoas singulares, a verdade é que esta não é, até ao presente, uma questão livre de controvérsias. Para tal, muito contribui o facto da Carta do Consumidor do Conselho da Europa, de 1973, definir o consumidor como “*uma pessoa física ou colectiva a quem são fornecidos bens e prestados serviços para uso privado*”.

Em Portugal, a abrangência da expressão usada pelo legislador divide as opiniões, sendo possível encontrar adeptos de uma extensão às pessoas coletivas da tutela dos consumidores e defensores de uma restrição do regime apenas às pessoas singulares. Alguns dos autores que apoiam a limitação do conceito às pessoas singulares, servem-se do princípio da especialidade do fim, previsto para as pessoas coletivas, que determina que a capacidade das mesmas “*compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, exceptuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular*”¹⁵. Desta forma, se as pessoas coletivas só poderão atuar nos termos do princípio da especialidade do fim, então qualquer aquisição de um bem ou contratação de serviços será, fatalmente, afetado ao âmbito da sua atividade profissional, pelo que, logo por aqui, desrespeitam a exigência da lei quanto à necessidade do consumidor, para o ser, ter de adquirir o bem ou o serviço para uso não profissional¹⁶.

Carlos Ferreira de Almeida, baseando-se na análise de situações concretas, reconhece a dificuldade que existe em dar uma resposta única, capaz de se ajustar a toda e qualquer realidade. Considerando, por exemplo, o caso dos hotéis o autor entende que os consumidores serão sempre os hóspedes ou os trabalhadores, enquanto pessoas físicas, o hotel será apenas e só a entidade empresarial que os fornece, prosseguindo o objeto da sua atividade. Relativamente aos seus próprios fornecedores, o hotel estabelece uma

o Brasil e o Reino Unido podem, igualmente, ser apontados como ordenamentos que abarcam um conceito de consumidor extensível tanto às pessoas singulares, como às pessoas coletivas.

¹⁵ Art. 6º, n.º 1, do CSC e art. 160º, n.º 1, do CC.

¹⁶ Entre os defensores deste entendimento temos JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 122.

relação que, na ótica do autor, é de consumo intermédio, o que em sentido jurídico não é consumo. Neste caso, parece lógico para Ferreira de Almeida que os hotéis, enquanto pessoas coletivas que seguem o princípio da especialidade do fim, não podem ser considerados consumidores, dado que agem no âmbito da sua atividade profissional¹⁷. Não obstante o autor pender para a impossibilidade de extensão do conceito às pessoas coletivas¹⁸, não esconde que a formulação da lei (“*todo aquele*”), pode deixar espaço a estas controvérsias que dividem a doutrina, delegando no elemento teleológico maior capacidade para tentar aclarar a questão¹⁹.

No polo oposto deste debate, encontramos os autores que negam a existência de elementos capazes de conduzir à inferência lógica de que o legislador, ao falar em “*uso não profissional*” pretendeu excluir as pessoas coletivas da tutela dos consumidores. Rebatem este argumento dizendo que se fosse essa a sua verdadeira intenção, teria tido oportunidade de concretizá-la aquando da elaboração da Lei n.º 24/96, eliminando a expressão “*todo aquele*” que já vinha da revogada Lei n.º 29/81²⁰.

Casos há, porém, em que o legislador pretendeu excluir as pessoas jurídicas da noção de consumidor deixando isso claro na redação que deu aos normativos, a exemplo do acontece no Decreto-lei n.º 133/2009, no seu art. 4.º, n.º 1, al. a)²¹. Se assim é, parece que legislador manteve, deliberadamente, a expressão “*todo aquele*”, atribuindo aos aplicadores do direito a tarefa de decidir, caso a caso em consonância com as particularidades que lhe subjazem, acerca da extensão ou não do conceito de consumidor às pessoas jurídicas.

Ademais, a posição de inferioridade e fragilidade, que sendo característica do consumidor em muito alertou para a necessidade de lhe ser conferido um regime de especial tutela, não é exclusivo das pessoas singulares. Pense-se nos casos em que as pessoas coletivas adquirem bens ou serviços, que nada têm a ver com o ramo de atividade profissional que desenvolvem²². Agem desprovidas da informação técnica necessária a

¹⁷ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 214-217.

¹⁸ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 30 e 31 e 32-35.

¹⁹ Este elemento será estudado mais à frente.

²⁰ Em abono deste entendimento encontramos FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor: perspetivas nacional e comunitária*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 76 e 77.

²¹ Vide *supra* nota de rodapé 10.

²² Será, por exemplo, o caso de uma fábrica têxtil que contrata com uma operadora a aquisição de um serviço de televisão, destinado a instalar na sala de lazer dos seus funcionários, para fruição por parte dos mesmos na hora de almoço ou numa outra pausa.

que ocupem uma posição de superioridade ou até de igualdade, para com a outra parte que compõe a relação jurídica.

Na esteira desta linha de pensamento, concordamos com Sandrina Laurentino quando diz que “*a noção de consumidor do artigo 2.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor é uma noção, na realidade, elástica*”²³. Não pode ser negada, *à priori*, a possibilidade de as pessoas coletivas integrarem o conceito de consumidor, como, aliás, afirma alguma jurisprudência²⁴. Tudo dependerá de, no caso concreto, a pessoa coletiva conseguir provar que atua respeitando os elementos previstos na lei, para que possa beneficiar do regime jurídico criado para os consumidores.

3.2 O elemento objetivo

O legislador introduziu um elemento objetivo na noção de consumidor ao determinar, no art. 2º, n.º 1 da Lei n.º 24/96²⁵, que a este tenham de ser “*fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos*”.

Se é certo que o legislador na LDC dá alguma amplitude ao elemento objetivo, não menos certo é que noutros diplomas refere expressamente que categoria de bens pretende abranger²⁶.

Perante a abrangência da noção da Lei n.º 24/96 a doutrina divide-se. Uma corrente vai no sentido de restringir os bens em apreço apenas aos que sejam de consumo, excluindo os bens de produção²⁷. Noutro sentido, surgem opiniões que reconhecem a possibilidade do elemento objetivo dizer respeito a quaisquer bens ou serviços, desde que seja respeitada a limitação imposta pelo elemento teleológico²⁸.

Não se vislumbram objeções ao entendimento segundo o qual, o objeto do negócio jurídico do consumo pode ser qualquer bem ou serviço suscetível de satisfazer necessidades, que se situem fora do âmbito da atividade profissional de quem consome

²³ Cfr. SANDRINA LAURENTINO, “Os Destinatários da Legislação do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 430.

²⁴ Acórdão do TRL, de 17 de junho de 2004, Processo n.º 4735/2004-6, Relator Gil Roque e Acórdão do STJ, de 29 de maio de 2014, Processo n.º 1092/10.0TBLSD-G. P1. S1, Relator João Bernardo.

²⁵ Este diploma veio alargar o elemento objetivo da noção de consumidor, uma vez que face à revogada Lei n.º 29/81 (cfr. o art. 2º), o mesmo estava circunscrito apenas aos “*bens e serviços*”.

²⁶ Como exemplo destes diplomas temos o Decreto-lei n.º 133/2009 em que o elemento objetivo se cinge aos contratos de crédito aos consumidores, como resulta do art. 4º, n.º 1, al. a).

²⁷ Cfr. LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, 2002, p.23, *apud* TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA, *op. cit.*, p. 51.

²⁸ Cfr. Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, in *Story Scientia*, Bruxelles, 1988, p.55, *apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, *op. cit.*, p.32.

esses bens ou serviços. Desde que a finalidade do uso (elemento teleológico) seja respeitada não parecem haver razões para se restringir o elemento objetivo²⁹.

3.3 O elemento teleológico

O elemento teleológico determina a finalidade que a utilização dos bens ou serviços deve prosseguir, para que se esteja perante uma situação passível da tutela prevista para os consumidores.

Destarte, só será consumidor se, segundo o disposto no art. 2º, n.º 1 da LDC, der um uso não profissional aos bens, serviços ou direitos adquiridos, revelando a opção do legislador português na atual LDC por uma formulação diferente, face à revogada Lei n.º 29/81, onde se determinava que os bens e serviços fossem destinados a um “*uso privado*”.

O elemento teleológico exige que o consumidor atue movido por objetivos alheios à sua atividade profissional, portanto, que adquira os bens ou serviços com o intuito de lhes dar um uso privado, pessoal, familiar ou doméstico.

A nova redação da definição de consumidor, fazendo uso da expressão “*destinados a uso não profissional*”, veio dividir a doutrina relativamente ao sentido e alcance pretendidos pelo legislador com a nova formulação dada ao critério finalista.

Partindo da letra da lei, parece ficar claro que aquele que adquira os bens, serviços ou direitos para a satisfação de necessidades profissionais não será consumidor. Porém, há uma zona cinzenta, demarcada pela possibilidade de existirem conhecimentos técnicos por parte dos adquirentes, que desencadeia divergências no que toca ao papel atribuído às competências específicas sobre a matéria objeto do contrato de consumo.

Considere-se o exemplo de um engenheiro que adquire um computador para o seu uso pessoal ou familiar. Afigura-se possível afirmar que estamos perante um consumidor, dado que o objeto adquirido não se destina a um uso profissional. Todavia, o que dizer se este for um engenheiro informático? Neste caso, enquanto engenheiro informático será dotado de elevados conhecimentos técnicos acerca do bem que adquire, ainda que o faça para lhe dar um uso pessoal ou familiar. A letra do art. 2º, n.º 1 da LDC dirá que o sujeito continua a ser consumidor, visto que os elementos previstos no texto legal se encontram preenchidos. Contudo, na perspetiva de alguns autores esta resposta não é isenta de discussão.

²⁹ Assim temos, por exemplo, TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA, *op. cit.*, p. 51.

As divergências doutrinárias acerca do elemento teleológico surgem com base nas razões subjacentes à construção de uma tutela especial para os consumidores. A legislação objeto de análise, foi criada vislumbrando a proteção do consumidor, enquanto parte fraca, leiga e economicamente mais frágil, face à entidade com quem contrata, que se encontra numa posição de superioridade a diversos níveis. Assim sendo, em defesa da importância de considerar os conhecimentos específicos daqueles que adquirem bens ou serviços, ainda que para uso não profissional, dizem os autores que os direitos dos consumidores não podem proteger quem tem a experiência técnica suficiente, para não estar numa posição inferior à do profissional com quem contrata. Esta parte da doutrina³⁰ entende que o desígnio de compensar a desproporção entre o consumidor e o profissional não será cumprido, se for conferida tutela àquele que, aparentemente, atue como consumidor, mas que em rigor possua a experiência e os conhecimentos capazes de não lhe colocar no patamar da fragilidade característico.

Outros são os autores que colocam a tónica no “*uso não profissional*” e, como tal, desde que a pessoa, seja ela singular ou coletiva, adquira os bens ou serviços para lhes dar um destino privado, pessoal ou familiar será consumidora, independentemente, de ser ou não dotada de experiência ou conhecimento específico no contrato em causa³¹.

A complexidade associada à questão que aqui desenvolvemos, leva a que se denote maior segurança e certeza jurídicas na interpretação literal do art. 2º, n.º 1 da LDC, que parece tornar claro o facto de que qualquer pessoa, particular ou profissional, com ou sem conhecimentos e experiência no negócio que celebra, será consumidora desde que adquira o bem, serviço ou direito para uso não profissional, não obstante se reconhecer que esta não é uma solução alheia a discussões³².

A divergência que fica exposta *supra* levou, ainda, a que alguma doutrina questionasse sobre os profissionais que adquirem bens ou serviços para uso profissional, mas totalmente estranhos ao seu ramo de atuação, portanto, bens ou serviços sobre os quais não têm qualquer competência técnica³³. Para estes autores³⁴, apesar das aquisições

³⁰ Na sequência deste entendimento encontramos JOÃO CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, p. 124 e FERNANDO DIAS SIMÕES, “O Conceito de Consumidor no Direito Português (II)”, in *JusNet 35/2012*, publicado em 8 de novembro de 2012, disponível em [http://repository.umac.mo/bitstream/10692/866/1/8622_0_O_conceito_de_consumidor_no_Direito_Portugu%C3%AAs_\(II\).pdf](http://repository.umac.mo/bitstream/10692/866/1/8622_0_O_conceito_de_consumidor_no_Direito_Portugu%C3%AAs_(II).pdf) [consultado a 16/02/2017], p.1.

³¹ Entre estes autores encontramos JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 21.

³² Como defensora deste entendimento temos SANDRINA LAURENTINO, *op. cit.*, p. 426.

³³ Será o exemplo do médico que adquire computadores para instalar nos consultórios da sua clínica.

³⁴ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 125 - 126 e SANDRINA LAURENTINO, *op. cit.*, pp. 427 e 430.

serem feitas com intuitos profissionais, a verdade é que os adquirentes são tão leigos na matéria, por esta ser estranha ao seu ramo de atividade, que estão num patamar de inferioridade e debilidade equiparável ao do normal consumidor. Logo, verifica-se a vulnerabilidade na relação de consumo que justifica, na opinião de alguma doutrina, a extensão da proteção do consumidor a estes profissionais. Esta solução, igualmente defendida por alguma jurisprudência³⁵, pretende que se faça o uso da equidade para que, em cada caso, se possa decidir se é possível equiparar os profissionais aos consumidores, protegendo os primeiros com o regime previsto para os segundos.

Jorge Morais Carvalho, por sua vez, considera que o elemento teleológico previsto na lei é claro ao excluir “*todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atuam no âmbito de uma atividade profissional, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa.*”³⁶.

Considerando a opção do direito português pelo sentido estrito da noção de consumidor, parece ser de acolher uma posição mais conforme à letra da lei, para que da sua aplicação resulte segurança jurídica, evitando-se que a noção se adegue mais às exceções do que à regra.

Surge uma outra controvérsia na doutrina, a propósito do elemento teleológico, marcada pelos casos em que aos bens ou serviços é conferida uma finalidade mista. O que se pretende, é saber o que dizer dos bens e serviços que revestem uma utilização pessoal, privada ou familiar, além de serem utilizados em contexto profissional, como será, por exemplo, o caso do comerciante que compra um automóvel para ser usado na sua profissão e na sua vida pessoal e familiar.

Seguimos aqui o entendimento dos autores³⁷ que defendem o critério do fim predominante que se dá ao bem, por ser o que julgamos mais próximo do espírito e da letra da lei. Ora, se o mesmo comerciante só ocasionalmente usa o veículo na sua profissão, não parecem haver obstáculos a que se qualifique a relação estabelecida entre ele e o profissional de quem adquire o automóvel, como uma relação de consumo, visto que o bem adquirido recebe maioritariamente um uso não profissional.

³⁵ Cfr. Acórdão do TRP, de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643, Relator Fernando Baptista e Acórdão do TRL, de 18 de junho de 2013, Processo n.º 2154/12.4TBALM-A.L1-7, Relator Ana Resende.

³⁶ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 21.

³⁷ Nesta linha de pensamento surgem FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 88 e 89, JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 21 e SANDRINA LAURENTINO, *op. cit.*, p. 424. Acresce, a este propósito, que, tal como nos diz Fernando Baptista de Oliveira, deverá ser tido em consideração não só o fim que o adquirente pretendia dar ao bem no momento em que o adquiriu, como também o fim que ele efetivamente lhe deu (cfr. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 88 e 89).

Atenta a realidade, onde são inúmeros os casos como o do referido comerciante, o critério do uso predominantemente conferido ao bem para determinar quando estamos perante uma relação de consumo, será aquele que conduzirá, nas situações de uso misto, a um emprego mais justo da tutela pensada para proteger os consumidores. Cumpre, igualmente, referir que este é o entendimento que melhor se coaduna com a legislação europeia sobre os direitos dos consumidores, tal como comprova a Diretiva 2011/83/UE³⁸.

3.4 O elemento relacional

O art. 2º, n.º 1 da LDC refere que a contraparte do consumidor, na relação de consumo, terá de ser uma “*pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”.

De acordo com o que ensina Jorge Morais Carvalho³⁹, não podemos retirar deste elemento relacional uma exigência da lei no sentido de que sejam obtidos benefícios imediatos daquela relação concreta, estabelecida entre o profissional e o consumidor. A lei determina que a contraparte exerça uma actividade económica, com o fito de obter benefícios, ainda que estes não sejam imediatos, não se trata aqui de uma necessidade de lucro imediato.

A caracterização que a lei faz do elemento em estudo, tem de ser percebida tendo sempre em conta que os direitos dos consumidores existem para proteger e compensar quem ocupa a posição mais débil na relação de consumo. Tal desequilíbrio só acontece, se uma das partes da relação for dotada dos conhecimentos técnicos e da informação suficientes para colocar a outra parte no polo oposto, caracterizado por falta de informação, de competência e até de capacidades financeiras. Por isso, não se podem incluir nas relações de consumo aquelas que se estabelecem entre quem ocupa posições de igualdade, não sendo possível falar de relações de consumo entre os próprios consumidores ou os próprios profissionais.

³⁸ Cfr. considerando 17 do referido diploma, segundo o qual “*A definição de consumidor deverá abranger as pessoas singulares que actuem fora do âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No entanto, no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a actividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa actividade e se o objectivo da actividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor.*”

³⁹ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 23.

II- OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

1. Generalidades

A evolução da sociedade de consumo fez-se acompanhar de novos paradigmas verdadeiramente desafiadores do direito, que se viu confrontado com a necessidade de dar respostas à altura dos estímulos que se colocavam.

Um dos caminhos encontrados passou pela criação de uma tipologia contratual que compreendesse e tutelasse o consumo, enquanto realidade concretizável através de inúmeras práticas. Surgem, desta forma, os contratos de consumo que, nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, são os contratos que têm “*por objecto um bem destinado ao uso pessoal ou familiar de uma das partes (o consumidor), fornecido por uma entidade que actua no âmbito da sua actividade profissional (o fornecedor)*”⁴⁰.

Dentro dos contratos de consumo podemos encontrar uma enorme variedade de subtipos contratuais, com um âmbito de aplicação direcionado para as especificidades da realidade que visam tutelar, como sejam, a título de exemplo, os contratos celebrados à distância, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, os contratos de crédito ao consumo, entre outros.

O direito do consumo⁴¹ teve de acautelar que o seu desenvolvimento aconteceria com a eficácia suficiente para enfrentar e, bem assim, ultrapassar os obstáculos inevitáveis de um crescimento tão exponencial da sociedade de consumo.

Uma das problemáticas mais complexas prende-se com a necessidade de proteger os consumidores, de forma a atenuar as fragilidades que lhes são inerentes, numa sociedade que os instiga, de forma constante, a consumir sempre mais. Verifica-se que o

⁴⁰ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, op. cit., p. 87.

⁴¹ A propósito do direito do consumo seguimos aqui os ensinamentos de Calvão da Silva, quando o autor refere que “*o denominado direito do consumo emerge, no fundo, da necessidade de adequação do direito tradicional às novas realidades*”. Está, portanto, em causa a adaptação do direito, sobretudo, ao nível da disciplina contratual, de forma a garantir o equilíbrio entre as partes, dando resposta às particularidades que subjazem às relações de consumo (Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 65). Serve, ainda, a presente nota para referir que, em Portugal, a doutrina divide-se entre as designações “direito do consumo” e “direito dos consumidores”, não havendo uma escolha unânime. Os adeptos do “direito do consumo”, expressão por nós acolhida, entendem que o que revela para a designação é o ato de consumo. Encontramos, entre estes autores, JORGE MORAIS CARVALHO (cfr. *Manual de Direito do Consumo*, op. cit. p. 24), CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (cfr. *Direito do Consumo*, op. cit., p. 52) e o supracitado JOÃO CALVÃO DA SILVA. Por seu turno, os defensores da segunda designação atribuem-lhe um carácter subjetivo, centrando as atenções na figura do consumidor. (cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, p.121).

desenvolvimento tecnológico aprimorou as práticas publicitárias e, sobretudo, os meios de difusão das mesmas, que passaram a chegar ao público-alvo (os consumidores) através de diversos mecanismos, não sendo tarefa fácil ficar imune aos incentivos para consumir.

Assim, e na tentativa de contrariar a tendencial desproteção do consumidor, o legislador atuou, disciplinando as matérias relativas ao consumo com especificidades que denotam um esforço para promover uma adaptação plena à nova realidade que confrontou o direito tradicional. As exigências impostas ao nível do formalismo são uma das particularidades que mostram este cuidado do legislador.

Não obstante a consagração generalizada do princípio da liberdade de forma no direito português, tal como nos demonstra o art. 219º do CC⁴², na regulação do consumo o legislador dotou alguns contratos de outras imposições. De facto, não é possível encontrar na legislação do consumo, nomeadamente na LDC, diploma que constitui a base de regulação desta matéria, nenhuma norma que institua a exceção à regra geral da liberdade de forma prevista no art. 219º do CC. Todavia, não é menos verdade a existência de legislação avulsa, que disciplina matérias relativas ao consumo, onde se consagra a exigência de forma escrita. A corroborar esta exigência encontramos, entre outros exemplos, o diploma relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial⁴³; a LCE⁴⁴, que ao prever no seu art. 48º uma lista de elementos que devem integrar o conteúdo dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, embora não refira a forma escrita, só através desta se podem preencher com rigor os requisitos exigidos⁴⁵; bem como o diploma que regulamenta os contratos de crédito ao consumo⁴⁶.

⁴² Normativo onde a lei consagra o princípio da liberdade de forma ou do consensualismo, ao determinar que “*a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir*”.

⁴³ Art. 9º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, onde se preveem os requisitos de forma para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial que, neste caso, terá de ser a forma escrita.

⁴⁴ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, objeto de sucessivas alterações, sendo que a mais recente foi feita pelo Decreto-lei 92/2017, de 31 de julho.

⁴⁵ Neste sentido JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁶ Art. 12º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho, onde se prevê que os contratos de crédito ao consumo devam “*ser exarados em papel ou noutra suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade*.” Também aqui, apesar da lei não referir, a exigência imposta parece só poder ser cumprida através da forma escrita, tal como defende JORGE MORAIS CARVALHO, “Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo”, Dissertação de Doutoramento, na área de especialização em Direito Privado, orientada pelo Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, março de 2011, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, p. 44.

Às exigências de forma, juntam-se outras especificidades previstas no âmbito da celebração dos contratos de consumo que, em alguns casos, podem até fazer parte da própria formação do contrato.

As formalidades específicas que hoje se encontram previstas na legislação do consumo, visam promover a transparência das cláusulas contratuais, tornando-as mais claras e acessíveis ao conhecimento por parte dos consumidores. Pretendem, ainda, facilitar a prova, não só dos contratos que se celebram, mas também dos termos da sua celebração e são o resultado da urgência em conferir uma maior proteção aos consumidores, permitindo-lhes refletir mais e melhor, para assim garantir uma maior segurança aquando do momento em que decidem se vão contratar.

2. Observações acerca do serviço de comunicações eletrónicas

A lei definiu o serviço de comunicações eletrónicas como aquele que é “*oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2º*”⁴⁷.

Os serviços de comunicações eletrónicas integram o âmbito de aplicação objetivo da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (LSPE)⁴⁸, diploma que prevê mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais. Hoje a inclusão das telecomunicações no elenco dos serviços públicos essenciais é pacífica, porém nem sempre foi assim.

Na versão originária da Lei n.º 23/96 o legislador falava apenas em serviço de telefone, em vez do atual serviço de comunicações eletrónicas, deixando, no entanto, transparecer a possibilidade do mesmo regime se aplicar a outros serviços, porque previu no seu art. 13º, n.º 2 “*a extensão das regras da presente lei aos serviços de telecomunicações avançadas, bem como aos serviços postais, no prazo de 120 dias, mediante decreto-lei, ouvidas as entidades representativas dos respectivos sectores*”. Esta redação deu azo a muitas dúvidas acerca da abrangência da expressão “serviço de telefone”, mais concretamente se compreenderia ou não o serviço de telefone móvel. Atualmente, esta é uma questão ultrapassada, em virtude da alteração à LSPE, introduzida pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, que veio alargar a lista dos serviços públicos

⁴⁷ Art. 3º, al. ff), da LCE.

⁴⁸ A mais recente alteração feita a esta lei foi levada a cabo pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

essenciais abrangidos pelo diploma⁴⁹. A alteração ao elenco do art. 1º, n.º 2 da LSPE, onde surgem os serviços de comunicações eletrónicas, tornou indiscutível a inclusão dos serviços de telefone fixo e móvel, que são, aliás, especificados pelo art. 4º, n.º 3⁵⁰.

Os serviços de comunicações eletrónicas beneficiaram em larga medida com a alteração operada pela Lei n.º 12/2008, dado que passaram a pertencer ao elenco dos serviços públicos essenciais, com tudo o que daí decorre, nomeadamente, a fruição do regime legal previsto na LSPE. Atualmente, as comunicações eletrónicas são reguladas não só pela LCE, mas também pela LSPE, cujos regimes se compatibilizam, por falta de disposições contraditórias entre os mesmos. Acresce que, para os serviços públicos essenciais, se encontram previstos princípios gerais de grande utilidade na interpretação e aplicação das normas consagradas na LCE.

A propósito dos serviços públicos essenciais, não podemos deixar de referir que a sua designação em nada obsta a que sejam prestados por entidades privadas, tal como o demonstra o art. 1º, n.º 4 da LSPE⁵¹. O vocábulo “público” prende-se, particularmente, com a circunstância de serem serviços de interesse geral, cuja acessibilidade deve chegar a todos os cidadãos.

3. Do contrato

3.1 Princípios gerais

Em conformidade com o que ficou *supra* exposto, os serviços de comunicações eletrónicas integram o núcleo dos serviços públicos essenciais, aos quais se aponta como característica o facto de pressuporem uma prestação contínua. São, em regra, contratos de execução duradoura, que implicam, para o prestador do serviço, o fornecimento permanente do bem ou do serviço - prestação de execução continuada – e, para o utente⁵², o pagamento do preço – prestação de execução periódica⁵³.

⁴⁹ A esta alteração legislativa junta-se, ainda, o Acórdão do STJ, n.º 1/2010 de 21 de janeiro de 2010, Processo n.º 216/09.4YFLSB que deixou igualmente claro, que aos serviços de telefone móvel é aplicável a Lei n.º 23/96.

⁵⁰ Cumpre referir que a Lei n.º 12/2008 veio reintroduzir o serviço de telefone no âmbito de aplicação da LSPE, que, entretanto, tinha sido excluído do mesmo pelo art. 127º, n.º 2 da Lei n.º 5/2004, disposição que já se encontra revogada.

⁵¹ “*Considera-se prestador dos serviços abrangidos pela presente lei toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão.*”

⁵² Conceito que vem definido no art. 1º, n.º 3 da LSPE, como “*a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo*”.

⁵³ Para mais desenvolvimentos vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, op. cit., p. 272.

Um dos grandes princípios que norteia a atuação das entidades prestadoras dos serviços públicos essenciais, é o princípio da boa fé⁵⁴. Pilar do direito presente em toda a duração dos vínculos contratuais, funciona como uma garantia do respeito pelas legítimas expectativas das partes que compõem o contrato, bem como da satisfação dos seus interesses, precavendo a ocorrência de danos para os sujeitos da relação.

Deste princípio de aplicação transversal, resultam deveres complementares para os prestadores dos serviços, que se prendem com a necessidade da sua atuação ser pautada pelo respeito por outros princípios, como o da igualdade, que implica a inexistência de qualquer critério discriminatório, concretizada num tratamento igual para todos os utentes, tanto na fase de celebração do contrato, como na fase de execução do mesmo, e o princípio da universalidade, que traduz o acesso aos referidos serviços disponibilizado a todos os cidadãos.

Os dois princípios suprarreferidos introduzem um tema objeto de debate na doutrina, sobre a existência de um dever de contratar a vincular os prestadores dos serviços públicos essenciais. Esta é uma discussão que nos remete para a autonomia privada, princípio fundamental do direito civil, que adquire maior visibilidade ao nível da liberdade contratual, prevista no art. 405º do CC. A autonomia privada é, nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, “*o poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica*”⁵⁵. É ela que, por exemplo, confere aos particulares a liberdade para decidir se exercem ou não um direito.

Relativamente à questão da existência de um dever de contratar, apesar de ser uma discussão alargada a todos os serviços públicos, afigura-se primordial fazer uma análise cingida ao âmbito das comunicações eletrónicas, por ser o objeto de estudo que serve de base ao presente trabalho.

Ora, a LCE acolhe no art. 3º, al. jj), o conceito de “serviço universal”, definindo-o como “*o conjunto mínimo de serviços, definido na presente lei, de qualidade*

⁵⁴ A LSPE consagra o princípio da boa fé no seu art. 3º, salientando a importância de os interesses dos utentes estarem sempre protegidos, visto que os serviços regulados por esta lei têm um carácter essencial. Este é um princípio consagrado em diversos diplomas, assumindo particular relevância para o presente estudo, a referência que é feita ao mesmo no art. 9º da LDC (“*o consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.*”). Tal como nos ensina Jorge Morais Carvalho, as relações de consumo, com todas as particularidades que lhe são inerentes, impõem que a boa fé seja concretizada com mais exigência, vinculando tanto o profissional como o consumidor (Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo, op. cit.*, pp. 128 e 129).

⁵⁵ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO), pp. 102-103.

especificada, disponível para todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições nacionais, a um preço acessível". Esta disposição merece ser conjugada com o art. 87º do mesmo diploma, de onde resulta a delimitação do âmbito do serviço universal⁵⁶, sendo que a consagração deste conceito em muito contribui para que, no tocante aos serviços de comunicações eletrónicas, a questão da existência de um dever de contratar seja mais fácil de clarificar. As controvérsias, no caso concreto das comunicações eletrónicas, parecem não ter lugar por força da articulação entre os arts. 88º, n.º 1, 93º e 95º a 98º da LCE, conjugação que torna explícita a imposição de um verdadeiro dever de contratar no serviço universal. De mencionar que o legislador, no âmbito desta imposição, prevê a possibilidade de existir um financiamento que sirva a manutenção do serviço, à parte da própria entidade reguladora nacional⁵⁷ ter competência para fixar tetos máximos de preços ou tarifas, a praticar pelos prestadores dos serviços. Atenta-se, ainda, para o art. 46º, n.º 6 da LCE, onde se exclui expressamente a hipótese de os prestadores de serviço universal recusarem contratar sobre os serviços que prestam.

As restrições à liberdade de contratar não se verificam apenas do lado do prestador do serviço. As comunicações eletrónicas, pertencendo ao núcleo dos serviços públicos essenciais, compartilham da circunstância de serem vitais para a vida dos cidadãos, sobretudo no mundo em que atualmente vivemos, não sendo equacionável a não celebração dos contratos que dão o acesso a estes serviços. É por esta via que surge a primeira limitação para os utilizadores dos serviços, mais concretamente à liberdade de celebração do contrato. Porém, esta é uma restrição que tem vindo a ser largamente ultrapassada, dado o surgimento de mais entidades fornecedoras destes serviços, alargando as opções de uma escolha que, cada vez mais, pode ser feita com base nos padrões de qualidade/preço.

Acresce uma outra limitação que, por sua vez, incide na liberdade de estipulação contratual. Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas são celebrados com recurso aos contratos de adesão, tal como acontece com outros serviços públicos essenciais. Esta forma de celebração de contratos caracteriza-se por um conteúdo contratual previamente elaborado por uma das partes, a que presta o serviço, sem que à

⁵⁶ Este serviço pressupõe a *"ligação a uma rede de comunicações pública num local fixo e prestação de um serviço telefónico acessível ao público através daquela ligação"*; a *"disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço completo de informações de listas"*; e a *"oferta adequada de postos públicos"* (cfr. art. 87º da LCE).

⁵⁷ Em Portugal a regulação das comunicações pertence à ANACOM.

contraparte seja dada oportunidade de negociação, encontrando-se a liberdade de estipulação do utente consideravelmente limitada. Estas figuras contratuais são reguladas no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro⁵⁸.

Sem prejuízo de se reconhecerem as limitações à liberdade de estipulação dos utilizadores dos serviços em apreço, esta forma de contratação padronizada torna o acesso à prestação do serviço mais rápida e eficaz, além de, e na esteira do princípio da igualdade, oferecer condições iguais para todos os cidadãos⁵⁹.

3.2 Modalidades de celebração do contrato

O art. 48º, n.º 1 da LCE determina que “*a oferta de redes de comunicações públicas ou de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público*” deve ser feita mediante um contrato, do qual devem constar os elementos previstos nas alíneas do preceito. Não obstante a falta de menção expressa à forma escrita, a obrigatoriedade inerente à previsão dos tais elementos “*de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível*”, leva-nos a concluir, com Jorge Morais Carvalho⁶⁰, que só um documento escrito poderá cumprir as imposições da lei.

Os contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, não têm de obedecer sempre à mesma modalidade de celebração. Podemos, porém, apontar os casos em que o utente se dirige ao estabelecimento, concretizando o acesso ao serviço que pretende com o preenchimento e a assinatura de um formulário de adesão, como os casos mais comuns.

O contacto telefónico é outro dos métodos utilizados na celebração dos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, denominado na linguagem jurídica como contrato celebrado à distância, cuja disciplina se encontra prevista no Decreto-lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro⁶¹. A grande especificidade destes contratos está na utilização de “*qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes*”⁶².

⁵⁸ Diploma também designado pela sigla RJCCG.

⁵⁹ Convém referir que esta temática será objeto de um maior desenvolvimento mais à frente neste trabalho.

⁶⁰ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, op. cit., p.275.

⁶¹ Na definição do art. 3º, al. f) do diploma, é “*um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*”.

⁶² Definição avançada pelo art. 3º, al. m) para técnica de comunicação à distância.

A ausência de presença física e simultânea das partes coloca o consumidor numa posição de particular fragilidade, destacando-se o art. 4º do Decreto-lei n.º 24/2014, pelo especial contributo no reforço da sua proteção. A lei estabelece neste preceito o conjunto de informações que devem ser prestadas ao consumidor, já na fase pré-contratual, bem como a forma de prestação das mesmas, determinando, ainda, a quem pertence o ónus de comprovar que os requisitos de informação foram cumpridos.

As informações previamente prestadas no cumprimento do art. 4º, constituem os elementos mínimos que terão de compor a proposta contratual ou o contrato que vier a ser celebrado, acautelando que só por um acordo das partes, anterior à celebração do contrato, é que o n.º 3 do preceito admite uma alteração ao respetivo conteúdo contratual. Subjacente a estes deveres de informação, está o intento de colocar o consumidor num patamar favorecido, para que possa decidir se contrata ou não perante as condições que lhe são apresentadas.

Os contratos celebrados à distância estão sujeitos aos requisitos de forma previstos no art. 5º. A lei exige que as informações sejam prestadas de forma clara, o que implica que sejam comunicadas de modo acessível à capacidade de apreensão do consumidor. Ademais, o grau de complexidade utilizado na linguagem associada às informações tem de ser adequado à normal compreensão de todas as pessoas.

Estes contratos, dada a distância entre as partes, implicam, nos termos do art. 5º, n.º 1, que a informação seja transmitida através de um meio de comunicação que se coadune com a técnica de comunicação à distância escolhida. No caso dos contratos celebrados por contacto telefónico, esta adequação passa por um maior rigor na forma como a informação é explicada, sendo que esta tem de ser prestada “*de forma audível*” e evitando transmitir “*uma quantidade excessiva de informações num curto período de tempo*”⁶³.

A propósito dos contratos celebrados por telefone, o art. 5º, n.º 7 sujeita a aceitação do consumidor à exigência de forma escrita, pelo que, no caso desta técnica de comunicação à distância, o contrato não se considera celebrado no exato momento do contacto telefónico, mas sim posteriormente, por ocasião da assinatura da oferta ou do envio do consentimento escrito pelo consumidor ao prestador do serviço. A vinculação do consumidor fica, desta forma, dependente de uma formalidade acrescida, que visa reforçar a proteção ao consumidor.

⁶³ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 70.

Por força do art. 6º do texto legal em apreço, o prestador do serviço fica incumbido do dever de confirmar a celebração do contrato à distância, confirmação essa que, nos termos do n.º 2, tem lugar aquando da “*entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º em suporte duradouro*”. Se esta entrega em suporte duradouro já tiver sido feita, encontra-se o prestador desonerado do dever de confirmação (art. 6º, n.º 3).

Às modalidades de celebração dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas até aqui analisadas, acrescem os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁶⁴ que, no caso dos serviços referidos, assumem o método de celebração no domicílio⁶⁵ dos consumidores. A disciplina destes contratos vem plasmada no já mencionado Decreto-lei n.º 24/2014⁶⁶, que se aplica, simultaneamente, aos contratos celebrados à distância e aos celebrados fora do estabelecimento comercial.

No âmbito dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, por força da aplicação do art. 4º, há, igualmente, um dever de serem prestadas informações pré-contratuais aos consumidores que, por maioria de razão, integram o conteúdo mínimo da declaração negocial. Verifica-se, portanto, que o art. 4º é uma disposição comum a ambas as modalidades contratuais disciplinadas pelo Decreto-lei n.º 24/2014. Porém, importa atentar ao n.º 5 do art. 4º, pela consagração expressa da necessidade de as informações serem “*fornecidas em papel ou, se o consumidor concordar, noutra suporte duradouro*”, mas apenas nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Uma outra diferença face aos contratos celebrados à distância, que desta vez diz respeito aos requisitos de forma, merece ser apontada e é a que consta do art. 9º, onde se impõe a redução a escrito, garantindo que as informações previstas no art. 4º estão clara e compreensivelmente contidas no documento. Ao prestador é, também, atribuído o dever de entregar uma cópia física ao consumidor, nos termos do n.º 2.

⁶⁴ Este grupo de contratos que inclui outras figuras contratuais, é definido no art. 3º, al. g), do Decreto-lei n.º 24/2014, como “*o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual*”.

⁶⁵ Uma nota merece ser feita à utilização da palavra “domicílio”, na medida em que esta não foi utilizada com o sentido jurídico que o direito civil lhe emprega. Para este efeito o domicílio pode ser equiparado a hotéis, casas de familiares ou amigos. Para mais desenvolvimentos *vide* JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *op. cit.*, pp. 39 e 40.

⁶⁶ Este diploma promove uma regulação mais uniforme das figuras contratuais que cabem no seu âmbito e com algumas inovações, face ao revogado Decreto-lei n.º 143/2001.

Dada a circunstância dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial terem de ser reduzidos a escrito, os mesmos consideram-se celebrados no momento em que o consumidor os assina e data.

Por fim, importa não descurar o facto do regime previsto para os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial ter de ser conjugado com a LCE, pois os contratos que ela regulamenta foram a base para a análise das modalidades previstas no Decreto-lei n.º 24/2014.

3.3 Do conteúdo contratual

O conteúdo mínimo dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas resulta dos elementos constantes do art. 48º da LCE, de entre os quais alguns merecem uma especial menção.

Um elemento primordial é a indicação do serviço ou pacote de serviços, considerando aquela que é a prática mais comum dos dias de hoje, que o fornecedor se obriga a prestar⁶⁷. Esta cláusula, fixada pelo art. 48º, n.º 1, al. b) e que vai permitir aferir eventuais situações de incumprimento na prestação do serviço, conduz-nos à qualidade do serviço, outro dos elementos legalmente exigidos no conteúdo contratual.

A qualidade dos serviços não só tem uma disposição que lhe é inteiramente dedicada na LCE, nomeadamente o art. 40º, como ainda recebe consagração no art. 60º, n.º 1 da CRP e no art. 4º da LDC. Os consumidores têm, por isso, direito a que os serviços lhes sejam prestados com a devida qualidade, que terá sempre por referência o tipo de serviço em causa, como nos ensina o art. 40º, n.º 1 da LCE.

A regulamentação deste elemento, que releva essencialmente ao longo da execução do contrato, fica a cargo da ANACOM, nos termos do art. 40º, n.ºs 2 e 7, sendo que a lei prevê, no art. 48º, n.º 1, al. h), que sejam determinados sistemas de indemnização ou reembolso para os utentes, no caso de os parâmetros de qualidade previstos no contrato não serem cumpridos.

Na esteira destas disposições, surgiu o Regulamento sobre a qualidade do serviço⁶⁸, a fixar os padrões de qualidade exigíveis nos serviços de acesso à rede telefónica pública em local fixo e nos serviços telefónico em local fixo, que as empresas prestam.

⁶⁷ Art. 48º, n.º 1, al. b).

⁶⁸ Regulamento n.º 46/2005, de 14 de junho de 2005, alterado pelo Regulamento n.º 372/2009, de 28 de agosto e republicado pela Declaração n.º 2457/2009, de 6 de outubro.

Outra cláusula essencial no conteúdo contratual é aquela que prevê a contraprestação, bem como todos os detalhes a ela associados, a cargo do contratante dos serviços, ou seja, a obrigação do pagamento do preço⁶⁹.

A al. g) dispõe sobre a duração do contrato, como outro dos elementos que integram o conteúdo. Na sequência da figura contratual em análise, a prática mostra uma reiterada tendência para a imposição de períodos durante os quais a duração do contrato é obrigatória, sob pena de, à cessação por parte do consumidor, estarem associadas pesadas consequências. Estes são os denominados períodos de fidelização, tema ao qual voltaremos mais à frente para uma análise aprofundada.

Na al. h) refere-se que será um elemento integrante do contrato, “*quando seja o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respetivo prazo e o procedimento para o exercício do direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*”. Como se depreende do texto normativo, a existência deste direito de livre resolução só fará parte do conteúdo contratual, quando em causa estejam contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, uma vez que só a propósito destas figuras é que se prevê a existência deste direito, cujo exercício tem de respeitar a disciplina dos arts. 10º a 17º, do Decreto-lei n.º 24/2014.

Nos contratos celebrados em estabelecimento comercial, outra das modalidades de celebração do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, a falta de consagração legal do direito de livre resolução, não obsta a que o mesmo possa integrar o conteúdo do contrato por acordo das partes.

3.4 O cumprimento do contrato

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, enquanto contratos de consumo, em tudo o que não constar de lei especial, regem-se na questão do cumprimento pelas normas gerais previstas no CC⁷⁰.

O princípio geral do cumprimento das obrigações, previsto no art. 762º, n.º 1 do CC, determina que “*o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado*”, acrescentando o n.º 2 o dever de as partes agirem sempre de boa-fé, que, como já tivemos a ocasião de referir, é basilar no direito civil.

O cumprimento do contrato fica dependente das partes realizarem as prestações que lhes competem o que, no caso dos serviços de comunicações eletrónicas, se traduz

⁶⁹ Art. 48º, n.º 1, al. f).

⁷⁰ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, op. cit., p. 127.

num fornecimento contínuo do serviço contratado pela operadora, ao qual tem de corresponder o pagamento periódico do preço pelo consumidor, já que estão em causa contratos de execução contínua, com prestações duradouras.

O lugar da prestação é um elemento essencial na relação contratual, podendo retirar utilidade ao contrato quando não seja respeitado. É o utilizador do serviço quem vai determinar o local onde quer ter acesso ao mesmo, pelo que o serviço será requerido onde for útil e necessário.

No que toca às comunicações eletrónicas, será expectável que os serviços fixos como a televisão, o telefone fixo e a *internet* fixa, sejam contratados para a morada que consta do contrato. Todavia, tratando-se dos serviços móveis, como o telefone ou a *internet* móveis, no momento da celebração do contrato é crucial averiguar se o local de prestação do serviço escolhido tem cobertura de rede da operadora que presta o serviço, e se era ou não possível prever, de forma objetiva, que a cobertura de rede abrangesse esse mesmo lugar⁷¹.

Por maioria de razão, ao incumprimento dos contratos a que dedicamos o nosso estudo, será aplicável o regime geral previsto nos arts. 790º e seguintes do CC, em tudo o que não se encontre previsto na lei especial que os regula.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, p. 134.

III- A AUTONOMIA PRIVADA: OS DESAFIOS COLOCADOS PELA MODERNA SOCIEDADE DE CONSUMO

1. O princípio da autonomia privada

A autonomia privada, princípio fundamental no Direito das Obrigações, é a faculdade que assiste a todos nós de escolher quais os efeitos jurídicos que serão produzidos na nossa esfera jurídica. A ordem jurídica reconhece a todos os sujeitos um espaço de liberdade onde, autonomamente e respeitando certos limites, os mesmos podem atuar produzindo os efeitos jurídicos que lhes aprouver.

A autonomia privada é exercida por intermédio do negócio jurídico, instrumento que possibilita o desencadear dos efeitos jurídicos que vão ter repercussão na esfera de todas as partes envolvidas. Os negócios jurídicos, caracterizados pela liberdade de produção de efeitos jurídicos, compreendendo não só a liberdade de celebração, como também a de estipulação, uma vez que as partes podem escolher se celebram ou não o negócio e determinar quais serão os respetivos efeitos jurídicos, são o instrumento que melhor potencia o exercício da autonomia privada.

Os negócios jurídicos encontram-se divididos em unilaterais e bilaterais ou contratos, sendo que no presente estudo, por razões de maior pertinência e interesse, iremos debruçar-nos sobre estes últimos.

O contrato é o negócio jurídico que se celebra com o mútuo acordo das partes envolvidas sobre os efeitos jurídicos que irão produzir-se. Resulta, portanto, de duas declarações negociais concordantes, através das quais se estabelece a disciplina jurídica que irá desencadear os efeitos jurídicos pretendidos nas esferas jurídicas dos sujeitos da relação contratual.

A propósito da matéria dos contratos, a lei prevê no art. 405º do CC a vertente mais relevante da autonomia privada: a liberdade contratual. Esta possibilidade de as partes autorregular as relações entre si estabelecidas com o consenso de ambas compreende, como resulta do n.º 1 do preceito citado, a liberdade de celebração, a de escolha do tipo negocial e a de estipulação.

A autonomia privada tem como corolário lógico que as partes estejam numa posição de igualdade, que detenham um poder negocial semelhante para determinar as cláusulas que vão compor o contrato. Contudo, esta igualdade jurídica desejável nem sempre se verifica no plano prático, dado que são inúmeras as situações em que uma das partes se encontra numa posição de superioridade. Estes são, por exemplo, os casos dos

contratos de consumo, em que não raras vezes o consumidor se encontra numa posição de menor domínio da informação, sendo constrangido, por necessidades ligadas à rotina diária, a celebrar contratos em condições, que se fossem por si integralmente conhecidas, não celebraria.

A atual ordem económica impõe que se celebrem certos contratos para satisfazer necessidades e para ter acesso a serviços essenciais à nossa vida⁷², que desencadeiam um assinalável desequilíbrio na posição contratual das partes. Não obstante a liberdade contratual continuar a ser um princípio fundamental do Direito das Obrigações, a verdade é que a moderna sociedade reveste-se de vários condicionalismos, entre eles a desigualdade económica, que restringem em grande medida esta liberdade, levando a que as partes que se encontram em posições de maior fragilidade, seja ela de ordem económica ou de outra ordem, sejam conduzidas a celebrar contratos que, na eventualidade de existirem outras formas de satisfazer as necessidades, não celebrariam.

2. Restrições à liberdade contratual

Na atual sociedade existem situações em que a liberdade contratual tem um carácter meramente formal, já que, materialmente, as necessidades da parte mais débil constroem-na a celebrar o contrato⁷³.

Do n.º 1 do art. 405º do CC resulta que esta liberdade contratual pode dividir-se em três vertentes, às quais é possível reconhecer diferentes restrições.

A liberdade de celebração pode ser cerceada quando a lei impõe a obrigação de celebrar certos contratos, funcionando a restrição à autonomia privada como uma forma de evitar abusos de uma das partes⁷⁴. Tomemos como exemplo os contratos de prestação de serviços essenciais, como o fornecimento de água e de eletricidade. Neste particular contexto sabemos que é comum existirem empresas com o monopólio destes serviços, pelo que a falta de concorrência, bem como o facto de os consumidores precisarem destes bens, poderiam resultar em elevados constrangimentos para a parte mais frágil, que seria compelida a aceitar condições desfavoráveis, no caso destas empresas terem a total liberdade para recusar a celebração dos contratos. Assim sendo e tal como nos ensina

⁷² Como, por exemplo, os contratos de trabalho, de arrendamento, de fornecimento de energia eléctrica, de gás, entre outros que são absolutamente essenciais à nossa vida.

⁷³ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 26.

⁷⁴ A par desta obrigação legal pode, ainda, existir uma obrigação contratual sempre que as partes, no exercício da sua autonomia privada, se obrigam a celebrar um contrato, sendo que nestes casos a celebração do mesmo resulta de uma imposição que os sujeitos da relação determinaram livremente.

Menezes Leitão⁷⁵, em consonância com o art. 3º da LSPE, devemos considerar que nesses casos existe uma obrigação legal de celebração do contrato.

A liberdade contratual pode, igualmente, ser restringida na vertente da liberdade de estipulação. Esta última, apesar de estar intimamente ligada à liberdade de celebração, pode ser alvo de restrições próprias permanecendo as restantes liberdades intocáveis, como acontece quando a lei impõe imperativamente as cláusulas essenciais que têm de compor o conteúdo dos contratos. As razões que concorrem para a limitação da possibilidade de os contraentes estipularem livremente o conteúdo dos contratos, prendem-se, uma vez mais, com a necessidade de proteger a parte em posição de inferioridade económica, da falta do equilíbrio desejável que a autonomia privada nem sempre consegue assegurar.

As limitações à liberdade de estipulação podem ser de tipologia variada, sendo que uma das restrições mais significativas é a que resulta do regime das cláusulas contratuais gerais, o qual será objeto de análise no ponto seguinte.

3. Das cláusulas contratuais gerais

3.1 Contextualização

A revolução industrial introduziu mudanças no funcionamento do mercado, nomeadamente, a produção em série e a distribuição de bens e serviços em massa. Deu origem a uma revolução no comércio e nas suas estruturas, despertando na sociedade uma compulsão para consumir desmesuradamente. As mudanças nos paradigmas tradicionais acarretaram uma necessária adaptação que conseguisse dar resposta a todos os novos desafios que iam surgindo.

É, então, neste contexto que a revolução industrial e, conseqüentemente, a sociedade de consumo em ascensão, dão origem a um novo modo de contratar, capaz de satisfazer as carências por um processo negocial mais simples e célere, com menores custos associados às transações. É um modelo de contratação em massa, que marcou o aparecimento das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão.

Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais caracterizam-se pela ausência de negociação do conteúdo contratual, que é previamente determinado pela parte

⁷⁵ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 27.

que ocupa uma posição de superioridade na relação contratual. O clausulado é apresentado ao aderente, que se limita a aceitar ou a rejeitar⁷⁶.

A impossibilidade de haver negociação sobre o conteúdo do contrato não se compatibiliza com o princípio da liberdade contratual, na medida em que segundo ele a celebração de um contrato pressupõe duas ou mais declarações de vontade, livres e esclarecidas, ou seja, implica que haja liberdade para escolher se se contrata ou não, qual o tipo de contrato pretendido e, ainda, para negociar o conteúdo contratual. Ora, esta desejável liberdade foi sofrendo deturpações perante a contratação em massa, que se distancia dos parâmetros tradicionais na formação dos contratos⁷⁷.

A supressão da fase de negociação, ao implicar uma forte restrição na liberdade contratual da parte mais débil, provoca uma visível desigualdade entre os sujeitos da relação que pode conduzir a grandes abusos. Os potenciais efeitos perversos reclamaram a criação de medidas legais para fixar a disciplina deste novo modo de contratação, priorizando a proteção daquele que vê a sua liberdade de estipulação largamente restringida.

O Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro instituiu, pela primeira vez em Portugal, o regime das cláusulas contratuais gerais. Sendo uma temática sem grandes tradições entre nós, a elaboração do diploma foi buscar inspiração a ordenamento jurídicos estrangeiros⁷⁸, onde a problemática já tinha uma dimensão significativa e, ainda, às diretrizes europeias, embora existisse a preocupação de construir o regime a partir da concreta realidade portuguesa. A inegável pertinência do tema que foi encarado com abertura, sedimentou as bases para o desenvolvimento de um regime capaz de uma tutela ampla, que não se cinge aos consumidores.

⁷⁶ De facto, a rejeição é uma hipótese que assiste aos sujeitos, contudo, no plano prático, a monopolização pelas empresas de serviços essenciais, faz com que esta rejeição implique a privação do acesso a um bem ou a um serviço que pode ser indispensável.

⁷⁷ A formação dos contratos pressupõe duas ou mais declarações de vontade encadeadas, em que uma das partes, ambicionando a vinculação contratual, manifesta a sua vontade sob a forma de uma proposta; a outra parte, por sua vez, exprime a sua intenção através da aceitação. A proposta deve ser completa, firme e precisa, garantindo a inclusão dos requisitos exigíveis para que possa integrar o conteúdo do contrato, na sua formulação originária. À parte da necessidade de fixar os elementos essenciais do conteúdo contratual, para que a formação do negócio dependa apenas da aprovação do destinatário, a proposta tem, ainda, que revestir a forma exigida para o contrato. Relativamente à aceitação, declaração que marca a celebração do contrato, exige-se que seja conforme à proposta e que revista a forma exigida para o contrato, podendo ser expressa ou tácita, nos casos em que a natureza do contrato assim o permitir.

⁷⁸ Em Portugal, sendo esta uma problemática nova, não haviam orientações precedentes, apenas os princípios fundamentais do CC, que não eram solução suficiente, obrigando o legislador português a procurar inspiração, sobretudo, no direito alemão.

3.2 A Diretiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril

A crescente circulação de bens e serviços na comunidade europeia, realçou o problema da tutela do consumidor que, atendendo à dimensão do território onde se congregam diferentes países, cada um com a sua própria legislação, a carência de proteção da parte mais fraca é elevada a uma escala muito superior. Eis que surge a Diretiva n.º 93/13/CEE, de 5 de abril, diploma comunitário que disciplina as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Quando a Diretiva é aprovada, a lei portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais já contava com oito anos de um regime com peculiaridades face a outros diplomas, dado que ao contrário da lei comunitária e de outras leis europeias, inclusive da alemã, que se cingem apenas aos contratos de consumo, o diploma português aplica-se não só aos contratos de consumo, mas também a outros contratos, como os celebrados entre empresas e os contratos celebrados sem a intervenção de um profissional. Porém, importa ressaltar que, embora a lei portuguesa abarque todos estes contratos, indo além da Diretiva, o regime é variável consoante o tipo contratual em causa, havendo maior rigor no controlo da licitude dos contratos de consumo.

A transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico português impôs alguns ajustamentos, que foram feitos gradualmente. A primeira adaptação, feita pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de agosto, não aproximou o âmbito de aplicação do diploma português da previsão comunitária. Com efeito, a Diretiva é relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, direcionando o seu âmbito de aplicação para as cláusulas contratuais que não tenham “*sido objecto de negociação individual*”⁷⁹, o que ia além do conceito de cláusula contratual geral que era definido pelo RJCCG. Tal desencontro deixou uma lacuna na transposição, corrigida posteriormente pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de julho. Após esta correção, o n.º 2 do art. 1º do Decreto-lei n.º 446/85, veio determinar a aplicação do diploma, também, “*às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*”, passando a ser conforme ao âmbito do direito comunitário.

3.3 O âmbito de aplicação do Decreto-lei n.º 446/85

A aprovação do Decreto-lei n.º 446/85 foi um importante marco no crescimento do comércio massificado, porque tomou as rédeas da tendência para a limitação da

⁷⁹ Art. 3º, n.º 1 da Diretiva, onde se define o que pode levar uma cláusula a ser considerada abusiva.

liberdade contratual, com a conseqüente desproteção do aderente, e instituiu uma disciplina para as cláusulas contratuais gerais, pensada para contrabalançar o proeminente desequilíbrio contratual entre as partes.

O n.º 1 do art. 1º do diploma em análise define as cláusulas contratuais gerais como aquelas que são “*elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar*”. A esta modalidade de cláusula negocial, marcada pela ausência de negociação individualizada, parece ser possível apontar as características da pré-elaboração, generalidade e rigidez.

A pré-elaboração consiste no facto de uma das partes elaborar previamente a sua declaração negocial, determinando unilateralmente as cláusulas que vão compor o conteúdo do contrato. É uma elaboração anterior à celebração do contrato, propriamente dita, e é unilateral por ser feita apenas por uma das partes, sem possibilidade de negociação da contraparte.

Enquanto cláusulas que se destinam a serem apresentadas a todos os potenciais futuros contraentes, de forma indiferenciada, caracterizam-se, também, pela generalidade.

A rigidez é apontada no sentido em que aos aderentes, apenas é dada a simples possibilidade de aceitar ou recusar em bloco as cláusulas que lhes são apresentadas. Convém, no entanto, referir que esta característica não funciona como um requisito jurídico essencial por força do art. 7º do RJCCG, que prevê que algumas cláusulas possam ser especificamente acordadas pelas partes, prevalecendo estas sobre as cláusulas contratuais gerais⁸⁰.

Do art. 2º do RJCCG resulta que não se encontra prevista nenhuma forma específica para as cláusulas contratuais gerais, dado que a comunicação das mesmas pode ser feita por variados meios, como a *internet*, o telefone, a rádio, a publicidade, entre outros.

A elaboração prévia das cláusulas pode ser levada a cabo por um dos contraentes (proponente e destinatário) ou por um terceiro. Se a lei não admitisse um leque tão abrangente, atribuindo apenas ao proponente a tarefa de elaborar as cláusulas, este, com o intuito de afastar a aplicação do RJCCG, poderia arranjar estratégias para colocar o aderente na posição de emissor da proposta e, por esta via, numa posição menos protegida.

⁸⁰ Seguimos, aqui, o entendimento propugnado por Carlos Ferreira de Almeida, segundo o qual a rigidez não é um requisito essencial, atendendo à possibilidade prevista no art. 7º. (Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 171).

A extensão das cláusulas, tal como nos mostra o art. 2º, não releva para a aplicação do regime, podendo estar em causa uma cláusula ou todo um clausulado extenso, disposto por várias páginas.

Por fim, o preceito supracitado diz-nos que o conteúdo das cláusulas não sofre qualquer limitação, podendo ser informado tanto por elementos essenciais, como por elementos acessórios do contrato.

3.4 Os contratos de adesão – confronto com as cláusulas contratuais gerais

Os contratos de adesão transparecem a evolução que culminou na atual sociedade industrial, com o cunho da produção em série e da distribuição em massa. As atuais estruturas de produção e de distribuição impõem celeridade e eficácia. Para tal, surgiram estes contratos, onde a tradicional negociação prévia entre as partes, para que a vontade e os interesses de ambos se conformem, foi substituída pela prevalência da vontade e dos interesses de apenas uma delas, que pré-elabora unilateralmente o conteúdo que irá integrar os contratos a celebrar no futuro. Ao público a quem é proposto este conteúdo contratual cabe aceitar ou rejeitar.

A designação atribuída a estes contratos reflete bem a essência dos mesmos, no sentido em que o aderente se limita a aderir a cláusulas previamente elaboradas por outrem. Aliás, é esta inserção de cláusulas previamente elaboradas de forma unilateral pelo proponente, sem oportunidade de negociações entre as partes, que traduz a grande peculiaridade deste instrumento negocial.

A lógica subjacente aos contratos de adesão, permite que todos os contratos a celebrar no futuro sigam o mesmo modelo, garantindo uniformidade. Os contratos de fornecimento do gás, da água, da energia elétrica, de prestação de serviços de telecomunicações, entre outros, constituem alguns exemplos. São contratos cujo conteúdo é composto, essencialmente, pelas cláusulas previamente formuladas pelas empresas prestadoras dos serviços. Sem prejuízo de haver lugar a eventuais negociações sobre certos assuntos, a regra é a de que o aderente não pode alterar as cláusulas previamente redigidas pelo proponente.

Ora, torna-se, então, possível analisar dois momentos. Num primeiro momento, as cláusulas são elaboradas previa e unilateralmente. Numa fase posterior, tem lugar a celebração do contrato com um sujeito determinado, dando início à relação contratual.

Assiste-se a uma generalizada tendência para alternar as designações contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, como se uma e outra precisassem a mesma

realidade. Contudo, e em bom rigor, os primeiros designam uma realidade mais ampla, não existindo sempre uma total correspondência com estas últimas, como se passará a enunciar.

Os contratos de adesão constituem um modo de formação de negócios jurídicos, caracterizada pela predeterminação unilateral do conteúdo contratual por uma das partes, que o apresenta à contraparte, que apenas pode aceitar ou rejeitar o que lhe é proposto. Ao contrário, as cláusulas contratuais gerais são uma modalidade de cláusula que compõem o conteúdo de contratos que se destinam a uma utilização generalizada, ou seja, cláusulas que são apresentadas a todos os potenciais contraentes, de forma indiferenciada.

Ademais, a prática corrente mostra que, em regra, os contratos de adesão são celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, porém há casos em que falta a generalidade⁸¹. Nestes casos, apesar de já não estarmos perante cláusulas contratuais gerais, uma vez que a generalidade é um requisito essencial, continua a existir contrato de adesão, desde que se mantenha a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez.

Em suma, as cláusulas contratuais gerais são elaboradas com o intuito de integrarem os inúmeros contratos de adesão, que se pretendem ver celebrados no futuro. Todavia, se às cláusulas pré-formuladas faltar a nota essencial da generalidade, não estamos perante uma circunstância que impeça o contrato de adesão de continuar a existir⁸².

3.5 Os contratos de adesão e a Diretiva n.º 93/13/CEE

Observa-se um enquadramento lógico entre os contratos de adesão e a disciplina da Diretiva n.º 93/13/CEE. O âmbito de aplicação do diploma comunitário são as cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de negociações individuais, sem relevar o facto dessas cláusulas cumprirem ou não os requisitos necessários para serem qualificadas de cláusulas contratuais gerais. A Diretiva tem, por isso, como objeto os contratos de adesão, o que compreende, não só os contratos construídos com recurso a cláusulas contratuais gerais, mas também os que incluam cláusulas elaboradas, previamente, por uma das partes, com o intuito de serem aplicadas apenas em determinado contrato.

⁸¹ Uma cláusula pré-formulada à qual falte generalidade, é uma cláusula que se destina a uma única utilização, o que não se harmoniza com os parâmetros das cláusulas contratuais gerais, que visam ser utilizadas numa multiplicidade de contratos.

⁸² Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão/Cláusulas contratuais gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2001, pp. 131-138.

Como já tivemos oportunidade de referir, a primeira transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico português não foi completa, porque manteve inalterado o âmbito de aplicação do então vigente RJCCG. Todavia, com a entrada em vigor da LDC, em 1996, o ordenamento nacional passou a incluir o controlo de cláusulas abusivas em todos os contratos de adesão celebrados com consumidores, incluindo os contratos em que às cláusulas contratuais faltasse a característica da generalidade⁸³. Desta forma, apesar do diploma sobre as cláusulas contratuais gerais não se ter adaptado de imediato ao âmbito da Diretiva, o direito português já contemplava que ele se aplicasse ao controlo das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, ainda que os mesmos fossem individualizados, desde a Lei n.º 24/96.

Mais tarde, para corrigir a incompletude da transposição e dissipar as dúvidas, o RJCCG passou a aplicar-se “às cláusulas inseridas em contratos individualizados”⁸⁴, que mantenham as notas de pré-elaboração unilateral e rigidez, por força do já referido Decreto-lei n.º 249/99.

⁸³ Cfr. art. 9º, n.ºs 2 e 3 da LDC.

⁸⁴ Cfr. art. 1º, n.º 2 do Decreto-lei n.º 446/85.

IV- A INSERÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NOS CONTRATOS

1. O artigo 4º do Decreto-lei n.º 446/85

Os riscos inerentes à utilização de cláusulas contratuais gerais, não obstam a que se esteja perante um modelo de contratação necessário na atual sociedade moderna. O recurso a este tipo de cláusulas introduz uma maior dinâmica no tráfego jurídico, que se reverte numa eficácia vantajosa para os próprios consumidores. Os reconhecidos benefícios não devem, porém, ser dissociados dos potenciais efeitos nocivos, que a lei tentou evitar impondo restrições à liberdade de estipulação. Estas restrições, segundo o ensinamento de Menezes Leitão⁸⁵, concretizam-se, num primeiro plano, por força do disposto no art. 4º do RJCCG.

O referido preceito elucida sobre o facto de ter de haver o ato de aceitação, para que as cláusulas contratuais gerais se considerem inseridas nos contratos. Esta imposição da lei resulta na exclusão das cláusulas que não passem no crivo da aceitação específica de um contraente⁸⁶.

A propósito do art. 4º, Jorge Morais Carvalho chama a atenção para a necessidade de ser feita uma interpretação da norma conforme ao espírito do regime em que ela se insere. O texto normativo parte do pressuposto de que quem impõe as cláusulas no contrato, também emite a proposta contratual. Pode, contudo, suceder que as cláusulas façam parte de um convite a contratar formulado pelo predisponente, o que não implica a sua vinculação imediata. Nesta hipótese de alteração ao ciclo contratual, a aceitação é feita pelo próprio predisponente, perante a proposta que cabe à contraparte emitir. Esta clarificação acerca do sentido interpretativo da norma, pretende mostrar que o predisponente pode não ser o proponente, casos em que será ele a ter de praticar o ato da aceitação, sem que daí resulte qualquer objeção à aplicação do RJCCG, tal como resulta do art. 1º, n.º 1 e do art. 2º⁸⁷.

Na esteira do art. 4º, que pressupõe a conexão entre o contrato e as cláusulas que nele são inseridas, impõe-se aludir aos casos, nada raros, em que a inclusão é feita por remissão. Mais concretamente, tratam-se dos casos em que a inclusão de cláusulas no contrato resulta de remissões que o mesmo faz para anexos ou outras declarações isoladas.

⁸⁵ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp.32 e 33.

⁸⁶ *Ibidem*, p.32.

⁸⁷ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, op. cit., pp. 73 e 74.

Por virtude da remissão, a relação entre as cláusulas e o contrato não é direta, mantendo-se, ainda assim, a necessidade de haver conexão entre os dois⁸⁸.

A inclusão de cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares não depende, exclusivamente, da aceitação, exigindo a lei outros requisitos para que tal inserção se efetive. Uma vez aceites as cláusulas e, conseqüentemente, verificada que esteja a sua conexão com o contrato, a lei determina a comunicação das mesmas, nos termos do art. 5º do RJCCG. À comunicação imposta acresce, em seguida, o dever de prestar todos os esclarecimentos necessários, dando cumprimento ao art. 6º. Por fim, não podem existir cláusulas especificamente acordadas pelas partes, já que existindo estas prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais, por força do art. 7º. A transposição de todas estas barreiras, permite que as cláusulas contratuais gerais se considerem inseridas nos contratos singulares.

Após ser analisada a conexão com o contrato, o cumprimento do dever de comunicar e do dever de informar, resta, no entanto, um obstáculo que carece de ser ultrapassado que, no entendimento de Menezes Leitão, concretiza o segundo plano de restrições à liberdade de estipulação e passa por aferir do eventual caráter abusivo das cláusulas⁸⁹. Esta tarefa prevista nos arts. 15º e seguintes do RJCCG, ao contrário da anteriormente analisada, que passa por controlar se as cláusulas são efetivamente recebidas e percebidas pelo destinatário, consiste numa apreciação do próprio conteúdo das cláusulas, que não pode ser abusivo⁹⁰. Logo, há entre estes dois tipos de controlo uma relação de precedência lógica, como nos mostra a sistematização das duas matérias no RJCCG.

2. A comunicação

A lei determina que a comunicação das cláusulas contratuais gerais ao aderente, é outro dos requisitos essenciais para que as mesmas se considerem incluídas num contrato singular. Este dever previsto no art. 5º do RJCCG, visa desenvolver e estimular a necessidade de se dar a conhecer, de forma completa e adequada, todo o projeto negocial.

⁸⁸ A este tema da remissão do contrato para cláusulas contidas em anexos será feita nova referência mais adiante.

⁸⁹ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp.35 - 46.

⁹⁰ Esta matéria, denominada entre a doutrina por controlo de conteúdo das cláusulas, por razões de pertinência e sistematização, será objeto de um estudo direcionado apenas para a cláusula de fidelização, que terá lugar mais à frente.

Não se bastando com a completude, o dever não fica cumprido pela simples comunicação de todas as cláusulas. É, ainda, indispensável que a comunicação seja feita de forma adequada, para que efetivamente a contraparte tenha a possibilidade de conhecer as cláusulas. Destarte, ao utilizador das cláusulas não compete, apenas, transmiti-las, compete, também, a tarefa acrescida de ter em consideração o modo como fará essa transmissão⁹¹.

O Acórdão do STJ de 1 de fevereiro de 2000⁹², estabelece que o dever de comunicação previsto no art. 5º concretiza-se em duas fases. Primeiramente, resulta do n.º 1 do preceito, o dever do predisponente comunicar integralmente as cláusulas contratuais gerais de que faz uso à contraparte. A segunda fase é fixada pelo n.º 2, ao impor que essa comunicação deva “*ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária*”, para que “*o conhecimento completo e efetivo*” das cláusulas se torne possível “*por quem use de comum diligência*”⁹³.

Sendo este um dever qualificado⁹⁴, o cumprimento não se basta com a entrega de um exemplar do contrato ao destinatário das cláusulas, no momento da celebração. Nem tão pouco é suficiente que o aderente tenha assinado uma cláusula muito comum neste tipo de contratação, onde, em regra, está escrito “*Declaro ter tomado conhecimento de todas as cláusulas contratuais*”⁹⁵. A posse de um exemplar do contrato ou a assinatura após a citada menção não são, por si só, indicadores de que o dever de comunicação tenha sido efetivamente cumprido.

⁹¹ Cfr. ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2005, p. 60.

⁹² Processo n.º 99A877, Relator Ribeiro Coelho, disponível em www.dgsi.pt.

⁹³ Art. 5º, n.º 2 do RJCCG.

⁹⁴ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 130 e ALMENO DE SÁ, *op.cit.*, p. 60. Sobre a qualificação do dever de comunicação encontramos na nossa doutrina quem considere tratar-se de uma obrigação de meios. Neste sentido *vide* MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais - Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 25. Para o conceito de obrigação de meios *vide* LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 125-127.

⁹⁵ Esta anotação constitui, ela própria, uma cláusula contratual geral, pelo que também tem de ser comunicada, nos mesmo termos em que todas as outras cláusulas o são. Ademais, não é pelo facto de o aderente conhecer esta cláusula, que podemos concluir pela comunicação efetiva de todas as restantes cláusulas. Destarte, esta menção não constitui prova bastante de que o dever de comunicação foi cumprido, tal como sustenta o Acórdão do TRP, de 3 de julho de 2003, Processo n.º 0333488, Relator Saleiro de Abreu, disponível em www.dgsi.pt, que se passa a transcrever “*constando de uma declaração apenas que o subscritor tomou conhecimento das condições de um contrato de seguro, sem que em ponto algum se mencionem ou especifiquem as condições, ignora-se de todo que condições se tratava ou se terão sido comunicadas todas as constantes das condições gerais, designadamente a que se refere à competência convencional, pelo que não pode ter-se como cumprido o dever de comunicação que impendia sobre a seguradora.*”

A comunicação tem-se por efetivada na íntegra, quando realmente permite ao aderente conhecer o clausulado. É o n.º 2 do art. 5º que aponta os requisitos considerados essenciais pelo legislador no cumprimento deste dever. Note-se que tem de ser tido em conta o “*modo*” e a “*antecedência*” com que a comunicação é feita; a “*importância do contrato*”; e “*a extensão e complexidade das cláusulas*”.

Concorrem para o cumprimento destas exigências da lei o tipo de discurso usado na comunicação, que deve ser perceptível e sem muitos termos técnicos, o idioma em que as cláusulas são comunicadas, o volume do texto, bem como o tamanho e o tipo de letra em que o mesmo é redigido, entre outros aspetos igualmente relevantes para que se proporcione ao aderente um real conhecimento das cláusulas.

É a necessidade de tutela daquele que ocupa a posição mais fraca na relação contratual, que subjaz às exigências da lei. O que se pretende é que a contraparte do utilizador das cláusulas possa ter o conhecimento efetivo das mesmas, para formar uma vontade ponderada, conforme aos seus interesses e esclarecida relativamente à amplitude das suas decisões.

Na senda do dever de comunicação, merece ser feita referência aos casos em que o clausulado remete para anexos, que poderão ser outros contratos, catálogos, cartazes ou até mesmo o verso do documento onde é feita a remissão. Os documentos isolados para os quais são feitas as remissões, tal como nos explica Ana Prata⁹⁶, não merecerão a devida atenção por parte do aderente. Todavia, mereceu a nossa atenção, o facto de também as cláusulas constantes dos anexos estarem cobertas pelo dever de comunicar, pelo que devem ser efetivamente transmitidas à contraparte⁹⁷. Não basta remeter para os anexos e deixar que seja o próprio aderente a tomar a iniciativa de ir conhecer o teor do texto para o qual se remete, até porque dificilmente ele teria tal atitude, convencido de que essas remissões não incidem sobre informações essenciais. Reitera-se que valem para as remissões todas as exigências de comunicação constantes do art. 5º.

As imposições do legislador traduzem a necessidade de aferir o cumprimento deste dever caso a caso. Rigorosamente, só à luz das circunstâncias concretas é possível concluir pelo (in)cumprimento desta forma qualificada de comunicar, uma vez que tem de ser tido em conta “*a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas*”⁹⁸. O conteúdo do dever de comunicar tem de ser adequado às circunstâncias

⁹⁶ Cfr. ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2010, p.215.

⁹⁷ Cfr. ALMENO DE SÁ, *op. cit.*, pp. 239 e 240.

⁹⁸ Art. 5º, n.º 2.

em que o contrato se celebra, à complexidade das cláusulas que o compõem, à natureza da contraparte e à relevância do próprio contrato em que as cláusulas se inserem. Em suma, só uma ponderação casuística, que aprecie todas as nuances concretas do caso particular, é capaz de avaliar o cumprimento do dever de comunicação.

O art. 5º, n.º 2 *in fine* prescreve que “o conhecimento completo e efectivo” tem de ser possível “por quem use de comum diligência”. Daqui se infere que não se ditam regras de conduta, apenas, às entidades utilizadoras das cláusulas contratuais gerais. As exigências que recaem sobre estas entidades aquando da comunicação, pressupõem um destinatário que pautar a sua atuação por uma comum diligência. Espera-se que o aderente tenha uma conduta razoável, sendo que como nos ensina Almeno de Sá⁹⁹, “tal conduta é aferida segundo o critério abstracto da diligência comum, o que nos reconduz ao cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente pressuposto pela ordem jurídica, colocado na situação em causa”. Está em causa uma apreciação baseada no padrão do sujeito médio, excluindo-se, à partida, considerações acerca das capacidades e conhecimentos pessoais do destinatário das cláusulas¹⁰⁰.

Neste sentido, o Acórdão do STJ de 18 de novembro de 1999¹⁰¹, pretendeu enfatizar que a necessidade de atuar de comum diligência, não obsta a que a postura ativa no âmbito da comunicação continue a recair sobre o utilizador das cláusulas, ora vejamos “o fornecedor de bens ou serviços é quem tem de informar de forma completa o consumidor dos serviços que presta e dos benefícios que concede, estando o consumidor dispensado do ónus de tomar as iniciativas necessárias ao seu correcto esclarecimento.”

A redação dada pela lei ao n.º 3 do art. 5º visa incentivar o contraente que apresenta as cláusulas, a cumprir eficazmente o dever de comunicação, já que é sobre ele que recai o ónus de provar que as cláusulas foram adequada e efetivamente comunicadas. Face à previsão da lei, logicamente se infere que o cumprimento deste dever não se presume.

Relevante nesta matéria, é a discussão na doutrina sobre a eventualidade do ónus da prova da comunicação adequada e efetiva, ser autonomizável do ónus de alegação da violação de tal dever. Acolhemos aqui a posição que alega a regra geral do art. 342º, n.º 1 do CC, para salientar que o ónus da prova acompanha o da alegação¹⁰². Não

⁹⁹ Cfr. ALMENO DE SÁ, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *op. cit.*, p. 132.

¹⁰¹ Processo n.º 99B869, Relator Ferreira de Almeida, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰² Como apologistas deste entendimento temos MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA E ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 24, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo, op. cit.*, p. 77 e JOSÉ

consagrando o art. 5º, n.º 3 uma exceção à regra, não vemos razão para perfilhar o entendimento segundo o qual se autonomiza um ónus do outro, cabendo ao aderente alegar a violação do dever de comunicação e à sua contraparte provar que cumpriu tal dever¹⁰³.

O desrespeito pelas exigências previstas no art. 5º equivale a uma comunicação frustrada, que implica a exclusão do contrato singular de todas as cláusulas que não tenham sido adequada e efetivamente comunicadas, sanção que se encontra prevista no art. 8º, al. a) do mesmo diploma.

3. O dever de informação

Outra das barreiras que tem de ser transposta, para que as cláusulas contratuais gerais se incluam num contrato singular é a resultante do art. 6º do RJCCG, que prescreve o dever de informação.

Da análise do dever de comunicação, previsto no art. 5º, com ligeireza se conclui pela indubitável conexão com o dever de informar, visto que uma utilidade autónoma de cada um destes deveres não seria tão ampla e eficaz, como a utilidade que resulta da associação entre ambos.

Primeiramente, o utilizador das cláusulas tem de permitir ao aderente a oportunidade de conhecer completa e adequadamente o clausulado. Por força do dever de informação este utilizador tem, como decorrência do dever de comunicar, o dever de clarificar todos os aspetos resultantes das cláusulas, cujo esclarecimento seja necessário. Ainda que sejam deveres diferentes, ambos cumprem o mesmo objetivo, promover a plenitude do conhecimento e da compreensão das cláusulas pelo aderente e, por esse motivo, encontram-se numa relação de precedência lógica, em que a comunicação precede a informação¹⁰⁴. A primeira visa o acesso para poder conhecer as cláusulas, reportando-se a todo o seu conjunto; já a segunda destina-se à compreensão do conteúdo dessas cláusulas, abrangendo apenas os “*aspectos nelas compreendidos cuja aclaração*

MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 - Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 64 e 65.

¹⁰³ Esta é a posição de ANA FILIPA MORAIS ANTUNES (Cfr, *op. cit.*, p.133), à semelhança do que defende alguma jurisprudência. Para tal cfr. Acórdão do STJ, de 9 de outubro de 2003, Processo n.º 03B1384, Relator Araújo Barros; Acórdão do STJ, de 25 de maio de 2006, Processo n.º 06B1016, Relator Pereira da Silva; e Acórdão do TRP de 26 de março de 2007, Processo n.º 0654478, Relator Marques Pereira, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁰⁴ Sobre a forma como tão bem se relacionam estes dois deveres que oneram o predisponente *vide* Acórdão do STJ, de 13 de setembro de 2016, Processo n.º 1262/14.IT8VCT-B.G1.S1, Relator Alexandre Reis, disponível em www.dgsi.pt.

se justifique”¹⁰⁵. Juntas são requisitos essenciais para que as cláusulas sejam inseridas no contrato singular que venha a ser celebrado.

A importância de compreender o que é comunicado motivou o legislador a prever o dever de informação no art. 6º do RJCCG. Da leitura do normativo vislumbra-se a dupla composição deste dever. No n.º 1 prevê-se um comportamento espontâneo por parte do predisponente, no sentido de esclarecer, por sua iniciativa, todos os aspetos das cláusulas “*cuja aclaração se justifique*”. O n.º 2 já alivia este dever de iniciativa deste contraente, colocando-o no aderente, que terá de solicitar os esclarecimentos que, razoavelmente, forem necessários. Por força do n.º 2, a segunda componente do dever de informação, consubstancia-se num dever de prestar “*todos os esclarecimentos razoáveis solicitados*”¹⁰⁶. Note-se que o predisponente, neste caso específico, só tem de esclarecer se lhe forem pedidos esclarecimentos ou informações adicionais aos que ele, espontaneamente, já teve de prestar por imposição do n.º 1.

O dever de informação implica, assim, que o predisponente informe sobre os aspetos das cláusulas que não sejam claros e evidentes, e que responda aos esclarecimentos razoáveis que lhe sejam pedidos.

A lei faz depender o conteúdo que enforma este dever das circunstâncias específicas de cada caso. A informação a prestar, obviamente, não será sempre igual, antes dependerá das especificidades de cada caso concreto. Como explica António Pinto Monteiro, relacionando com o facto do próprio dever de comunicação também prever a necessidade de atender a determinados condicionalismos¹⁰⁷, “*o conteúdo deste dever de informação, bem como os termos por que deve ser feita a comunicação prévia das cláusulas contratuais gerais, dependem das circunstâncias, sendo de considerar, designadamente, o facto de já existirem anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor*”¹⁰⁸.

A solicitação de esclarecimentos pelo destinatário das cláusulas tem de ser razoável, querendo com isto dizer que tem de haver uma razão para pedir a aclaração, como, por exemplo, a complexidade do conteúdo das cláusulas, do objeto ou até de outros elementos atinentes ao contrato que, razoavelmente, justifiquem o pedido de esclarecimento. Nas palavras de Ana Prata¹⁰⁹, “*o predisponente das cláusulas não tem de*

¹⁰⁵ Art. 6º, n.º 1, *in fine*.

¹⁰⁶ Art. 6º, n.º 2, *in fine*.

¹⁰⁷ Art. 5º, n.º2.

¹⁰⁸ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, *op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁹ Cfr. ANA PRATA, *op. cit.*, p. 256.

*satisfazer todos os pedidos de esclarecimentos do aderente ou candidato a tal, designadamente os que correspondam a capricho ou propósito de entretenimento, pois aí estaremos evidentemente no domínio do abuso do direito*¹¹⁰.

O não cumprimento do dever de informação, corresponde ao desrespeito de um requisito essencial para que uma cláusula se inclua no contrato singular e dá-se quando, não obstante a comunicação das cláusulas ter sido feita, não se acautelaram os meios para que as mesmas fossem clarificadas e compreendidas. Determina o art. 8º, al. b) que “*as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo*”, têm-se por excluídas dos contratos singulares. Tudo se passa como se nunca tivessem integrado o conteúdo do contrato em causa.

Em sede de violação deste dever e olhando para o ónus da prova, ao inverso do que acontece com a norma da comunicação, o art. 6º não faz qualquer menção a este respeito. Cremos, com José Manuel de Araújo Barros¹¹¹, que, tal como no art. 5º, o legislador não revelou qualquer intenção de constituir uma exceção ao regime geral do ónus da prova, previsto no art. 342º, n.º 1 do CC. Acresce que se tal intenção tivesse existido, com certeza não se verificaria este silêncio da lei sobre o tema. Por tudo se propugna o mesmo entendimento já demonstrado aquando da comunicação. Segundo o referido preceito do CC e em consonância com o art. 5º, n.º 3 do RJCCG, por não se colherem fundamentos para divergir destes regimes, caberá ao predisponente alegar e provar que cumpriu o dever de informação^{112 113}.

O legislador encontrou na necessidade de garantir ao aderente as ferramentas necessárias para uma tomada de decisão consciente, o fundamento bastante para prever o dever de informação no art. 6º, retirando inspiração do dever pré-contratual de informação plasmado no art. 227º do CC, por imposição do princípio da boa fé¹¹⁴. À semelhança da

¹¹⁰ Este instituto do abuso do direito encontra-se previsto no art. 334º do CC.

¹¹¹ Cfr. JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *op. cit.*, pp. 94 e 95.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Este mesmo entendimento para o ónus da prova do dever de informação é propugnado por alguma jurisprudência, conforme comprovam o Acórdão do TRG, de 25 de setembro de 2002, Processo n.º 342/02-2, Relator Leonel Serôdio; Acórdão do TRE, de 2 de outubro de 2003, Processo n.º 2633/02-2, Relator Acácio Luís as Neves; e Acórdão do TRL, de 15 de outubro de 2009, Processo n.º 59659/05.4YYLSB-A.L1-6, Relator Manuel Gonçalves, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹⁴ Atendendo às várias invocações que por nós já foram feitas a este princípio, por reconhecida essencialidade que o mesmo reveste no nosso ordenamento jurídico, merece agora uma breve alusão ao mesmo. A boa fé é um princípio fundamental na ordem jurídica, que marca o papel dos valores extralegais e da dimensão social na concretização do direito. A boa fé tem um campo largo de atuação em todas as áreas do direito, mas a que aqui tratamos é perspetivada para o domínio dos contratos, é, portanto, a boa fé em sentido objetivo. Para o tema que nos apraz, não releva a ignorância do sujeito, que desconhece vícios ou factos anteriores e, por isso, está convicto de que atua em consonância com o direito, ou seja, não releva o sentido subjetivo da boa fé. No domínio contratual e por referência aos preceitos já citados, entre eles o

comunicação, em causa está sempre o imperativo da defesa máxima daquele que ocupa a posição mais desprotegida da relação. É na tentativa de reverter esta inferioridade e para minorar os riscos inerentes à própria natureza das cláusulas contratuais gerais, que se encontra o alicerce para todo o escopo deste dever que trás fica exposto.

4. As cláusulas prevalentes

As cláusulas contratuais gerais consideram-se, por fim, incluídas nos contratos singulares se conseguirem ultrapassar a barreira imposta pelo art. 7º do RJCCG. Nos termos deste artigo, sempre que as partes acordem cláusulas com conteúdo distinto das cláusulas gerais que enforma o modelo de contrato a celebrar, prevalecem as primeiras sobre as segundas, “*mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes*”¹¹⁵.

O legislador, neste preceito, partiu do pressuposto de que se as partes concordaram em negociar algumas cláusulas, foi com o intuito de inseri-las no contrato, ainda que não as tenham inserido no documento contratual escrito. Não prevendo a lei que essas cláusulas especificamente acordadas tenham de ser reduzidas a escrito, a circunstância de advirem de acordo oral não obsta a que passem a integrar o contrato, prevalecendo sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais¹¹⁶.

O art. 7º colhe a sua *ratio* no próprio regime em que se insere. Segundo o Decreto-lei n.º 446/85 e o seu propósito de aliviar os desequilíbrios inevitáveis da aceitação de cláusulas pré-formuladas unilateralmente, não poderia ter sido acolhida melhor solução se não esta, que determina que as cláusulas advenientes de acordo específico prevalecem sobre outras cláusulas gerais, porque sendo acordadas estarão em correspondência com a vontade das partes.

Aqui chegados, as cláusulas gerais que tenham sido aceites, nos termos do art. 4º, adequada e efetivamente comunicadas, segundo o art. 5º, devidamente informadas e esclarecidas, com respeito pelo art. 6º e, finalmente, sem que hajam “*cláusulas especificamente acordadas*”, conforme prevê o art. 7º, superam as barreiras previstas para

art. 227º do CC, orienta-nos o sentido objetivo da boa fé, enquanto “*regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo honesto, correcto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como impondo deveres de colaboração entre eles*” (Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 125). Este princípio, neste sentido, acompanha a fase pré-contratual e mantém-se presente em toda a vigência da relação contratual, até mesmo quando esta se extingue (arts. 227º, n.º 1, 236º, 239º, 334º e 762º, n.º 2). O comportamento pautado pela lealdade e pela honestidade que a boa fé impõe às partes, fundamenta o surgimento de deveres como o de informação.

¹¹⁵ Art. 7º *in fine*.

¹¹⁶ Cfr. ANA PRATA, *op. cit.*, p.263.

a inclusão, considerando-se essas cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos singulares.

Ao contrário, se concluirmos pelo não preenchimento dos requisitos previstos para a inclusão das cláusulas gerais nos contratos singulares, a consequência prevista na nossa lei, designadamente no art. 8º do diploma em apreço, é a da exclusão dessas cláusulas, que ficam sem fazer parte do conteúdo do contrato singular celebrado.

Acresce a esta consequência jurídica para a inobservância das regras da inclusão, a determinação dos efeitos da exclusão das cláusulas na subsistência dos contratos, feita pelo art. 9º. Segundo ele “*os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos*”. Prevê-se, porém, a nulidade dos contratos quando “*não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé*”¹¹⁷.

¹¹⁷ N.ºs 1 e 2, respetivamente, do art. 9º.

V- O DEVER DE INFORMAÇÃO NA DEFESA DOS CONSUMIDORES

1. Em que se traduz

A desigualdade no nível de informação entre os intervenientes da relação é uma das condicionantes que levam a boa fé a impor deveres de informação, já que uma das partes fica carente de uma maior proteção. As relações de consumo são, pela sua natureza, um campo fértil para o enquadramento e a análise do dever de informação. A vulnerabilidade característica destas relações, impõe ao direito a necessidade de estabelecer o equilíbrio das mesmas, daí o acesso à informação assumir um papel tão essencial, porque estar informado permite um exercício esclarecido do direito de escolha, tarefa nada simples na complexa sociedade em que vivemos.

Facilmente se depreende a pertinência e o valor associados à imposição do dever de informação, sobretudo quando em causa estão relações de consumo, o que coloca este dever no mais alto nível de importância na proteção dos consumidores.

Diariamente, enquanto consumidores, somos confrontados com ofertas em massa de bens e serviços, que implicam, no momento de celebrar o contrato, uma grande ponderação, possível apenas quando precedida de informação e conhecimento.

O desequilíbrio do vínculo que se estabelece entre os profissionais e os consumidores, está interligado com a discrepância de informação que existe entre ambos. Os profissionais conhecem bem os produtos que colocam no mercado, o que já não sucede com os consumidores.

O atual funcionamento do mercado, caracterizado pela celeridade e pelos estímulos incessantes ao consumo, concorrem para a posição desfavorecida em que é colocado o consumidor. A realidade mostra que as relações contratuais emergentes na sociedade de consumo, pautam-se pela compressão da liberdade negocial dos consumidores. Neste contexto, o dever de informação surge como um dos princípios basilares da proteção do consumidor, merecendo grande empenho do legislador na criação de mecanismos que permitam efetivar o seu cumprimento.

O dever de informação corresponde, na esfera jurídica da parte mais débil da relação contratual, o consumidor, ao direito à informação e tem a sua origem no princípio da boa fé, prescrito no art. 227º, n.º 1 do CC. O normativo estabelece que “*quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé*”, o que se traduz, não só, mas

também, nos deveres de comunicar, de informar e de esclarecer sobre todo o projeto comercial¹¹⁸.

Sobre o dever de informação no âmbito do consumo, ensina-nos Fernando de Gravato Morais que, centrados na informação contratual, afigura-se possível destringer a informação que é prévia à celebração do contrato, da que é subsequente à sua realização. Acrescenta que os contratos de consumo, enquanto contratos que o são, não podem deixar de estar sujeitos às normas imperativas que preveem a disciplina contratual geral. Nestas normas estão consagrados deveres de informação pré-contratuais, que não abandonam o seu cariz imperativo relativamente aos contratos de consumo, pelo facto da própria legislação do consumo prever um dever de informação. Assim, no entendimento do referido autor, os contratos de consumo também estão submetidos à imperatividade subjacente aos deveres de informação pré-contratuais, que decorrem do princípio da boa fé. Ulteriormente à realização do contrato, Fernando de Gravato Morais distingue os deveres que surgem após essa celebração. Aponta como exemplo o art. 23º do Decreto-lei n.º 209/97, de 13 de agosto, “*dado que entre a data da realização do negócio e o início da sua execução por parte da agência de viagens medeia um certo período de tempo, exige-se antes do começo da viagem organizada a prestação de um conjunto de indicações que têm por finalidade informar o cliente acerca dos pormenores daquela*”¹¹⁹.

Nas relações de consumo, o dever de informação está intrinsecamente ligado à cognoscibilidade, porque concretiza-se pela efetivação não apenas das possibilidades de conhecimento, como também das possibilidades de compreensão. O consumidor, que *a priori* já está colocado numa posição de desigualdade informacional, tem de poder conhecer e tem de poder compreender, para que as suas escolhas possam ser bem formadas e conscientes. Não queremos com isto dizer que o foco da lei vai para o facto de o consumidor conhecer e compreender efetivamente a informação. O que a lei pretende é que o devedor da informação promova o acesso à mesma, que providencie todos os meios para a informação poder ser conhecida e compreendida. É a desejada

¹¹⁸ Neste segmento, Luís Miguel Simão da Silva Caldas entende que no Direito do Consumo, o direito à informação concretiza-se num plano geral e num plano individual, ao invés do que se verifica no Direito das Obrigações, ramo do direito que segundo o autor não comporta um direito à informação com carácter geral. Para maiores desenvolvimentos *vide* LUÍS MIGUEL SIMÃO DA SILVA CALDAS, “Direito à informação no âmbito do direito do consumo – o caso específico das cláusulas contratuais gerais”, in *Julgar*, n.º 21, Coimbra, Coimbra Editora, setembro - dezembro de 2013, pp. 206 e 207.

¹¹⁹ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A evolução do direito do consumo”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 55, setembro de 2008, pp. 17 e 18.

cognoscibilidade que se visa alcançar. Para tal, é preciso que tenha sido disponibilizado ao consumidor tudo o que é necessário para poder conhecer e poder compreender.

Os esforços canalizados pelo legislador para o dever de informação se nortear pela cognoscibilidade encontram a sua razão de ser, uma vez mais, na carência de tutela do consumidor, tantas vezes colocado perante contratos de consumo em massa, que limitam a sua escolha apenas às hipóteses de aceitação ou rejeição.

A contratação em massa com recurso às cláusulas contratuais gerais, como prática corrente nas relações de consumo, explica a inegável ligação entre a legislação do consumo e o RJCCG. Não sendo duas realidades estanques, ambas caminham no mesmo sentido, o da proteção do consumidor. Embora o RJCCG não seja exclusivo do Direito do Consumo, o seu contributo na defesa dos consumidores tem uma vasta amplitude. Reflexo preciso desta ligação entre ambos, são os deveres de comunicação e de informação previstos para as cláusulas contratuais gerais, porque intrinsecamente conexos com o dever de informação, prescrito nos normativos que disciplinam o consumo. Há inclusive, entre a nossa doutrina, quem afirme que “*constituem, sob a perspectiva do Direito do Consumo, emanações directas do direito à informação do consumidor*”¹²⁰.

2. Breve referência aos deveres de informação pré-contratuais

Atendendo às várias referências que por nós já foram feitas aos deveres de informação pré-contratuais, cumpre fazer-lhes uma breve resenha.

Os deveres pré-contratuais, previstos na disciplina geral dos contratos, designadamente no art. 227º do CC, surgem quando dos contactos entre as partes emerge confiança recíproca de que cada uma delas vai atuar com lealdade, honestidade e responsabilidade. Esta confiança forma-se pela observação da conduta das partes, considerando o contexto em que a formação do contrato tem lugar. De notar que ela resulta de uma análise objetiva do comportamento das partes, sendo irrelevantes as características psicológicas.

O momento em que a confiança surge varia em função de cada caso. Reitera-se que não se trata de uma confiança concreta formada com base no psicológico da contraparte, mas sim de uma confiança objetiva, que se formaria em qualquer sujeito,

¹²⁰ Cfr. LUÍS MIGUEL SIMÃO DA SILVA CALDAS, *op. cit.* p. 225.

quando confrontado com aquele determinado comportamento, num contexto de negociações.

Este dever pré-contratual de informação compreende todos os aspetos que relevem para a decisão de celebrar o negócio, bem como o que diga respeito à vida e à manutenção do próprio contrato, na satisfação dos interesses das partes.

A informação deve, logo ao início, incidir sobre as cláusulas do contrato. As partes não têm, apenas, de comunicar reciprocamente quais as cláusulas que pretendem que componham o conteúdo contratual. Têm, ademais, de informar e esclarecer o sentido jurídico dessas cláusulas, para que ambas possam estar devidamente esclarecidas sobre todas as consequências, máxime as jurídicas e as económicas, que advenham da aceitação dessas cláusulas.

Quando o contrato tem por objeto um bem, o dever de informação comporta, igualmente, a necessidade de se transmitirem as informações concernentes ao bem, para evitar que quem o adquira lhe destine um fim indevido, ou seja surpreendido por vícios ou falta de qualidade. Por esta via, por exemplo, numa relação de consumo, quando o consumidor pretende adquirir um bem, recai sobre o profissional o dever de prestar todas as informações e esclarecimentos sobre o bem, particularmente, instruções de utilização, advertências para os perigos, explicitação das potencialidades, defeitos que eventualmente tenha, entre todos os outros elementos que sejam relevantes¹²¹.

O dever de informação pressupõe que as partes se esclareçam mutuamente, sobre possíveis barreiras que possam comprometer a validade e a eficácia jurídica do negócio que vão celebrar.

Sem prejuízo do dever de informação resultante da legislação do consumo diferir do dever de informação pré-contratual, os dois não colidem, conseguindo até uma convivência pacífica. São deveres que não se anulam, pelo contrário, complementam-se. O primeiro tem o âmbito de aplicação restrito aos contratos de consumo, ao passo que o segundo está presente em todo e qualquer contacto negocial prévio à celebração de um contrato, independentemente do tipo de contrato que esteja em causa. Se não existisse o dever de informação próprio dos regimes que disciplinam as relações de consumo,

¹²¹ Como explica Ana Prata, aquele que ocupa a posição final no ciclo de produção, mais concisamente, o vendedor, que estabelece o contacto direto com o consumidor, tem de requerer toda a informação necessária sobre o bem ou produto junto de quem o adquiriu, para poder transmitir ao consumidor. A circunstância de não ter sido o vendedor a produzir o bem, não o exime de ter de saber as informações necessárias sobre o mesmo, para poder prestar os devidos esclarecimentos (cfr. ANA PRATA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-contratual*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 60).

existiria sempre a obrigação pré-contratual de informar, resultante do regime geral previsto para o direito dos contratos, por força do art. 227º do CC. O legislador simplesmente entendeu que fazia falta um dever de informação no âmbito do direito do consumo, para assim poder proteger, de forma mais eficaz e completa, os interesses específicos que aí se tutelam. Ainda que diferentes, não estamos perante deveres opostos.

3. A publicidade e a informação

Neste segmento do dever de informação, enquadrado no particular contexto das relações de consumo, merece referência o papel da publicidade, definida no art. 3º do Código da Publicidade, pois não passa despercebida a sua relação com a informação.

O dever de informar destina-se a transmitir ao consumidor todos os elementos necessários, para que este fique a conhecer e compreenda tudo o que há a saber sobre o contrato a celebrar, aquando do exercício do seu direito de escolha. A publicidade é, não raras vezes, o meio através do qual se fazem chegar essas informações aos consumidores. O lançamento dos bens e dos serviços no mercado de consumo faz-se através da publicidade, o que significa que é uma forma de transmitir mensagens diretas aos consumidores. Por isso, é um veículo de transmissão de informações, usado para atrair os consumidores e incentivar o consumo.

A relevância jurídica da publicidade registou um crescimento exponencial, por ocasião da forte influência que ela exerce na formação da vontade dos consumidores, não sendo, por esse motivo, de estranhar que os diplomas mais emblemáticos do consumo não tenham descurado a sua importância. A exemplo disso surge o art. 7º, n.º 5 da LDC ao determinar que *“as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”*.

Este carácter vinculativo que a lei atribui às mensagens publicitárias, é em prol da proteção dos próprios consumidores, porque tenta reverter os efeitos perversos da publicidade quando, propositadamente, pretende induzi-los em erro.

4. O dever de informação na legislação do consumo

A proteção dos consumidores, enquanto tema transversal a vários ordenamentos jurídicos, levou à consagração, um pouco por todos eles, de deveres de informação que colocam sobre os profissionais o dever não só de prestar informações no exercício da

atividade que desenvolvem, mas igualmente o de prestar informações pré-contratuais acerca dos contratos de consumo que celebram.

Este dever tem como correlato o direito à informação que se forma na esfera jurídica do consumidor, constituindo um dos mais importantes mecanismos de proteção no Direito do Consumo.

Note-se que este é um tema transfronteiriço merecedor de consagração na Resolução n.º 39/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas¹²², no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹²³ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹²⁴.

Em território nacional, o direito à informação recebe consagração constitucional no art. 60º da CRP¹²⁵, integrando o catálogo dos direitos fundamentais de terceira geração (direitos e deveres económicos, sociais e culturais). Esta consagração da lei fundamental radica na dimensão pública e social que os direitos dos consumidores comportam, pelo poder que têm para refletir os seus efeitos na esfera dos cidadãos, sendo que enquanto tal, todos nós podemos ser consumidores.

Acresce à previsão constitucional, a consagração que o direito à informação e o correspondente dever de informar recebem na legislação do consumo e noutros diplomas que com ela estão interligados, passando-se a referir alguns desses diplomas.

O Decreto-lei n.º 446/85, embora não restrinja o seu âmbito de aplicação ao Direito do Consumo, insere-se no conjunto dos diplomas que com a legislação do consumo estão interligados. O regime por ele previsto assume grande importância no panorama atual das relações de consumo, com a reconhecida tendência para os contratos de consumo serem celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais. Como tal, enquanto diploma legal essencial à proteção dos direitos dos consumidores, não pode deixar de ser lembrada a previsão do dever de informação que é feita pelo seu art. 6º.

A LDC surge em destaque no relevo que atribui ao dever de informação, dando continuidade à proteção que a pioneira Lei n.º 29/81 já tinha iniciado. Merecem especial foco os arts. 3º, al. d), 7º, 8º e 9º, n.ºs 1 a 3, por consagrarem, para o consumidor, o direito

¹²² Esta Resolução, datada de 16 de abril de 1985, consagra a necessidade de permitir o acesso dos consumidores à informação adequada, para poderem tomar decisões conscientes e conformes aos seus interesses (cfr. art. 3, al. c)).

¹²³ Art. 169º, n.º 1.

¹²⁴ Art. 38º, onde se faz um apelo à defesa dos consumidores pelas políticas da União, nomeadamente, com a criação de todos os mecanismos cruciais no cumprimento de tal objetivo.

¹²⁵ *Vide supra* nota de rodapé 6.

a ser informado com clareza, precisão e adequação sobre os aspetos concernentes ao contrato, não apenas na fase preliminar, mas na celebração e vigência do mesmo.

A LSPE prescreve um dever de informação no art. 4º, que em muito se assemelha à previsão do diploma anteriormente citado.

Similarmente na LCE, o dever de informação é reconhecido em várias disposições, como o art. 39º, n.º 1, al. b) e n.º 2, al. a) e os arts. 47º e 67º.

Adianta-se, ainda, a previsão detalhada do dever de informação que é feita nos arts. 4º e 5º do diploma relativo aos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial¹²⁶.

Esta é uma enumeração meramente exemplificativa, que não esgota a consagração que o direito à informação dos consumidores recebe no ordenamento jurídico português. Os diplomas legais referidos, à semelhança de tantos outros que poderiam ser apontados, são reveladores dos méritos reconhecidos à informação e ao esclarecimento na promoção do equilíbrio contratual entre as partes. O combate à celebração de negócios desfavoráveis para o consumidor, consequentes de escolhas pouco esclarecidas, só é eficaz se for salvaguardado o seu direito a poder conhecer e a poder compreender, com tudo o que daí decorra.

¹²⁶ Cfr. arts 4º e 5º do Decreto-lei n.º 24/2014.

VI – O PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

1. O conceito de período de fidelização

A ordem jurídica portuguesa não contempla uma definição unívoca de período de fidelização. Todavia, a nossa experiência prática enquanto consumidores faz com que todos nós consigamos ter, pelo menos uma perspectiva básica, acerca do que a fidelização implica. Sabemos que os contratos de consumo dos dias de hoje vêm, na sua larga maioria, apetrechados com períodos de fidelização¹²⁷, aos quais não é possível escapar, se for nossa intenção ter acesso ao bem ou ao serviço a eles conexos. Apesar de, com frequência, associarmos esta fidelização aos contratos de prestação de serviços de telecomunicações, ela verifica-se em muitos outros serviços, nomeadamente, no fornecimento de gás, de eletricidade, de água, entre outros.

A ausência de um conceito único de fidelização no ordenamento português, não prejudica nem desvaloriza os esforços de alguma doutrina na delimitação da definição em causa que, muito merecidamente se reconhece, serem determinações fiéis ao que a fidelização implica na prática. Ainda que distintas, elas tocam nos pontos essenciais relativos ao tema, como seguidamente exemplificamos.

Jorge Morais Carvalho define o período de fidelização como “*o período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, durante o qual os contraentes não lhe podem pôr fim por via de denúncia*”¹²⁸.

No entendimento de Ana Prata, “*as chamadas cláusulas de fidelização*” são as que “*impõem durações mínimas dos contratos por períodos que, atentos o tipo e a natureza dos serviços prestados, têm de ser considerados excessivos*”¹²⁹, permitindo antever uma definição de cariz crítico, face ao que a fidelização pressupõe.

Sendo este um tema tão sensível aos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, a autoridade nacional que regula este setor, a ANACOM, decidiu ela própria avançar com uma definição de período de fidelização diferente, porque contextualizada para as telecomunicações, segundo a qual “*é uma condição contratual pela qual o consumidor se compromete a não cancelar o contrato que celebrou com o*

¹²⁷ São, igualmente, denominados de período contratual mínimo ou período de vigência. Assim, pelo art. 4º, n.º 1, al. p) *in fine* do Decreto-lei n.º 24/2014 e pelo art. 8º, n.º 1, al. h) da LDC, respetivamente.

¹²⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, op. cit., p. 110.

¹²⁹ Cfr. ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, op. cit., p. 520.

operador nem alterar as condições acordadas, sob pena de poder ter de suportar encargos. Em troca, o operador oferece-lhe condições mais vantajosas, como descontos na mensalidade, equipamentos mais baratos, oferta do valor da instalação do serviço ou do aluguer de equipamentos, oferta de canais extra ou de pacotes de chamadas gratuitas, etc.”¹³⁰. Os mesmos motivos levaram a que na própria lei que disciplina estes serviços, não faltasse a definição do art. 3º, al. m), segundo o qual a fidelização é “o período durante o qual o consumidor se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas”.

À semelhança do que acontece na doutrina, também na nossa jurisprudência se faz notar a ausência de uma definição clara, contudo não é menos correto afirmar que os conceitos de fidelização constantes de acórdãos focam, quase todos, os mesmos elementos¹³¹.

A cláusula de fidelização define, em primeiro lugar, o período de duração mínima do contrato, durante o qual as partes se obrigam a obedecer às condições que definiram no contrato. Além deste elemento temporal, a fidelização comporta uma outra determinação, esta já ao nível do custo associado ao seu incumprimento.

Por tudo dizemos, por agora, que a fidelização integra o conteúdo contratual sob a forma de cláusula, mais comumente, sob a forma de cláusula contratual geral, com todas as implicações daí decorrentes, por nós já anteriormente analisadas. Estamos, portanto, em presença de uma obrigação contratual, porque ela só existe quando inserida no clausulado do contrato.

2. A cláusula de fidelização como cláusula contratual geral

Os períodos de fidelização estão associados a serviços, cujo fornecimento depende da celebração de contratos redigidos, em grande maioria, com recurso a cláusulas contratuais gerais, afigurando-se possível dizer que a fidelização se encontra prevista, salvo muito raras exceções, sob a forma de cláusula contratual geral.

¹³⁰ Definição constante do Portal do Consumidor da ANACOM, disponível em <http://www.anacom-consumidor.com/periodos-de-fidelizacao>, [consultado a 14/09/2017].

¹³¹ Cfr. Acórdãos de 30 de junho de 2011, Processo n.º 1410/08. 0TJLSB.L1-7, Relator Luís Lameiras; de 8 de março de 2012, Processo n.º 497/10.0TCFUN.L1-8, Relator Ferreira de Almeida; de 15 de novembro de 2012, Processo n.º 3058/08.0YXLSB.L1-8, Relator Rui da Ponte Gomes; e de 26 de fevereiro de 2013, Processo n.º 122/09.2TJLSB.L1-7, Relator Gouveia de Barros, todos do TRL. Do TRP temos os Acórdãos de 20 de maio de 2014, Processo n.º 83925/13.6YIPRT.P1, Relator Anabela Dias da Silva; e de 28 de abril de 2015, Processo n.º 95926/13.0YIPRT.P1, Relator Vieira e Cunha, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrônicas reproduzem fielmente esta realidade, não só porque veem o seu conteúdo ser formulado com o uso de cláusulas contratuais gerais, mas também porque são serviços que se fazem associar a cláusulas de fidelização.

Estando a fidelização inserida na panóplia das cláusulas que os consumidores têm de aceitar em bloco, cumpre fazer a particular contextualização da mesma nos requisitos de inserção em contratos singulares.

A cláusula de fidelização tem de ser integralmente comunicada nos termos do art. 5º do RJCCG, sendo que a comunicação terá de ser adequada à extensão da cláusula e à sua complexidade, que será ditada pelos termos e pela estrutura mais ou menos acessíveis com que é redigida. Exige-se do predisponente que tome todas as cautelas necessárias, para que o conhecimento da cláusula se torne possível.

Ao dever de comunicar, acresce o dever de informar sobre a cláusula de fidelização (art. 6º do RJCCG). Compete ao predisponente informar o aderente sobre a cláusula e clarificar todos os aspetos a ela inerentes. A importância de tudo o que decorre da vinculação a um período contratual mínimo, comporta uma especial acuidade na tarefa de informar, para que o consumidor tenha a oportunidade de ficar devidamente esclarecido, sobre todas as implicações a que fica sujeito. A própria lei faz questão de frisar que a informação sobre as cláusulas deve ser prestada “*de acordo com as circunstâncias*”, por isso, cabe ao profissional avaliar os contornos de cada situação que perante si se apresenta e adotar o comportamento adequado para o cumprimento do seu dever de informar.

Após passar no crivo dos deveres de comunicar e de informar, a cláusula de fidelização, formulada previamente para integrar a multiplicidade de contratos a celebrar no futuro, só fará parte do conteúdo do contrato singular se não tiver sido particularmente acordada outra cláusula. Nos termos do art. 7º do RJCCG, é possível que as partes negociem especificamente sobre a cláusula de fidelização e estipulem um outro prazo, diferente do previamente predisposto. Nesse caso será a cláusula de fidelização acordada pelos sujeitos da relação a prevalecer.

Sintetizando, o período de fidelização, previsto numa cláusula contratual geral, só se considera incluído em cada contrato de prestação de serviços de comunicações eletrônicas, quando são respeitados os deveres de comunicar e de informar dos arts. 5º e 6º do RJCCG, respetivamente, e se não houver um acordo específico das partes que preveja um prazo de fidelização diferente, como determina o art. 7º. O não preenchimento

destes requisitos culmina na exclusão da cláusula do contrato singular (art. 8º), seguindo-se os procedimentos do art. 9º.

3. O fundamento para a existência do período de fidelização

A fixação de períodos contratuais mínimos por parte das empresas que prestam os serviços de comunicações eletrónicas, é uma estratégia que lhes permite amortizar os custos dos benefícios que elas disponibilizam aos consumidores. Não se pense, porém, que a relação entre os benefícios e a fidelização é uma mera coincidência e que depende, exclusivamente, da boa vontade dos operadores de telecomunicações, porque isto é errado.

Entre as contrapartidas dadas aos consumidores e a estipulação de períodos de fidelização, há uma relação de dependência necessária imposta pela própria lei, que é clara quando exige que os períodos contratuais mínimos estejam condicionados à concessão de vantagens aos consumidores.

A ANACOM aprovou uma deliberação, a 11 de dezembro de 2008, relativa às “*Linhas de Orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos para a prestação dos serviços de comunicações electrónicas*”, onde se pode ler uma diretriz no sentido de exigir que nestes contratos, havendo períodos de fidelização estipulados, é necessária a justificação para tal “*pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente*”¹³², recorrendo a alguns exemplos. Estas linhas orientadoras mostram-se coerentes com a noção de fidelização desta autoridade reguladora¹³³, que considera que o consumidor aceita os períodos de vigência mínimos em troca dos benefícios que o operador tem para oferecer.

À semelhança da ANACOM, também a LCE determina no art. 48º, n.º 2, al. a)¹³⁴, que a fidelização “*depende da atribuição de qualquer vantagem ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais*”.

¹³² Cfr. “Aprovação de decisões que introduzem alterações nas Linhas de Orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos para a prestação dos serviços de comunicações electrónicas, decorrentes da Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro e respeitantes aos chamados «períodos de fidelização»”, 2008, disponível em https://www.anacom.pt/streaming/delib11122008.pdf?contentId=783959&field=ATTACHED_FILE, [consultado a 19/07/2017].

¹³³ Vide ponto 1, parágrafo 5, do presente capítulo.

¹³⁴ A redação atual do art. 48º resulta da alteração legislativa à LCE, promovida pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, que será posteriormente analisada com mais detalhe.

A jurisprudência, na esteira das imposições legais, também aponta para a submissão da fidelização à concessão de benefícios aos consumidores, já que este “*compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato*”, pelo período de fidelização estipulado, para poder “*beneficiar de determinados descontos*”¹³⁵. De facto, na jurisprudência a fidelização parece ser tida como a consequência necessária, em termos legais, das contrapartidas dos consumidores, visto que é com o decorrer do período contratual mínimo que a operadora é, progressivamente, compensada pela “*despesa acrescida implícita na promoção*”¹³⁶.

Se, por um lado, é legítimo que as empresas fornecedoras de serviços de telecomunicações queiram amortizar os investimentos que despendem a conceder benefícios aos consumidores, não é menos legítimo, por outro, que estes últimos também pretendam associar aos constrangimentos de ficarem vinculados a uma operadora, durante o período fixado, vantagens que efetivamente lhes sejam favoráveis. Desta forma, para promover o equilíbrio contratual e evitar prejuízos para as partes, o legislador optou por fixar imperativamente a necessidade de serem concedidas recompensas ao consumidor, fazendo delas o fundamento para existir um período de fidelização.

4. Do prazo previsto para o período de fidelização

Nos termos do art. 15º do RJCCG, as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé são proibidas. Esta boa fé, que aqui se refere em sentido objetivo, precisa de critérios que a concretizem, pois só assim se pode analisar o carácter abusivo das cláusulas. Um critério que muito tem orientado esta análise, é a razão de proporcionalidade entre as obrigações contratuais que resultam para as partes da relação de consumo. O que está em causa é saber se dessas obrigações resultam claras desvantagens para o aderente. Daqui se infere que a boa fé é chamada à colação para garantir o equilíbrio das prestações resultantes do contrato, prevenindo o prejuízo daquele que adere às cláusulas.

O princípio subjacente, enquanto ponto de partida para a avaliação do conteúdo do clausulado, é auxiliado por um catálogo de cláusulas que, exemplificativamente¹³⁷, a lei prevê, umas absolutamente e outras relativamente proibidas.

¹³⁵ Cfr. Acórdão do TRP, de 20 de maio de 2014, Processo n.º 83925/13.6YIPRT.P1, Relator Anabela Dias da Silva, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁶ Cfr. Acórdão do TRP, de 1 de abril de 2014, Processo n.º 82657/13.0YIPRT.P1, Relator José Igreja Matos, disponível em www.dgsi.pt. Semelhante entendimento encontra-se plasmado nos Acórdãos do TRL, por nós citados na nota de rodapé 131.

¹³⁷ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *op. cit.*, p. 330 e JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *op. cit.*, p. 176.

As cláusulas absolutamente proibidas não carecem de ser objeto de um juízo de valoração, porque serão sempre proibidas e, conseqüentemente, nulas, em qualquer contrato de que façam parte. Por sua vez, as relativamente proibidas só o são em função de uma avaliação “*consoante o quadro negocial padronizado*”¹³⁸. No que às cláusulas relativamente proibidas diz respeito, uma cláusula para ser considerada abusiva tem de ser comparada com aquilo que é um “*um quadro negocial padronizado*”. A comparação com esse critério padrão é que permite saber se a cláusula é ou não relativamente proibida e, portanto, se é ou não válida. Não o sendo, será nula nos termos do art. 12º do diploma.

Este último conjunto de cláusulas previstas no catálogo das cláusulas proibidas depende, pois, de uma valoração judicial capaz de concretizar os conceitos indeterminados que compõem as suas formulações. Por aqui se percebe que uma cláusula possa ser lícita num caso e ilícita noutra. Tudo dependerá da valoração que é feita à luz do critério enunciado no n.º 1 *in fine* dos arts. 19º e 22º do RJCCG.

A referência para a qual a lei remete não tem subjacente a análise casuística, feita no caso concreto. Não estão em consideração os interesses individuais dos sujeitos que intervêm no concreto negócio realizado, pelo contrário, a lei remete para o padrão do tipo negocial em apreço, com todos os elementos que tipicamente o caracterizam. Alude-se ao quadro normativo que regula o tipo de negócio em causa, onde os interesses particulares dos sujeitos que, em concreto dele fazem parte não relevam, para relevarem sim os interesses típicos do círculo de sujeitos que, potencialmente, podem integrar o negócio considerado. A pretensão da lei coaduna-se com espírito do diploma, daí que a importância recaia toda sobre os “*interesses que normalmente estão presentes no campo dos destinatários potenciais da regulação abstracta predisposta*”¹³⁹.

Tomemos como exemplo o art. 22, n.º 1, al. c) que considera serem proibidas, “*consoante o quadro negocial padronizado*”, as cláusulas que “*prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia*”. Este é o tipo de cláusula que pode ser encontrada em contratos que contemplam um período de fidelização. Subjacente à consagração desta proibição, está o intuito de proteger os potenciais aderentes contra uma vinculação por um período de tempo longo, ao ponto de, entretanto, deixarem de existir os motivos que ditaram a necessidade de contratar.

Consideremos o exemplo de um estudante universitário brasileiro que opta por fazer Erasmus em Portugal durante um ano letivo. Dirige-se a uma operadora de

¹³⁸ Arts. 19º, n.º 1 e 22º, n.º 1 do RJCCG.

¹³⁹ Cfr. ALMENO DE SÁ, *op. cit.* p. 260.

telecomunicações, porque pretende contratar um pacote com *internet*, televisão e telefone móvel. Só ficará a viver em Portugal durante o ano letivo o que equivale, aproximadamente, a 9 meses. A operadora, por sua vez, só tem pacotes com fidelização de 24 meses. Ora, para saber se esta cláusula de fidelização de 24 meses é ou não relativamente proibida, porque abusiva, não será atendido ao concreto caso do estudante de Erasmus e aos seus interesses, pois não é isso que a lei pretende. A valoração será feita, ao invés, com base em todos os elementos que tipicamente subjazem à espécie de contrato em causa, ou seja, aos contratos de prestação de serviços de telecomunicações eletrónicas, bem como em atenção aos interesses dos potenciais destinatários, para os quais as cláusulas que enformam esses contratos são predispostas. Só a apreciação deste quadro padrão da tipologia comercial em causa, permite saber se a cláusula é ou não abusiva e, por isso, proibida.

Para aferir do eventual prazo excessivo previsto para a duração do contrato, é necessário atender ao tipo de serviço contratado, naturalmente, à qualidade com que é prestado e à satisfação dos interesses do aderente. Da relação entre estes elementos é que vai resultar o juízo sobre o carácter excessivo ou não do período de vigência mínima do contrato.

Façamos uma concretização prática com recurso à prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Quando um consumidor contrata um serviço de telefone móvel, tem de aceitar no momento em que celebra o contrato todas as condições que, previamente elaboradas pelo operador, lhe são apresentadas. Na prática tem de aceitar o clausulado contratual em bloco, antes de ter acesso ao serviço propriamente dito. Portanto, ele aceita as condições do prestador do serviço, vinculando-se ao contrato, sem poder testar a qualidade do serviço. Só depois de celebrar o contrato é que o consumidor pode usar o serviço e, aí sim, testar a qualidade com que é prestado. Só numa fase posterior é que ele poderá avaliar a utilidade do contrato que celebrou, para satisfazer a carência que tinha e que o levou a contratar. Porém, nesta fase, em que ele reúne as condições para saber se há ou não correspondência entre o serviço prestado e a necessidade que visa satisfazer, já está vinculado a um período de fidelização, que teve de aceitar quando celebrou o contrato. Se concluir pela inutilidade do contrato que celebrou face ao que precisava e pretender cessá-lo, será confrontado com o obstáculo da fidelização.

Um período de fidelização que conjugue os elementos suficientes para ser caracterizado como excessivo, repercute-se de forma perversa na liberdade contratual do

consumidor, já largamente comprimida pela lógica da moderna contratação em massa. A vinculação a este período, mesmo antes da prestação do serviço e, como tal, num momento em que ainda não é possível estabelecer a relação entre a qualidade do serviço e a sua utilidade na satisfação das carências de quem o contratou, aumenta as restrições na liberdade contratual do consumidor, porque o limita na possibilidade de contratar um novo serviço, mais adequado ao que pretende.

Atendendo às fragilidades que emergem das relações com os consumidores, o juízo acerca do carácter excessivo da vigência do contrato deve ser feito com especial acuidade. Por isso recorremos ao exemplo anterior para, com Ana Prata, concluir “*que a situação dos consumidores impõe que a apreciação judicial de um prazo de duração contratual, para o qualificar (ou não) como “excessivo”, tem de tomar em consideração, à luz da boa fé, o tipo de contrato e, dentro deste, o seu objeto, de forma a [...] acautelar as deficiências de informação e outras debilidades da posição dos consumidores*”¹⁴⁰.

5. Consequências do incumprimento da cláusula de fidelização

A cláusula de fidelização além de fixar o período de duração mínima do contrato, prevê os encargos que o consumidor terá de suportar, no caso de pretender pôr fim ao contrato na vigência desse período mínimo.

Ao dissecar o período de fidelização, já percebemos antes que ele existe para dar aos prestadores dos serviços a oportunidade de reaverem os investimentos que fazem na prestação do serviço. Analisemos o caso dos serviços de comunicações eletrónicas.

As operadoras que fornecem estes serviços fazem associar à celebração do contrato uma vantagem, que pode ser desde a oferta da instalação do serviço, a oferta do equipamento, o desconto na mensalidade, entre outras opções. A operadora investe na oferta de um variado leque de benefícios aos consumidores, para que seja a escolhida e possa crescer no mercado. Com certeza que estas vantagens têm custos para o prestador e, por isso mesmo, ele lança mão da estipulação de prazos mínimos de vigência, para receber a retribuição do investimento que faz.

O utente do serviço vincula-se à duração estipulada para o contrato quando o celebra, decorrendo daí uma obrigação que ele se compromete a cumprir. Para a hipótese de incumprimento estão, obviamente, previstas consequências, pelo que se o consumidor

¹⁴⁰ Cfr. ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, op. cit, pp. 520 e 521. A autora não deixa de referir que estes elementos a ter em conta na apreciação são exemplificativos, admitindo que hajam outros consideráveis.

decidir cessar o contrato antecipadamente ao término do período de fidelização, será sancionado com o facto de ter de suportar os encargos previstos na cláusula de fidelização.

O art. 48º, n.º 11 da LCE, na sua redação atual, estipula que se o assinante decidir resolver o contrato, no decurso do período de fidelização, os encargos que terão de ser por si suportados “*não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório*”. Acrescenta no n.º 12 que esses encargos “*devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado*”, ressaltando a proibição de “*corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação*”.

Ainda no art. 48º, mas agora no n.º 2, al. c), reforçamos o que para trás ficou dito sobre a circunstância da sanção para a cessação antecipada do contrato se encontrar prevista aquando do momento em que se celebra o contrato, o que se traduz na existência de uma prestação, a cargo do consumidor, associada ao incumprimento da fidelização. Daqui decorre que estamos na presença de uma cláusula penal.

A cláusula penal, em sentido amplo, é a prestação que o sujeito se vincula a realizar, se não cumprir ou cumprir defeituosamente a obrigação que para si resulta do contrato¹⁴¹. Neste sentido, a cláusula penal pode ser indemnizatória, quando visa o pagamento da indemnização prevista para os danos que surjam pelo incumprimento contratual, ou compulsória se o intuito for compelir o devedor a cumprir a sua obrigação, objetivo que é prosseguido com a fixação de uma pena, independentemente de existir ou não uma indemnização prevista pelos danos que o não cumprimento possa originar. A figura da cláusula penal encontra-se prevista no CC nos arts. 810º e seguintes, sendo que o legislador optou, n.º 1 do art. 810º, por definir apenas a cláusula penal indemnizatória¹⁴².

O diploma relativo às cláusulas contratuais gerais reservou um espaço à matéria das cláusulas penais, no catálogo das cláusulas relativamente proibidas do art. 19º do RJCCG. Determina a al. c) que serão proibidas as cláusulas que “*consagrem cláusulas*

¹⁴¹ Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato – Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 73 e 74.

¹⁴² A cláusula penal é uma figura que faz correr muita discussão na doutrina, suscitando inúmeras divergências, pelo que, no presente trabalho receberá apenas uma breve referência. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 25-105 e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 73-120.

penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”, isto claro, sempre atendendo à valoração a fazer com base no “*quadro negocial padronizado*”¹⁴³.

Em primeiro lugar, esclarece-se que a aferição desta desproporção de que nos fala a al. c) é feita em relação ao momento da aceitação do contrato. É quando o aderente aceita as cláusulas contratuais, designadamente a que prevê a cláusula penal, que importa averiguar se existe ou não a desproporção proibida pela lei, o que nos conduz para a forma como essa desconformidade deve ser avaliada¹⁴⁴.

A cláusula penal sendo, neste caso, uma cláusula contratual geral e, por isso, previamente elaborada pelo predisponente, terá de estipular o montante a ressarcir, com base numa previsão dos danos que possam ocorrer com a eventualidade de haver incumprimento contratual. Estando a al. c) integrada num preceito que pertence ao catálogo das cláusulas relativamente proibidas, impõe-se que seja feita uma valoração com assento no “*quadro negocial padronizado*”. Destarte, a valoração da desproporção, que é reportada ao momento em que a cláusula foi aceite, terá em consideração danos que típica e previsivelmente podem surgir, em virtude de incumprimento contratual, dentro do que são os índices normais e prováveis da espécie negocial em causa. A cláusula penal será proibida se, da valoração segundo os critérios supraditos, for possível concluir pela desproporção entre o montante predeterminado e os danos a ressarcir¹⁴⁵.

Conforme prevê o art. 12º do RJCCG, uma cláusula proibida “*por disposição*” do diploma em apreço é nula. Eis o que sucede com uma cláusula penal desproporcionada, inserida num contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, será nula, o que equivale a dizer que é como se ela não tivesse sido inserida no contrato. A partir daqui

¹⁴³ O legislador ao tratar a matéria das cláusulas proibidas, escolheu sistematizar o catálogo das cláusulas absoluta e relativamente proibidas em duas secções diferentes, por referência à qualidade dos sujeitos que intervêm na relação jurídica. Assim, numa secção encontramos as proibições relativas às relações entre empresários ou entidades equiparadas (arts. 17º a 19º do RJCCG), noutra temos as proibições que operam nas relações com os consumidores finais (arts. 20º a 23º do RJCCG). As razões que motivaram este tratamento prendem-se com o facto das relações entre os profissionais e os consumidores propiciarem, em larga escala, desequilíbrios e desigualdades que, no outro grupo de relações seccionadas pela lei, são muito menos prováveis. Movido por esta necessidade de dar uma especial tutela aos consumidores, o legislador fez saber no art. 20º, que os arts. 18º e 19º estendem o seu campo de aplicação às relações com consumidores finais.

¹⁴⁴ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁵ Não faltam exemplos jurisprudenciais que se pronunciaram sobre esta desproporção, facilitando a percepção do modo como o juízo de concretização que o art. 19º, al. c) pressupõe, funciona nos casos reais que chegam aos tribunais. *Vide*, como exemplo disso, os Acórdãos de 15 de novembro de 2012, Processo n.º 3058/08.0YXLSB.L1-8, Relator Rui da Ponte Gomes; de 26 de fevereiro de 2013, Processo n.º 122/09.2TJLSB.L1-7, Relator Gouveia de Barros; e de 22 de junho de 2016, Processo n.º 338-14.0TVLSB.L1-2, Relator Maria José Mouro, todos do TRL, disponíveis em www.dgsi.pt.

a tramitação subsequente à declaração de nulidade decorrerá nos termos dos arts. 13º e 14º¹⁴⁶.

No decorrer do que fica exposto, urge aludir às limitações da LCE colocadas a propósito do montante, que seja estipulado para a cessação do contrato prévia ao fim do período de fidelização, previstas nos já citados n.ºs 11 e 12, aos quais acresce o n.º 13, porque os completa dispondo que “*no caso de subsidiação de equipamentos terminais, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável e, nas demais situações, não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada*”.

Considerando que dedicamos a nossa análise ao setor dos serviços de comunicações eletrónicas, logra ser referenciado o Decreto-lei n.º 56/2010, de 1 de junho que, paralelamente à versão anterior da LCE, instituiu, no seu art. 2º, importantes restrições aos valores cobrados pela resolução antecipada dos contratos e pelo serviço de desbloqueamento dos equipamentos. Não obstante a alteração introduzida pela Lei n.º 15/2016 à LCE determinar um leque mais concreto e abrangente de limitações aos encargos pela cessação do contrato no decurso do período de fidelização, não deve ser esquecido o contributo que o Decreto-lei n.º 56/2010 deu nesta matéria.

6. As novas regras da fidelização no setor das comunicações eletrónicas

6.1 A Lei n.º 15/2016, de 17 de junho

O serviço de comunicações eletrónicas é regulado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, objeto de sucessivas alterações, como é possível verificar pelas várias versões com que o diploma originário conta.

Esta lei, designada por LCE, tem por objeto a disciplina aplicável às “*redes e serviços de comunicações electrónicas*” e aos “*recursos e serviços conexos*”¹⁴⁷,

¹⁴⁶ Este regime previsto pelo RJCCG diverge da disciplina do CC que, além de estipular que a cláusula penal tenha de ser “*manifestamente excessiva*”, ainda admite que a mesma possa ser “*reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade*” (art. 812º, n.º 1 CC). No RJCCG o que se verifica é uma previsão do legislador mais implacável, porque proíbe a cláusula penal bastando-se com uma desproporção só por si. Não estipula qualquer qualificação para a desproporção, como faz no art. 812º do CC, porque as razões implícitas à criação do RJCCG justificam uma prevenção de abusos e desigualdades mais exigente e precisa. Ademais, não equaciona a hipótese de redução, à semelhança do CC, já que tal não seria exequível, atendendo ao tipo de contratação célere e em massa a que se reporta (cfr. JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *op. cit.*, pp. 236 e 237).

¹⁴⁷ Art. 1º da LCE.

determinando, também, as atribuições da ANACOM, enquanto autoridade reguladora nacional neste âmbito.

O setor das telecomunicações conta com muitos e largos anos de uma existência, que tem quase tanto de conturbada, como de útil. O problema, claro está, não reside nas telecomunicações, e sim nas operadoras que tomam conta do setor no mercado. Exemplos diários que comprovam isso mesmo não faltam, sejam próprios, sejam de quem nos rodeia.

A DECO, no exercício das suas funções de defesa dos direitos e interesses legítimos dos consumidores, revela que as telecomunicações lideram o maior volume de queixas por ela recebidas todos os anos e com larga vantagem relativamente aos outros serviços. Os protagonistas são sempre os mesmos, as operadoras *versus* os consumidores, num constante braço de ferro. As queixas, essas variam, mas a verdade é que há uma que parece ir à frente na vasta gama de possibilidades e é, precisamente, a relativa à fidelização¹⁴⁸.

Os fundamentos das queixas e dos pedidos de ajuda não costumam variar muito. São fidelizações que aparecem de surpresa, sem que os utentes do serviço tenham sido informados; telefonemas a oferecer mais um canal, mais mensagens, mais *internet*, todos associados a novas fidelizações sobre as quais o cliente não toma conhecimento; os encargos desproporcionados que são cobrados pela cessação antecipada do contrato; entre alguns outros exemplos que colocam a fidelização no topo dos assuntos mais reclamados. Apesar dos tumultos constantes que se geram no setor das telecomunicações, o respetivo regime jurídico, durante muito tempo, manteve-se um pouco alheio a tanta desordem, sobretudo no campo da fidelização. É um facto que a LCE não tinha regras relativas à fidelização que, eficazmente, fossem capazes de diminuir os abusos das operadoras. As alterações à LCE foram muitas, só que esquivas a uma efetiva tomada das rédeas do problema e à busca da solução.

A primeira intervenção do legislador com algum impacto na matéria adveio da publicação do Decreto-lei n.º 56/2010, de 1 de junho. É referido no preâmbulo deste diploma que o estudo “Mobilidade do Consumidor no Sector das Comunicações Electrónicas”, efetuado pela Autoridade da Concorrência e divulgado a 10 de fevereiro

¹⁴⁸ Segundo a revista *Proteste* de abril do corrente ano, de entre os 10 assuntos mais reclamados pelos consumidores no setor das telecomunicações, o período de fidelização é o responsável pela maior fatia das queixas e dos pedidos de ajuda (Cfr. MARIA JOÃO AMORIM, “Os 7 pecados mortais das telecomunicações”, in *Proteste*, n.º 389, abril de 2017, pp.13).

de 2010, revelou a existência de uma relação causa-efeito entre a falta de mobilidade dos consumidores e a fraca concorrência no setor em análise. O mesmo estudo concluiu que os condicionamentos à mobilidade resultam, justamente, de consequências que, direta ou indiretamente, emanam dos períodos de fidelização.

No preâmbulo encontra-se, ainda, mencionada a deliberação tomada em 2008 pela ANACOM, da qual decorreram importantes orientações para a disciplina contratual dos serviços de comunicações eletrónicas, com especial enfoque na questão da fidelização. O projeto de decisão delineou, através das suas linhas orientadoras, para os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, no caso de estipularem períodos de fidelização, a necessidade de incluírem cláusulas claras e inequívocas, a justificar a existência de fidelização com vantagens para o utilizador do serviço; a apontar a duração deste período; a permitir o acesso do cliente, a todo o tempo, à informação sobre a data da conclusão do período de vigência contratual, bem como aos encargos pela rescisão antecipada, que devem ser acompanhados da respetiva fórmula de cálculo do valor a pagar e indicar os custos de desbloqueio dos equipamentos, que sejam a contrapartida para a permanência do cliente durante o período mínimo fixado pela operadora.

As linhas orientadoras trazidas pela ANACOM, o estudo da Autoridade da Concorrência e as vicissitudes inerentes aos serviços de comunicações eletrónicas, impulsionaram a intervenção do legislador que, com o Decreto-lei n.º 56/2010, pretendeu reforçar os direitos dos assinantes dos serviços, ao disciplinar os tópicos que constituíam entraves à mobilidade e à concorrência. Este diploma foi pioneiro nas suas aspirações, visto que estabeleceu reservas ao período de fidelização distantes de tudo o que já tinha sido feito até à data na matéria. Ainda que inovador, este decreto-lei não é desprovido de fragilidades pelo facto de ter um campo de aplicação circunscrito¹⁴⁹, em que os limites aos valores cobrados pelos prestadores dos serviços, nas hipóteses de cessação do contrato durante o período de fidelização¹⁵⁰, apesar de substanciais, não foram suficientes para travar abusos.

Depois desta intervenção legislativa em 2010, o setor das comunicações eletrónicas não perdeu a sua posição de primazia nos serviços com mais reclamações

¹⁴⁹ Art. 1º do diploma, do qual resulta que o seu objeto passa pela fixação de “*limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações electrónicas bem como pela rescisão do contrato durante o período de fidelização*”. A questão da fidelização não se circunscreve ao desbloqueio dos equipamentos e quanto aos limites à rescisão antecipada, foram um importante passo, porém ficaram aquém da intervenção que o setor precisava.

¹⁵⁰ Art. 2º do Decreto-lei n.º 56/2010.

recebem. Não causa, por isso, estranheza que o tema da fidelização tenha sido protagonista de muitos debates na ordem jurídica portuguesa. Para isso muito ajudou o trabalho da DECO, que desde há muito reclama por um papel mais ativo da ANACOM, na sua função de autoridade reguladora do setor, e por uma postura mais assertiva do legislador na imposição de limites às operadoras das telecomunicações, para que sejam travadas na manipulação dos interesses dos utentes dos serviços.

Eis que a 17 de junho de 2016 é publicada a Lei n.º 15/2016 que, ao proceder à 12ª alteração à LCE, introduziu a mais profunda mudança no tema dos períodos de fidelização fixados nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas¹⁵¹.

A primeira alteração introduzida pela Lei n.º 15/2016 teve tanto de simples, como de crucial e foi no art. 3º da LCE que passou, desde então, a incluir uma definição de fidelização na al. m). Não deixa de ser curioso, mas a verdade é que até esta alteração, o regime jurídico das comunicações eletrónicas não era dotado da sua própria noção de fidelização.

A reformulação operada no art. 47º da LCE impôs às empresas prestadoras dos serviços, a necessidade de assegurarem a publicação e a fácil acessibilidade às informações sobre os termos e condições dos serviços que prestam, não só aos utentes, como a todos aqueles que com elas manifestem vontade de celebrar contratos. A propósito do conteúdo destas informações que, em virtude da Lei n.º 15/2016 passaram a estar melhor explicados, o art. 47º, n.º 2, al. c) separa agora em alíneas os “*valores devidos por cada um dos serviços prestados e o conteúdo de cada elemento do preço*”, tendo de estar previsto entre estes as “*penalizações por cessação antecipada por iniciativa dos assinantes*”¹⁵².

No art. 47º- A, n.º 1 passa a existir uma nova alínea, a g), que dá à autoridade reguladora nacional o poder para impor que as empresas prestadoras dos serviços prestem, aos assinantes, informações sobre “*a duração remanescente do contrato, sempre que haja períodos de fidelização, bem como os encargos associados à cessação antecipada do mesmo por iniciativa do assinante*”, independentemente das informações que têm de ser publicadas por força do art. 47º. Ainda no art. 47º-A surge um renovado n.º 5 que estipula o prazo de conservação das gravações das chamadas, sempre que os contratos com

¹⁵¹ Apesar da grande alteração ter sido aos artigos que versam sobre a fidelização, não foi exclusiva destes. No entanto, a nossa análise desta lei será direcionada, apenas, para a mudança das regras referentes aos períodos de fidelização.

¹⁵² Art. 47º, n.º 2, al. c), subalínea iv).

período de fidelização sejam celebrados por telefone, e a necessidade de assegurar “*que o assinante é convenientemente informado dos períodos de vigência acordados*”, para os casos da celebração presencial.

A transformação com maiores repercussões gerada pela Lei n.º 15/2016 foi a que sentiu o art. 48º, passando a ter 20 números, mais 10 face à sua redação anterior.

Começamos, desde logo, pelo n.º 2 do art. 48º. Por força deste, que está agora dividido em alíneas, a informação sobre a vigência contratual, onde se incluem as formas pelas quais o contrato pode cessar ou renovar, devem ser claras, perceptíveis e “*disponibilizadas em suporte duradouro*”. Acresce que as atuais alíneas do n.º 2 não são uma cópia integral do que antes era dito no corpo do número. Pelo contrário, o legislador fez uma previsão mais inequívoca e exata do facto da fidelização depender da concessão de vantagens aos assinantes dos serviços, exemplificando possíveis benefícios que podem ser atribuídos.

O reformulado n.º 3 exige, para os contratos celebrados através dos meios de comunicação à distância, desde que o contacto seja promovido pelo fornecedor do serviço, que as informações previstas nos n.ºs 1 e 2 sejam prestadas previamente à celebração do contrato e que o consumidor assine a proposta contratual ou envie o seu consentimento por escrito, para ficar vinculado.

O n.º 4 vem invalidar as estratégias das empresas para dissuadir os assinantes da rescisão antecipada do contrato, informando ou lembrando-os de que existe um período de fidelização a cumprir.

O n.º 6 veio disciplinar, pela primeira vez na LCE, os períodos de fidelização adicionais ao período que é inicialmente fixado, admitindo que eles possam existir, até ao máximo de 24 meses, mas na dependência de se verificarem as duas condições cumulativas das als. a) e b).

A duração inicial do período de fidelização prevista na LCE encontra-se, desde a alteração promovida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, fixada no prazo máximo de 24 meses¹⁵³. Com a Lei n.º 15/2016, o legislador foi mais longe e concretizou antigas aspirações dos organismos de defesa dos direitos dos consumidores, no sentido de os períodos de fidelização deixarem de ser a regra. Veio, por esta via, consagrar o n.º 8 que deve ser dada aos utilizadores dos serviços de comunicações eletrónicas, a oportunidade de poderem celebrar “*contratos sem qualquer tipo de fidelização, bem como contratos*

¹⁵³ Este limite de 24 meses já tinha sido previsto antes, pelo Decreto-lei n.º 56/2010, no art. 4º.

com 6 e 12 meses de período de fidelização, por cada benefício concedido ao utilizador”. Determina, ademais, que as ofertas com e sem fidelização devem ser publicitadas de igual forma (al. a)) e que, existindo fidelização, “*a relação entre custo e benefício*” deve ser acessível aos consumidores, de modo a permitir-lhes comparar as várias ofertas (al. b)).

Este n.º 8, além de tornar viável a possibilidade de existirem ofertas sem períodos contratuais mínimos, situação há tanto aclamada, frisa a correspondência direta que tem de existir entre a fidelização e a concessão de vantagens.

Através do art. 9º, a ANACOM passa a poder solicitar que as empresas comprovem “*o valor conferido à vantagem justificativa do período de fidelização identificada e quantificada nos termos da alínea a) do n.º 2*”, de acordo com art. 108º. A autoridade reguladora nacional é, também, investida na competência de fiscalizar o cumprimento das imposições previstas no n.º 10, que nada de novo trazem face ao que antes se previa.

Os n.ºs 11 a 15 que agora compõem o art. 48º, traduzem a alteração mais substancial e aquela que, em bom rigor, pode ser a verdadeira barreira aos abusos das empresas. Os n.ºs 11 a 13¹⁵⁴ vieram fixar, nos termos mais precisos que alguma vez se viu, os limites aos encargos pela cessação do contrato no período de fidelização. Mérito para o legislador que, desta vez, foi mais prevenido e ambicioso nas restrições impostas. Desde logo, apresentou os custos com a instalação do serviço como o teto máximo para os encargos do assinante que, em caso de cessação antecipada, não podem transpor esse limite (n.º 11). Merece referência a imposição da necessidade de existir uma real proporção entre os encargos e a vantagem de que o assinante beneficia, bem como a proibição dos custos para o assinante serem iguais à “*soma do valor das prestações vencidas à data da cessação*”¹⁵⁵ (n.º 12). O n.º 13, na sequência dos números que o precedem, dá elucidativas diretrizes para a fórmula de cálculo dos encargos a suportar pelo aderente dos serviços.

A alteração legislativa não quis deixar de fora as hipóteses de, findo o período de fidelização, mas sem que novo período seja estipulado, o serviço continuar a ser prestado.

¹⁵⁴ Remetemos para os parágrafos 5 e 12, do ponto 5, do presente capítulo, onde se transcreve a redação das referidas disposições.

¹⁵⁵ Uma das práticas mais conhecidas das operadoras era mesmo esta, onerar os aderentes com o dever de pagar as prestações vencidas, sempre que estes pretendiam rescindir o contrato antes do prazo de fidelização terminar. Daqui resultava um claro favorecimento para as empresas de comunicações eletrónicas, já que eram remuneradas por um serviço que nem estavam a prestar. O incumprimento do período de fidelização era quase irrelevante, porque elas sabiam que, de uma forma ou de outra, iam conseguir receber o valor de todas as prestações relativas ao contrato.

Nestas situações, para evitar o prejuízo do aderente, o n.º 14 prevê os termos segundo os quais os valores dos serviços serão cobrados.

O n.º 15 estabelece as condições imperativas em que o período de fidelização pode ser renovado, seja no decorrer do período inicialmente fixado, seja após o seu término.

Finalmente, no n.º 20 preveem-se as consequências para as empresas fornecedoras destes serviços, que não atuem em conformidade com a nova disciplina, introduzida pela alteração legislativa no art. 48º, seguindo-se para tal o procedimento do art. 110º da LCE.

A evolução da LCE no sentido da maior proteção dos utilizadores dos serviços, contra os efeitos nocivos da fidelização, é notória. Destacam-se as imposições que condicionam a existência de fidelização à concessão de benefícios, a exigência de que sejam oferecidas opções sem fidelização, bem como opções com prazos de fidelização mais curtos, a previsão de limites mais nítidos e assertivos aos valores estipulados para a cessação antecipada do contrato e, ainda, o reconhecimento do direito de rescisão contratual dos assinantes, sem qualquer encargo, nos casos em que as empresas alteram unilateralmente as condições contratuais.

O confronto entre a disciplina anterior e as atuais regras da fidelização manifestam um maior esforço, por parte do legislador, na procura de mais equilíbrio no setor das comunicações eletrónicas. A Lei n.º 15/2016, com a reestruturação implementada, conseguiu a criação de regras para o uso da fidelização mais explícitas, claras, detalhadas e, sobretudo, menos propícias aos habituais excessos das operadoras. Deu, desta forma, o mote para a resolução dos típicos problemas que assombram o setor e que são apontados pela doutrina e pela jurisprudência. Agora a fidelização conta com uma disciplina mais favorável aos consumidores e mais capaz de garantir a justiça e a clareza das opções que estes têm de tomar, aquando da vinculação a um contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Estas regras podem conduzir ao efeito útil pretendido, designadamente, travar as condutas abusivas das operadoras e proteger os utentes dos serviços. Contudo, o regime jurídico instituído tem de ser efetivamente cumprido, o que comporta, implícita à criação das regras, a necessidade de existirem mecanismos eficazes para controlar e fiscalizar o seu cumprimento.

6.2 A adaptação da conduta dos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas às novas regras

Afirmar que no setor das telecomunicações se cometem inúmeras irregularidades, nada de novo acrescenta ao conhecimento geral, porque este é um tema de debate público ao qual é muito difícil escapar. As práticas incorretas das operadoras estão amplamente divulgadas e chegam a todos nós, nem que seja pela nossa própria experiência como utilizadores dos serviços que prestam.

A DECO vê chegar até si um avultado número de reclamações e pedidos de ajuda de consumidores, que travam difíceis lutas para se defenderem das incorreções de que são alvo por parte das operadoras. São os casos que a DECO recebe e que divulga, que mostram com exemplos reais, os sérios problemas que podem resultar para os utilizadores dos serviços de telecomunicações. Mostram, ainda, o quão essencial é haver uma disciplina eficaz no setor e são a motivação para os constantes alertas, sobre a necessidade de se travarem os abusos dos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas.

As estratégias destas empresas são verdadeiramente surpreendentes e nem o facto de saberem que estão a agir em desconformidade com a lei as inibe de continuar. As práticas por elas adotadas, regra geral, não costumam divergir muito, pautando-se por condutas que, deliberadamente, conduzem sempre ao prejuízo da parte mais fraca, ou seja, o consumidor.

São comuns as queixas por aumento do preço dos serviços, sem que qualquer notificação a propósito seja feita. Pode acontecer de ser contratado um serviço com determinada qualidade assegurada, por exemplo, a velocidade da *internet*, em que depois, quando o serviço começa a ser prestado, a velocidade acordada não corresponde à realidade. Em caso de reclamação acompanhada da intenção de rescindir o contrato, o que acontece normalmente é que a operadora tenta impedir a rescisão com fundamento na existência de um período de fidelização. Não menos comuns, são os entraves infundados que as operadoras colocam quando o consumidor pretende mudar para uma outra empresa concorrente. Casos há em que nas ofertas consta um valor que, supostamente, engloba tudo o que é necessário para a prestação do serviço, mas na verdade a esse valor serão acrescidos os valores dos alugueiros dos equipamentos, sem que disso se faça menção na publicitação da oferta.

Os exemplos¹⁵⁶ são vários e só contribuem para uma imagem das operadoras que é, cada vez menos, confiável. Todavia, a essencialidade dos serviços que prestam, nos dias de hoje, não nos permite abdicar de contratar com elas, daí a necessidade de existir uma disciplina jurídica exigente, consistente e eficaz, acompanhada de uma forte componente de fiscalização.

A LCE, cuja primeira versão data de 2004, não é isenta de reparos, sobretudo no que concerne à matéria da fidelização. Durante muito tempo, as regras sobre os períodos contratuais mínimos ficaram muito aquém do expectável e, até, do necessário. As lacunas eram algumas e fomentaram as irregularidades praticadas. O legislador tentou, no entanto, corrigir essas imperfeições e sabemos, agora, que a Lei n.º 15/2016 veio introduzir muitas novidades no seio do regime da fidelização, no setor das comunicações eletrónicas. A alteração foi profunda, implicando uma reestruturação das disposições da LCE que versam sobre o tema, mormente, nos art.s 47º e 48º.

Desta alteração legislativa resultam, para as empresas que prestam os serviços de telecomunicações, o especial esforço na incumbência de adaptar as suas práticas às exigentes novidades da disciplina jurídica para a fidelização. Neste sentido, fomos ao terreno a fim de comprovar se a aplicação das novas regras da fidelização pelas operadoras está a ser efetiva e, em caso afirmativo, de que forma está a ser feita.

A nossa pesquisa incidiu sobre as práticas das três maiores empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas em Portugal: a MEO, a NOS e a Vodafone. Em causa estava o intuito de aferir se estas empresas já estão a agir em conformidade com as novas regras, como impõe o art. 3º da Lei n.º 15/2016, preceito que disciplina a entrada em vigor das alterações.

Para tal, a nossa análise foi bifásica. Num primeiro momento, fomos aos pontos de venda dos serviços das três operadoras para, através do contacto direto com os seus colaboradores e manifestando a intenção de contratar, saber quais as ofertas em vigor disponibilizadas. Avaliamos a composição das ofertas e a forma como são publicitadas, incluindo a informação que sobre elas nos foi prestada. Posteriormente, procedemos a uma pesquisa nos sítios da *internet* de cada operadora, para analisar os mesmos conteúdos e perceber até que ponto são acessíveis e completos. A nossa procura foi sempre baseada no mesmo tipo de serviços que, pelo que nos foi possível averiguar, é o mais requisitado¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cfr. MARIA JOÃO AMORIM, *op. cit.*, pp. 13 – 16.

¹⁵⁷ Com efeito, hodiernamente, a contratação em separado dos serviços de comunicações eletrónicas é muito rara. A tendência enraizada é a contratação dos pacotes que fazem diversas combinações de serviços, para

e consiste num pacote básico composto pelos serviços de televisão, *internet* fixa, telefone móvel e telefone fixo¹⁵⁸.

O art. 47º, n.ºs 1 e 2 da LCE dispõe sobre as informações que as empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas têm de colocar disponíveis, para o público e para “*quem manifeste intenção de subscrever um contrato de prestação de serviços por elas prestado*” (art. 47º, n.º1). Dispõe o artigo não só sobre o modo de prestar a informação, como também sobre o conteúdo que ela deve integrar. Ainda a propósito da publicitação, o art. 48º, n.º 8 determina como devem ser publicitadas as ofertas com e sem fidelização que, como se depreende do normativo, todas devem merecer o mesmo grau de destaque. Vejamos que interpretação retiraram a MEO, a NOS e a Vodafone da redação da lei.

Na MEO, a publicitação em loja é exclusivamente dos pacotes com 24 meses de fidelização, seja em conversa com os colaboradores, seja através dos folhetos que lá disponibilizam. A apresentação das ofertas é feita com base num folheto informativo, onde apenas é mencionada a oferta que implica um período de fidelização de 24 meses. Em nota de rodapé e em letras muito pequenas, o cliente é direcionado para o sítio da *internet* da operadora, caso queira conhecer outras ofertas com fidelizações mais curtas ou até sem fidelização. Ainda no folheto, o facto das restantes ofertas, diferentes dos 24 meses, não merecerem igual publicitação, impossibilita que seja feita a comparação dos custos e dos benefícios associados às várias ofertas comerciais. Indo ao sítio da *internet*, ao seleccionar o ícone dos pacotes são-nos disponibilizadas diversas ofertas, todas elas com 24 meses de fidelização, ou seja, também não dá acesso direto a todas as ofertas comerciais. É através de um outro *link* que surgem todas as opções disponíveis, enunciadas num quadro que já possibilita relacionar os custos e os benefícios, ainda que de forma pouco completa, uma vez que só refere os descontos que os diferentes períodos de fidelização proporcionam no preço da instalação do serviço. Em letras pequenas e, mais uma vez, numa nota marginal ao quadro, é que são enumerados os restantes benefícios a que só a fidelização de 24 meses dá acesso.

tentar agradar e satisfazer as diversificadas carências dos utilizadores. Do ponto de vista destes, os pacotes se não forem efetivamente mais benéficos, criam a aparência de o ser e são, indubitavelmente, mais cómodos.

¹⁵⁸ É pertinente referir que as características essenciais destes pacotes analisados, não têm diferenças significativas entre as várias operadoras. A velocidade da *internet* é a mesma, o tipo de tarifário para os telefones fixo e móvel também. Só no que toca à televisão, é que o número de canais pode diferir ligeiramente.

Relativamente aos encargos da cessação antecipada do contrato no decurso do período de fidelização, informação que deve estar publicada e facilmente acessível, segundo o art. 47º, n.º 2 al. a), subalínea iv), não foi encontrada qualquer referência no folheto informativo. No sítio da *internet*, no local onde estão publicadas as ofertas, em nenhum momento são mencionados os encargos que podem advir da cessação do contrato na vigência do período contratual mínimo. O conhecimento desses custos só se torna possível se, depois de uma longa busca, chegarmos aos exemplares dos contratos de adesão que são publicados na página da MEO. Uma leitura atenta e paciente das extensas páginas de condições específicas de cada serviço, deixa-nos a par do valor a pagar pela rescisão antecipada do contrato.

O apuramento dos custos pelo incumprimento da fidelização é determinado por uma fórmula, que em muito se assemelha à redação dos n.ºs 11, 12 e 13 do art. 48º da LCE.

Resultou claro da nossa análise que os diferentes períodos de fidelização estão comprovadamente associados a vantagens concedidas aos assinantes dos serviços. A fidelização de 24 meses combina os maiores benefícios. A mensalidade é mais barata, a instalação e a ativação não têm qualquer custo e são oferecidas duas mensalidades e canais extra, durante um determinado hiato de tempo. Nas fidelizações de 12 e 6 meses os descontos incidem apenas sobre o valor da instalação e da ativação, numa razão de proporcionalidade face ao prazo de duração mínima. A mensalidade é a mesma para os dois casos e, ainda, para a opção sem fidelização que, obviamente, não oferece qualquer benefício.

A NOS não tem uma conduta muito díspar da sua concorrente. No folheto informativo que é facultado em loja só refere a oferta com 24 meses de fidelização. Para conhecer mais opções, somos remetidos pelas letras pequenas do rodapé para o sítio da *internet*. Aqui tudo se processa da mesma forma. Contudo, quando chegámos à página onde todas as ofertas se encontram, somos apresentados com todos os dados necessários para fazer uma conveniente comparação dos custos e dos benefícios, que cada período de fidelização comporta. As vantagens de cada oferta, muito parecidas às que já vimos para a MEO, são exaustivamente descritas e a NOS, indo mais longe, quantifica a totalidade dos descontos inerentes às diferentes fidelizações.

Sem embargo das ofertas publicitadas não referirem os encargos, na *internet* facilmente se podem aceder às condições gerais da prestação de cada serviço e aí, nas condições contratuais típicas, somos inteirados dos encargos que podem decorrer do não

cumprimento do período de fidelização. Nesse mesmo espaço surge o *link* que permite consultar um exemplar de um contrato com uma previsão mais pormenorizada, no âmbito das condições específicas de cada serviço.

A Vodafone é a que mais se distancia das habituais estratégias de publicitação. É a única que no próprio folheto informativo faz alusão às ofertas com 6 e 12 meses, embora a protagonista seja a oferta com 24 meses de fidelização, visto que as outras são referidas só em nota de rodapé. Na *internet*, tal como a NOS, temos de entrar numa outra página para ter acesso ao quadro comparativo das opções disponíveis, onde constam todos os benefícios, claramente perceptíveis e facilmente comparáveis, associados a cada uma delas.

A referida operadora distancia-se, igualmente, no que diz respeito aos encargos. Em nenhuma oferta eles são aludidos e até aí tudo igual. Porém, no sítio da *internet* é a que faculta o acesso mais simples e rápido à informação sobre os custos da rescisão antecipada do contrato, no decurso do período de fidelização. De notar que esta informação é clara e completa. Em consonância com a MEO e a NOS, também dispõe de exemplos de contratos para consulta dos interessados.

Comum às três empresas é o modo como dão cumprimento ao art. 47º-A, n.º 1, al. g). Todas preveem nas condições específicas dos contratos a que podemos ter acesso que, em caso de celebração de um contrato com fidelização, os assinantes podem, a todo o tempo, contactar o respetivo serviço de apoio ao cliente se pretenderem saber o tempo de duração contratual ainda por cumprir, bem como os custos que o incumprimento pode gerar.

Com a nossa análise pudemos concluir que as empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas não foram indiferentes às mudanças introduzidas nas regras da fidelização. Os períodos de fidelização surgem, agora, associados e justificados pela necessária atribuição de vantagens aos utilizadores dos serviços¹⁵⁹. São disponibilizadas ofertas com diferentes períodos de fidelização e, inclusivamente, ofertas livres de uma duração contratual mínima. Os limites para a fixação dos encargos por cessação antecipada do contrato foram transpostos para as condições contratuais que, neste aspeto, são quase transcrições da letra da lei.

¹⁵⁹ Não pode deixar de ser feita menção à maior clareza e perceptividade com que a NOS e a Vodafone publicitam os benefícios de cada oferta. São, sem dúvida, as operadoras que tornam mais fácil estabelecer a relação entre os custos e os benefícios de cada opção disponível, em detrimento da MEO que torna essa tarefa mais complexa.

Contudo, os méritos não podem ser reconhecidos, descurando os devidos reparos. Para começar, refere-se o excessivo destaque que é dado às ofertas com fidelização de 24 meses. As outras ofertas, além de não serem disponibilizadas no mesmo suporte, ainda estão escondidas, requerendo do público e de quem tenha a intenção de contratar, uma procura atenta e paciente por entre os sítios da *internet* das operadoras. Se a busca pelas ofertas é exigente, que dizer da procura pelos custos da cessação antecipada dos contratos? Esses requerem verdadeira perícia e bom domínio de competências informáticas. Não são fáceis de detetar, mas estão lá, ainda que não como a lei determina que estejam. Relativamente à forma como são apurados, as prescrições contratuais não vão contra as imposições da lei, resta saber se as empresas prestadoras destes serviços, entretanto não preparam estratégias para contornar estes limites. Só o tempo e, talvez, a fiscalização ou a falta dela o dirão.

Para já, fica a notícia da recente intervenção da ANACOM que, no corrente ano, aprovou um conjunto de medidas corretivas relativas a alterações contratuais¹⁶⁰, que compelem as operadoras a repor o cumprimento do art. 46º, n.º 16, comunicando, por escrito, todas as alterações contratuais, após a entrada em vigor da Lei n.º 15/2016, que por sua iniciativa tenham acontecido e afetado os assinantes dos serviços, que sobre tal não tenham sido informados. Acresce, destas medidas, o dever de informar os assinantes sobre o direito de rescindir os contratos sem encargos, ainda no período de fidelização, que lhes assiste caso não concordem com essas alterações contratuais. Na origem destas medidas da ANACOM, estão as investigações feitas à forma como as empresas prestadoras de serviços de comunicações procedem, pelo facto de terem despoletado um considerável número de reclamações sobre a admissibilidade, não só das alterações contratuais, mas também da forma como foram ou não comunicadas aos utilizadores dos serviços.

De todo o exposto, conclui-se que resta esperar para ver se a lei que muda, consegue transformar as práticas das operadoras que permanecem.

¹⁶⁰ Cfr. “Medidas corretivas relativas a alterações contratuais”, publicadas a 13 de julho de 2017, disponíveis em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1414742>, [consultadas a 18/09/2017].

CONCLUSÃO

A proliferação do consumo confrontou o direito com complexos desafios, que mostraram ser essencial a criação de um quadro normativo capaz de assegurar a proteção dos consumidores. Um dos pontos de partida para a construção deste quadro de tutela especial foi a delimitação dos seus destinatários.

A noção de consumidor no ordenamento jurídico português e, inclusive no europeu, não é unívoca, gerando entendimentos que se desencontram na doutrina e na jurisprudência. Todavia, isso não prejudica o facto da definição da LDC avançar com os traços essenciais, funcionando como a base elementar que norteia a matéria. O sentido estrito da noção que por este diploma é acolhido, enaltece a finalidade do uso que é conferido aos bens, serviços ou direitos adquiridos, determinando que tenha de ser um uso não profissional, para que quem os adquire possa ser considerado consumidor e, por essa via, seja merecedor da especial tutela estruturada para a proteção desta frágil qualidade de atuação.

A autonomia privada vê o seu maior potencial ser exercitado através dos negócios jurídicos. Toda a liberdade contratual que estes instrumentos potenciam, pressupõe uma posição de igualdade entre as partes, com a correspondente distribuição equilibrada do poder negocial, que nem sempre é alcançável. As relações de consumo espelham bem a distorção desta paridade desejável entre as partes. São relações que se formam com base em contratos caracterizados por uma compressão substancial da liberdade do consumidor, em virtude do seu conteúdo ser composto pelo conjunto das cláusulas que o profissional unilateralmente pré-formula. A rigidez inerente à contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais e a contratos de adesão, justifica a exigente disciplina prevista pelo legislador no RJCCG.

Não sendo de todo possível reverter esta tendência para os contratos de consumo serem celebrados sem que aos consumidores seja dada a possibilidade de influenciar o conteúdo previamente formulado, a alternativa possível é disciplinar a matéria com todo o empenho, para tentar minorar o desfavorecimento que a posição de fragilidade por eles ocupada potencia. Para tanto, os deveres de comunicação e de informação são bons meios para atingir tão nobre fim, desde que eficazmente cumpridos, o que nem sempre se verifica.

O dever de informação é tão essencial, que além da sua consagração no RJCCG, é um dos pilares do quadro legal para a proteção dos consumidores. A sua previsão nos

vários diplomas que integram a legislação do consumo não passa despercebida. Porém, também não passam despercebidos os relatos sobre certas práticas recorrentes nas relações de consumo, que estão muito longe de serem a reprodução da realidade que o legislador pretendia assegurar, ao prever os deveres de informação. A previsão da lei não é por nós posta em causa, porque é cabalmente esclarecedora no que impõe. Questionável é a conduta dos profissionais, que se aproveitam das debilidades dos consumidores, para cometerem falhas grosseiras no cumprimento dos seus deveres.

O setor das comunicações eletrónicas é, sem dúvida, aquele que melhor reflete o ciclo de irregularidades que os profissionais prestadores dos serviços cometem. A comprovar tal constatação, está o facto de ser o setor líder no volume de queixas que a DECO recebe.

Dentro das comunicações eletrónicas, a maior densidade de irregularidades é a que se regista nos períodos de fidelização. Frequentemente descurada a necessidade de ser devidamente comunicada e esclarecida, a cláusula de fidelização é dos elementos contratuais que mais podem afetar negativamente os consumidores.

As diferentes designações atribuídas em alguns textos legais, bem como a inexistência de um conceito único, em nada prejudicam a essência subjacente à fidelização, nem as implicações que dela decorrem. Na prática está sempre em causa uma cláusula, que impõe a vinculação ao período mínimo estipulado para a duração do contrato, durante o qual a eventual cessação antecipada inclui ter de suportar encargos. Não será por isso incorreto concluir que o período de fidelização pode ser duplamente nocivo, à parte dos inevitáveis riscos por ser previsto sob a forma de cláusula contratual geral.

O primeiro prejuízo pode, desde logo, resultar do prazo que seja fixado para a duração contratual mínima, uma vez que o consumidor tem de se vincular a este prazo, antes mesmo de ter a oportunidade de avaliar se o serviço que contrata é adequado às necessidades e às expectativas que o levaram a contratar. Quando pode aperceber-se da real utilidade e qualidade do serviço, a sua liberdade já está comprimida por se ter comprometido a cumprir o período de fidelização. Por aqui se percebe que a probabilidade do período de fidelização ser considerado excessivo é muito forte.

O outro risco advém do valor dos encargos que impendem sobre o consumidor, no caso dele cessar o contrato no decurso do período de fidelização, pois podem causar graves prejuízos.

Aquilo que tendencialmente se verifica é que os consumidores aceitam vincular-se ao período de fidelização, para poderem beneficiar das vantagens que a ele se associam. Os profissionais, por seu turno, determinam períodos de vigência contratual mínima para assim poderem amortizar e compensar os custos que despendem a conceder estas vantagens. Visto por este prisma, a fidelização parece garantir um equilíbrio favorável a ambas as partes do contrato. Contudo, as empresas que prestam os serviços de comunicações eletrónicas facilmente conseguiram criar estratégias, aptas a corromper uma fidelização que pudesse ser verdadeiramente atrativa para ambas as partes.

O panorama negro que marcava o setor das comunicações eletrónicas fez o legislador intervir, por intermédio de uma alteração legislativa, que incidiu sobre os três grandes tópicos, que se revelaram essenciais na determinação dos períodos de fidelização: o prazo para a sua duração, os encargos para o incumprimento e as vantagens a si associadas.

A intervenção do legislador permite que os consumidores possam contar, no presente, com períodos de fidelização de 6 e 12 meses, além dos 24 meses, que foram opção única durante muito tempo, e até com ofertas sem fidelização. Os encargos para o incumprimento do período de fidelização estão mais limitados, sendo que a atual previsão da lei já não permite que estes possam corresponder à totalidade do valor das prestações vincendas, à data da cessação. O legislador, empenhado em pôr um fim aos ganhos injustificados das operadoras de telecomunicações, quis, ademais, deixar claro que o valor destes encargos não pode ultrapassar os custos que decorreram para o prestador do serviço com a instalação do mesmo, e devem ser proporcionais à vantagem concedida ao aderente do serviço, que ainda não tenha sido recuperada pela empresa prestadora do serviço, à data da cessação antecipada. Resulta também da alteração promovida pela Lei n.º 15/2016 e de forma inequívoca, a dependência necessária que tem de existir entre a concessão de vantagens e a fixação do período de fidelização. Desta forma, a estipulação de um prazo para a vigência contratual mínima não é legítima, nem justificável, se não se fizer acompanhar de benefícios para aquele que se vincula à cláusula de fidelização.

O legislador teve de intervir, não pela falta de regras para a utilização dos períodos de fidelização, mas pela incompletude e imprecisão das que existiam na LCE. A eficácia insuficiente da disciplina anterior era bem real e muito favoreceu as condutas pouco corretas das operadoras.

O esforço do legislador para mudar o paradigma da fidelização nas comunicações eletrónicas foi notável, com a publicação da Lei n.º 15/2016. As regras atuais, quando

confrontadas com as anteriores, transparecem mais precisão, clareza e assertividade. Transparece, sobretudo, o intento de criar uma disciplina mais equilibrada, mais favorável ao consumidor e com maior capacidade para protegê-lo, contra os artifícios que as maiores aptidões técnicas, económicas e informacionais das operadoras lhes permitem engendrar.

O comportamento das empresas prestadoras dos serviços em causa, não permaneceu inerte perante as mudanças operadas. Nota-se uma adaptação do leque de ofertas, que já não é limitado aos 24 meses de fidelização, além da concessão de vantagens proporcionais aos diferentes prazos de duração contratual possíveis, e da fixação dos encargos para a cessação antecipada nos termos atuais da lei.

Todavia, a verificação desta adaptação não obsta à sua insuficiência. O que até então foi feito pelas empresas prestadoras dos serviços, não é bastante para garantir aos consumidores a proteção que merecem e que precisam para estarem, efetivamente, a salvo dos abusos das operadoras.

A reformulação da disciplina jurídica para a utilização dos períodos de fidelização não tem a capacidade, nem a autonomia suficientes para que a verdadeira mudança, há muito necessária, aconteça. O caminho a percorrer passa por uma maior e mais eficaz fiscalização por parte das entidades competentes, apta a assegurar que o cumprimento integral das regras da fidelização se efetiva.

Após todo o trabalho de investigação desenvolvido, com segurança afirmamos, que a alteração da lei, desacompanhada de uma eficiente fiscalização, não vai certificar a especial proteção que o consumidor requer no âmbito da fidelização nas comunicações eletrónicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marcelino, “Fidelização em telecomunicações (Parecer 04.2016|MA)”, 11 de janeiro de 2016, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B2b13e2a2-9a91-4410-b71c-769f3b630f50%7D.pdf>, [consultado a 18/07/2017].

ALMEIDA, Carlos Ferreira de:

- *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982;
- *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005;
- *Contratos*, 5ª Edição, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.

ALVES, João, “Defesa do consumidor: a indemnização por incumprimento do período de fidelização (o contrato de adesão ao serviço MEO Internet Móvel”, in *Portal Verbo Jurídico*, 2015, disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/contratos/joaoalves_indemnizacaoincumprimentofidelizacao.pdf, [consultado a 18/07/2017].

AMORIM, Maria João, “Os 7 pecados mortais das telecomunicações”, in *Proteste*, n.º 389, abril de 2017.

ANACOM:

- “Aprovação de decisões que introduzem alterações nas Linhas de Orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos para a prestação dos serviços de comunicações electrónicas, decorrentes da Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro e respeitantes aos chamados «períodos de fidelização»”, 2008, disponível em https://www.anacom.pt/streaming/delib11122008.pdf?contentId=783959&field=ATTACHED_FILE, [consultado a 19/07/2017];
- Conceito de fidelização do Portal do Consumidor, disponível em <http://www.anacom-consumidor.com/periodos-de-fidelizacao>, [consultado a 14/09/2017];
- “Medidas corretivas relativas a alterações contratuais”, publicadas a 13 de julho de 2017, disponíveis em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1414742>, [consultadas a 18/09/2017].

ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, Vol. II, abril de 2000, pp. 573 – 595.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, “Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2001, pp. 389 – 424.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Acerca do âmbito da lei dos serviços públicos essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do artigo 1º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de junho?”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, Centro de Direito do Consumo, pp. 402 – 431.

BARROS, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 – Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva, “Direito à informação no âmbito do direito do consumo – o caso específico das cláusulas contratuais gerais”, in *Julgar*, n.º 21, Coimbra, Coimbra Editora, setembro – dezembro de 2013, pp. 203 – 225.

CARDOSO, Elionara, *Os Serviços Públicos Essenciais: A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, Jorge Morais e PINTO-FERREIRA, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2014.

CARVALHO, Jorge Morais:

- “Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo”, Dissertação de Doutoramento, na área de especialização em Direito Privado, orientada pelo Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, apresentada na Faculdade

de Direito da Universidade Nova de Lisboa, março de 2011, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf.

- *Manual de Direito do Consumo*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

CORDEIRO, António Menezes e COSTA, Mário Júlio Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1991.

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

ESTÉVEZ, Teresa Abeleira, “Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2016, pp. 31 – 69.

FROUFE, Pedro Madeira, “A noção de consumidor a crédito à luz do ordenamento comunitário e português”, in *Scientia Iuridica*, Tomo 48, n.ºs 280/282, julho – dezembro de 1999, pp. 227 – 241.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin, “Consumidor e telefonia: breves apontamentos sobre a cláusula de fidelização e o prazo de instalação”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 61, março de 2010, pp. 145 – 162.

JÚDICE, José Miguel, “Uma reflexão sobre o direito do consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 49-56.

LAURENTINO, Sandrina, “Os Destinatários da Legislação do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2000, pp. 415 – 434.

LEITÃO, Alexandra, “A protecção dos consumidores no sector das telecomunicações”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 2002, pp. 131 – 153.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, “A informação como direito fundamental do consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2001, pp. 23 – 45.

MONTEIRO, António Pinto:

- *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990;
- “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2000, pp. 333 – 350;
- “Contratos de adesão/Cláusulas contratuais gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2001, pp. 131 – 163;
- “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 121 – 135;
- *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2011.

MORAIS, Fernando de Gravato:

- *Contratos de Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007;
- “A evolução do direito do consumo”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 55, setembro de 2008, pp. 9 – 26.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor: perspetivas nacional e comunitária*, Coimbra, Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusulas Acessórias ao Contrato – Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO).

PRATA, Ana:

- *Notas sobre Responsabilidade Pré-contratual*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2005;
- *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2010;
- *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003.

SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2005.

SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003.

SILVA, João Calvão da:

- *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990;
- *Venda de Bens de Consumo: Decreto-Lei n.º 67/2013, 8 de abril, Directiva 1999/44/CE (comentário)*, Coimbra, Almedina, 2003;
- *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

SIMÕES, Fernando Dias e ALMEIDA, Mariana Pinheiro, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – anotada e comentada*”, Coimbra, Almedina, 2012.

SIMÕES, Fernando Dias, “O Conceito de Consumidor no Direito Português (II)”, in *JusNet* 35/2012, publicado em 8 de novembro de 2012, disponível em [http://repository.umac.mo/bitstream/10692/866/1/8622_0_O_conceito_de_consumidor_no_Direito_Portugu%C3%AAs_\(II\).pdf](http://repository.umac.mo/bitstream/10692/866/1/8622_0_O_conceito_de_consumidor_no_Direito_Portugu%C3%AAs_(II).pdf) [consultado a 16/02/2017].

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS¹⁶¹

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 1 de fevereiro de 2000, Processo n.º 99A877 (Ribeiro Coelho);
- Acórdão de 18 de novembro de 1999, Processo n.º 99B869 (Ferreira de Almeida);
- Acórdão de 9 de outubro de 2003, Processo n.º 03B1384 (Araújo Barros);
- Acórdão de 25 de maio de 2006, Processo n.º 06B1016 (Pereira da Silva);
- Acórdão n.º 1/2010, de 21 de janeiro de 2010, Processo n.º 216/09.4YFLSB¹⁶²;
- Acórdão de 29 de maio de 2014, Processo n.º 1092/10.0TBLS-D-G. P1. S1 (João Bernardo);
- Acórdão de 13 de setembro de 2016, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 (Alexandre Reis).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão de 2 de outubro de 2003, Processo n.º 2633/02-2 (Acácio Luís as Neves).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão de 25 de setembro de 2002, Processo n.º 342/02-2 (Leonel Serôdio).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão de 17 de junho de 2004, Processo n.º 4735/2004-6 (Gil Roque);
- Acórdão de 15 de outubro de 2009, Processo n.º 59659/05.4YYLSB-A.L1-6 (Manuel Gonçalves);
- Acórdão de 30 de junho de 2011, Processo n.º 1410/08. 0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras);
- Acórdão de 8 de março de 2012, Processo n.º 497/10.0TCFUN.L1-8 (Ferreira de Almeida);
- Acórdão de 15 de novembro de 2012, Processo n.º 3058/08.0YXLSB.L1-8 (Rui da Ponte Gomes);
- Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Processo n.º 122/09.2TJLSB.L1-7 (Gouveia de Barros);

¹⁶¹ Todos os acórdãos referidos encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁶² Sendo este um acórdão uniformizador de jurisprudência, foi publicado em Diário da República e encontra-se disponível em <http://data.dre.pt/eli/acstj/1/2010/01/21/p/dre/pt/html>.

- Acórdão de 18 de junho de 2013, Processo n.º 2154/12.4TBALM-A.L1-7 (Ana Resende);
- Acórdão de 22 de junho de 2016, Processo n.º 338-14. 0TVLSB.L1-2 (Maria José Mouro).

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão de 3 de julho de 2003, Processo n.º 0333488 (Saleiro de Abreu);
- Acórdão de 26 de março de 2007, Processo n.º 0654478 (Marques Pereira);
- Acórdão de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista);
- Acórdão de 1 de abril de 2014, Processo n.º 82657/13.0YIPRT.P1 (José Igreja Matos);
- Acórdão de 20 de maio de 2014, Processo n.º 83925/13.6YIPRT.P1 (Anabela Dias da Silva);
- Acórdão de 28 de abril de 2015, Processo n.º 95926/13.0YIPRT.P1 (Vieira e Cunha).