



Daniela Mota Pedro

Cláusulas de Fidelização Contratual

Dissertação de Mestrado em Direito:
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses sob
Orientação da Professora Doutora Maria Olinda Garcia

Janeiro, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Daniela Mota Pedro

Cláusulas de Fidelização Contratual

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses sob orientação da Professora Doutora Maria Olinda Garcia

Coimbra, 2016

Aos meus Pais, a quem tudo devo.

À minha Irmã, que é a minha Luz.

À minha Tia Lena, por ser o meu porto seguro.

Aos meus Avós, aos dois que já me deixaram e aos dois que são a minha sorte.

Às minhas Amigas, que sempre acreditaram em mim.

À minha Orientadora, Professora Doutora Olinda Garcia, pela preciosa ajuda e total disponibilidade.

Por fim ao Fábio Afonso, por todo o Amor e por estar sempre ao meu lado.

“Consumers by definition, include us all”

John F. Kennedy¹

¹ Afirmação proferida pelo Presidente dos Estados Unidos da América no Congresso, a 15 de Março de 1962, introduzindo a temática dos Direitos dos Consumidores.

Índice

Abreviaturas e siglas	6
Introdução	7
1. O Direito do Consumidor	8
2. Princípios Fundamentais	10
2.1. Autonomia privada e a liberdade contratual	10
2.1.1. Liberdade de celebração	10
2.1.2. Liberdade de modelação do conteúdo contratual	11
2.1.3. Contratos de adesão enquanto limitação à liberdade contratual - a (des)igualdade entre as partes?	12
2.2. Boa fé	14
2.3. <i>Pacta sunt servanda</i>	15
3. Formação do contrato de consumo	16
3.1. Proposta e aceitação	16
3.2. Cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão	17
3.2.1. Âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85	17
3.2.2. Os Problemas deste modo de contratar e a sua Superação	19
3.2.2.1. No plano da formação do contrato	19
3.2.2.2. No plano do conteúdo	21
3.2.2.3. No plano processual	22
4. Conteúdo contratual	25
4.1. A Cláusula de Fidelização Contratual em especial	25
4.1.1. Caracterização	25
4.1.2. Controlo do seu conteúdo	30
4.1.3. (In)admissibilidade da (re)fidelização	39

5. Incumprimento do contrato	41
5.1. O Incumprimento da Cláusula relativa ao Período de Fidelização	41
5.1.1. Desvinculação antecipada	41
5.1.2. O caso dos contratos relativos a comunicações electrónicas	45
5.1.3. Prescrição do direito de crédito pelo incumprimento	50
6. Breve incursão nos Meios de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (RALC)	53
Conclusão	57
Bibliografia	58
Jurisprudência	64

Abreviaturas e Siglas

Ac.	Acórdão
al.	alínea
ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
art.	artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DGC	Direcção-Geral do Consumidor
ed.	edição
JP	Julgado de Paz
LCE	Lei das Comunicações Electrónicas
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
LJP	Lei dos Julgados de Paz
LSP	Lei dos Serviços Públicos
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> , "a obra citada"
p.	página
pp.	páginas
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
RALC	Resolução Alternativa de Litígios de Consumo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
<i>Vide</i>	ver
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.g.	<i>verbi gratia</i>
vol.	Volume

Introdução

As exigências do actual mundo moderno geraram novas formas de contratar e um novo modo de contratação – os contratos de adesão. Caracterizados pelo esvaziamento das negociações prévias entre as partes e pela redução da liberdade contratual de uma das partes à dimensão de contratar, tornam-se fonte de abusos e exigem uma eficaz protecção do consumidor.

A cláusula de fidelização é, em regra, uma cláusula contratual geral que, inserta num contrato de execução duradoura, se traduz na obrigação de permanência e de cumprimento dos encargos assumidos, insusceptível, nesse período, de livre denúncia.

Este período de fidelização, não raras vezes passando despercebido aquando da celebração do contrato, funciona como instrumento de sujeição do consumidor à permanência de uma relação contratual que este pretende findar. Ademais, estas cláusulas impedem novas e melhores ofertas, não respondendo, eficazmente, aos desafios da moderna sociedade portuguesa.

Assim, pretende-se analisar a admissibilidade de inserção de cláusulas de fidelização nos contratos de adesão e traçar a fronteira que separa uma cláusula legalmente admissível, de outra manifestamente abusiva que, em consequência, será ferida de nulidade.

E porque não há uma cláusula de fidelização sem uma cláusula penal que a acompanhe, cumpre-nos indagar acerca das consequências que recaem sobre o aderente, *maxime*, consumidor, perante uma desvinculação contratual antecipada e unilateral de um contrato de prestação de serviços de execução duradoura, antes do *terminus* do período mínimo de vigência.

Para isso, analisamos os meios de reacção ao dispor do consumidor e as soluções que têm sido adoptadas pelos nossos Tribunais.

Os princípios da liberdade contratual e da boa fé são transversais a todas as questões analisadas, aliás, como o são a todos os demais temas referentes aos contratos de consumo.

Julgamos ser um tema de colossal importância prática porquanto, sendo as cláusulas de fidelização vulgarmente inseridas nos mais variados e essenciais contratos de prestação de serviços resta perguntar: serão as cláusulas de fidelização, afinal, de admitir?

1. O Direito do Consumidor

O direito do consumidor assume uma importância fulcral na nossa sociedade consumista constituindo a defesa dos seus direitos necessária prioridade.

Como recente ramo do direito, um grande problema consiste no desconhecimento, pelo adquirente de bens ou serviços, dos seus direitos e dos meios ao seu dispor para os efectivar. Urge fomentar o seu conhecimento e esclarecimento.

De importância incontestável assumem-se como direitos de terceira geração que, acompanhando a global evolução económico-social, surgiram de forma a dar resposta aos crescentes problemas que assolam todos os cidadãos enquanto consumidores.

É largamente utilizada em Portugal, para nos referirmos a este ramo do direito, a expressão *direito do consumo*. No entanto, destacamos aqui, de forma breve, a nossa preferência pela terminologia *direito do consumidor*, “definindo-o como o conjunto de princípios e regras destinadas à protecção do consumidor”^{2 3}.

Na verdade, o que se visa com estas regras e normas é uma efectiva protecção do consumidor, e não de uma fase final do processo de distribuição de bens. Acresce que, de acordo com a sua finalidade e *ratio*, esta designação – direito do consumidor - é a mais apropriada. Ademais, como salienta Pinto Monteiro, “basta atentar, entre outros, nos arts. 60.º, 81.º e 99.º da Constituição para ver que é a protecção do consumidor e a defesa dos direitos deste que constituem a preocupação expressa na lei fundamental”⁴, traduzindo-se numa das incumbências prioritárias do Estado⁵.

Importa referir que foram iniciados os trabalhos de preparação para o Código do Consumidor tendo sido apresentado, simbolicamente, no dia 15 de Março de 2006, Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, o Anteprojecto do Código do Consumidor, para conhecimento e debate público. A Comissão incumbida da preparação deste diploma foi presidida por António Pinto Monteiro com o propósito de “ir além de uma mera compilação de leis dispersas e elaborar um Código, no sentido próprio do termo, com tudo o que isso implica, designadamente em termos de racionalização e de unidade

² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, p. 121.

³ Neste sentido, entre outros, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e OLIVEIRA ASCENSÃO. Em sentido contrário, adoptando a designação de direito do consumo, MENEZES LEITÃO, MENEZES CORDEIRO e PEDRO ROMANO MARTINEZ.

⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 122.

⁵ Cfr. art. 81.º, al. i) da CRP.

sistemática”⁶. Este diploma, que acentuaria a afirmação do direito do consumidor e se traduziria numa importante ferramenta para o seu conhecimento, acabou, por diversas razões, por não desaguar em Lei.

Não existe uma noção universal de consumidor. Mesmo a nível nacional, não existe um conceito único, havendo até várias definições de consumidor⁷. A mais relevante, entre nós, é a que consta do art. 2.º, n.º1 da LDC, considerando-se “consumidor *todo aquele* a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”⁸. Acrescenta-se que o mesmo diploma prevê que o “consumidor tem direito: a) à qualidade dos bens e serviços; b) à protecção da saúde e da segurança física; c) à formação e à educação para o consumo; d) à informação para o consumo; e) à protecção dos interesses económicos; f) à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos; g) à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; e h) à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses”⁹.

Trata-se de direitos dos cidadãos como consumidores que se impõem a todos os operadores económicos, obrigando-os, bem como ao Estado, ao cumprimento de obrigações de formação, educação e informação para o consumo¹⁰.

⁶ Apresentação do Código do Consumidor – Anteprojecto, passível de consulta, v.g., em https://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf.

⁷ Basta considerar, por exemplo, o DL n.º 133/2009 de 02/06, o DL n.º 29/2006 de 15/02, o DL n.º 24/2014 de 14/02 ou à recente Lei n.º 144/2015 de 08/09 (esta última vem restringir o conceito de consumidor às pessoas físicas). Há ainda outros diplomas que não têm como referente o consumidor (apesar da sua proximidade), como é o caso do DL n.º 446/85 de 25/10 e da Lei n.º 23/96 de 26/07, tendo estes como âmbito de aplicação, respectivamente, o aderente e o utente. O direito do consumidor não delimita, portanto, a sua aplicação (apenas) ao consumidor mas também a qualquer outro conceito adoptado em que se vise proteger o adquirente do bem ou do serviço.

⁸ O conceito de consumidor é analisado com mais detalhe por JORGE MORAIS CARVALHO no *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014, pp. 15 a 18., tendo por referência quatro elementos (elemento subjectivo, elemento objectivo, elemento teleológico e elemento relacional).

⁹ Cfr. art. 3º da LDC.

¹⁰ Cfr. arts. 7º e 8º da LDC.

2. Princípios Fundamentais

2.1. Autonomia privada e a liberdade contratual

2.1.1. Considerações gerais

O cumprimento do contrato é indissociável da observância de fundamentais princípios do Direito das Obrigações. São dele alicerce, entre outros, o princípio da autonomia privada, a boa fé e o princípio que enuncia que “os contratos são para cumprir”.

A massificação do comércio jurídico decorre da liberdade contratual que, em regra, as partes detêm.

A liberdade contratual é um dos princípios base do nosso direito privado e uma manifestação e corolário do postulado da autonomia privada. Está expressamente consagrado no art. 405º do CC que dispõe que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.

Como nos ensina Mota Pinto “a autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”¹¹. Acrescenta Menezes Leitão que “a autonomia privada consiste assim num espaço de liberdade, já que, desde que sejam respeitados certos limites, as partes podem livremente desencadear os efeitos jurídicos que pretendem”¹².

Importa referir que estes princípios são particularmente importantes quanto aos temas da interpretação e integração dos contratos (236º e 239º do CC).

A liberdade contratual pode expressar-se enquanto liberdade de celebração de negócios jurídicos e na liberdade de modelação e de estipulação do seu conteúdo contratual.

¹¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 102.

¹² LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 11ª ed., Almedina, 2014, p. 19.

2.1.2. Liberdade de celebração e Liberdade de modelação do conteúdo contratual

Entende-se a liberdade de celebração de negócios jurídicos como liberdade de contratar ou de não contratar, expressa na faculdade de aceitação ou de rejeição da proposta contratual e a faculdade de escolha do contraente.

Excepcionalmente, admitem-se restrições à liberdade de celebração dos negócios jurídicos. Essas restrições podem consistir: na consagração de um dever de contratar (como é o caso da celebração obrigatória do contrato de seguro de responsabilidade civil, de acordo com os arts. 1º e 11º do DL n.º 522/85, de 31/12), na proibição de celebrar contratos com determinadas pessoas (v.g. arts. 877º e 953º) ou na sujeição da celebração do contrato a autorização de outrem (v.g. arts. 1682º, 1682-A e 1682-B)¹³.

Por liberdade de modelação ou de estipulação “entende-se a faculdade de estabelecer os efeitos jurídicos do contrato, ou seja, a possibilidade conferida pela ordem jurídica às partes de, por mútuo acordo, determinarem à sua vontade o conteúdo do contrato”¹⁴. Inclui-se na liberdade de modelação, a faculdade de celebrar contratos típicos, atípicos ou mistos.

É esta liberdade que se encontra expressamente referida no art. 405º do CC, não sendo ela, também, uma liberdade absoluta. Algumas restrições quando ao concreto conteúdo do contrato decorrem do princípio da boa fé, que deve pautar a conduta das partes, da sujeição a normas imperativas e do cumprimento e respeito pela lei, pelos bons costumes e pela ordem pública.

O contrato é o instrumento, por excelência, de exercício da autonomia privada. No entanto, acontece, por vezes, que esta não é absoluta, havendo um cerceamento à liberdade contratual das partes (ou pelo menos de uma delas).

A celebração de um contrato é, desde logo, uma limitação à liberdade contratual, pois, uma das suas consequências é a vinculação das partes ao cumprimento das prestações a que se obrigaram.

¹³ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 107 e ss.

¹⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 11ª ed., Almedina, 2014, p. 22.

Como analisámos, de forma breve, não há uma tutela absoluta da autonomia privada sendo possível, em certos casos, pontuais restrições à liberdade contratual.

Sabendo que “são inúmeras as restrições ao princípio da liberdade contratual que poderíamos focar, todas elas animadas por uma ideia de justiça social que se pretende atingir”¹⁵, importa-nos analisar a importante restrição que se verifica nos contratos de adesão.

2.1.3 Contratos de adesão enquanto limitação à liberdade contratual - a (des)igualdade entre as partes?

Não há melhor forma de iniciarmos a análise deste tema se não citando o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que afirma que “as cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual”.

A contratação com base em cláusulas contratuais gerais constitui uma limitação à liberdade contratual na dimensão da modelação do conteúdo contratual, sendo o aderente apenas livre de escolher se quer ou não contratar.

Mota Pinto define contrato de adesão como “aquele cujo conteúdo contratual foi pré-fixado, total ou parcialmente, por uma das partes a fim de ser utilizado, sem discussão ou sem discussão relevante, de forma abstracta e geral, na sua contratação futura”¹⁶. São contratos formados pela mera aceitação (“adesão”) de um contraente – o aderente - às cláusulas contratuais gerais redigidas prévia e unilateralmente pelo outro contraente – o predisponente. É destes contratos indissociável uma ausência de negociação, de discussão e de um debate prévio acerca do conteúdo contratual que integrará o contrato a que se vincula. Assim, não são tomados em consideração os interesses da contraparte, havendo um favorecimento unilateral do predisponente.

Quanto à caracterização das cláusulas contratuais gerais, diz-nos Noronha Nascimento que estas são “pré-elaboradas unilateralmente para servir uma multiplicidade de pessoas ou contratos; são rígidas porque a sua inegociabilidade pelo utilizador as torna

¹⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, p. 391.

¹⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, Abril-Dezembro, n.ºs 2,3 e 4, 1973.

imodificáveis, e são gerais porque vocacionadas e destinadas a um conjunto indeterminado de utilizadores e aderentes”¹⁷.

Ao invés de serem precedidos de uma prévia discussão e negociação, de forma a, por acordo, se alcançar um conteúdo contratual que espelhe a vontade e os interesses de ambas as partes, neste modo de contratar, apenas uma das partes (normalmente uma empresa) o predetermina, limitando-se a contraparte a aceitar ou rejeitar o contrato. São contratos cujo conteúdo é apresentado, em massa, ao público interessado. Sendo as “necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes”¹⁸.

Longe vai a concepção liberalista de que um contrato, por ser um acordo de vontades, seria sempre justo. Os contratos de adesão são um “terreno espinhoso”, que tanto têm de perigoso, como de necessário. Os efeitos perversos que podem advir da inserção de cláusulas contratuais gerais (cláusulas desconhecidas ou abusivas) são manifestação latente da desigualdade do poder económico e contratual dos contraentes.

Não raras vezes, acontece que além de não poder interferir na conformação no conteúdo do contrato, não poderá o consumidor recusar a sua celebração. Fazê-lo é, muitas vezes, por não haver uma real opção, excluir-se do tráfego jurídico. Com efeito, poderá necessitar de um bem ou da prestação de um serviço e carecer de uma verosímil alternativa para o adquirir, não podendo, assim, recusar a proposta contratual, pois dele não pode prescindir. Não podemos aqui falar, parece-nos, de uma real liberdade mas, ao invés, de uma liberdade aparente. Do referido são exemplo as situação de monopólio de mercado, em que à rejeição da proposta contratual equivale a impossibilidade de aquisição do bem ou do serviço.

Efectivamente, “costuma caracterizar as cláusulas contratuais gerais o facto de uma das partes ter uma posição social ou económica mais relevante, que lhe serve de justificação para impor a situação à outra parte. Para além disso as cláusulas contratuais gerais são normalmente completas e exaustivas, regulando todas as questões de verificação entre as partes, a um nível jurídico, não acessível a leigos. Finalmente, as cláusulas

¹⁷ LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO, “As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, p. 100.

¹⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Janeiro 2002, p. 4.

contratuais gerais constam normalmente de formulários, de letra reduzida e leitura difícil, que o aderente não examina detalhadamente, limitando-se a neles incluir os seus elementos de identificação”¹⁹.

Está aqui em causa uma manifesta desproporção e desequilíbrio entre as partes. De forma a enfraquecer o carácter inequitativo das cláusulas, o DL proíbe a inserção no contrato de cláusulas abusivas e estabelece formas de controlo das cláusulas, que têm como invariável limite o instituto do abuso de direito, alicerçado no princípio da boa fé.

Importante é também o reconhecimento de que “esta prática negocial uniformizada ajusta-se, ainda por outro lado, à sociedade de massas dos nossos dias, correspondendo estes contratos em série, no plano jurídico-negocial, ao anonimato e despersonalização, enquanto característica base das actuais relações sociais”²⁰.

As especificidades e característico regime legal dos contratos de adesão serão analisados, com mais rigor, no capítulo seguinte.

2.2. Boa fé

O princípio da boa fé foi a base da construção, pela jurisprudência, de princípios e regras sobre o regime das condições gerais dos negócios (expressamente acolhidas, posteriormente, pelo AGB-Gesetz)²¹.

Tanto na celebração do contrato²², como no seu cumprimento²³, o princípio da boa fé está sempre presente e tem de ser respeitado por todos quantos os envolvidos.

De forma breve, como faz Menezes Leitão, podemos dizer que “pode falar-se de boa fé em sentido subjectivo, definindo-a como a ignorância de estar a lesar os direitos alheios, sendo esse o sentido de boa fé no art. 1260º. Mas pode também falar-se de boa fé num sentido objectivo ou normativo, definindo-a como regra de conduta. É esse o sentido

¹⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 11ª ed., Almedina, 2014, p. 30.

²⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Dezembro 1986, p. 742.

²¹ Para mais desenvolvimentos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Dezembro 1986.

²² Cfr. art. 227º do CC.

²³ Cfr. art. 762º, n.º 2 do CC.

da referência à boa fé nos artigos 227º, 239º, 334º, 437º e 762º, n.º 2 do CC e é esse o sentido que primacialmente nos interessa em Direito das Obrigações”²⁴.

Essa actuação de boa fé²⁵ é ainda determinada pelo art. 9º, n.º1, da LDC que impõe nas relações jurídicas de consumo “a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos”.

É um princípio fundamental nos contratos de adesão, ditando os artigos 9º, n.º 2, 14º, 15º, 16º do DL n.º 446/8 a sua obtemperação enquanto normas e regras de conduta.

A boa fé compreende o cumprimento, de ambas as partes, dos deveres que decorrem da vinculação contratual e visa tutelar a sua confiança e as suas expectativas.

2.3. Pacta sunt servanda

Este princípio, que é também corolário da boa fé, está expressamente consagrado no art. 406º, n.º 1 do CC dispondo que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”.

Contempla o princípio da pontualidade (n.º 1 do art. 763º), devendo o contrato ser cumprido “ponto por ponto”, e o princípio da estabilidade dos contratos, devendo, ao longo da sua execução, respeitar-se todas as obrigações assumidas.

Não é um princípio absoluto, admitindo excepções. Entre elas, a denúncia, a revogação ou a resolução do contrato (de aludir ao especial caso da resolução por alteração superveniente das circunstâncias).

Tutela-se a segurança e certeza jurídicas e visa-se, com este comprometimento e vinculação, a protecção da confiança de ambas as partes.

²⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 11ª ed., Almedina, 2014, p. 50.

²⁵ Estamos sempre a referir-nos a boa fé em sentido objectivo ou normativo, isto é, enquanto norma ou regra de conduta, é essa que é para nós relevante.

3. Formação do contrato de consumo

3.1. Proposta e aceitação

Para a obtenção do acordo, o contrato tem de compreender, naturalmente, no mínimo, duas declarações.

A proposta deve ser completa, precisa, formalmente adequada e revelar intenção inequívoca de contratar. Apesar da composição do conteúdo da proposta assumir critérios bastante variáveis, esta deve ser precisa, “de tal modo que, uma vez aceite, não fiquem dúvidas acerca dos elementos componentes do contrato celebrado”²⁶.

Feita a proposta, surge na esfera jurídica dos seus destinatários o direito potestativo de aceitação. Conforme dispõe Jorge Morais Carvalho, “preenchidos os requisitos para que uma declaração negocial constitua uma proposta contratual, o proponente fica, a partir do momento em que esta se torna eficaz, numa situação de sujeição, tendo o seu destinatário o direito potestativo de aceitação e, assim, de formação do contrato”²⁷.

A aceitação deve ser dirigida ao proponente, traduzindo-se na concordância total e inequívoca, sendo fundamental que com a aceitação se finde o diálogo quanto ao conteúdo do contrato. Evidentemente, o principal efeito da declaração negocial que é a aceitação é a celebração de um contrato. O contrato consiste no “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro) contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”²⁸.

Aceitando a proposta, o aderente vê reduzida a sua intervenção à mera “adesão” ao conteúdo do contrato sem o poder conformar, isto é, tem apenas a faculdade de aderir a cláusulas pré-formuladas por outrem (pela contraparte ou até por terceiro) – aceitar - e celebrar, assim, o contrato. Certo é que a proposta pode também ser rejeitada, tal equivalendo à sua não aceitação.

É consentâneo o entendimento de que a “proposta não exige nem um grau especial de clareza nem um grau reforçado de seriedade e de consciência, para além daqueles que

²⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4ª ed., Almedina, p. 117.

²⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012, p. 130.

²⁸ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Tomo II, n.º 65.

são necessários para ultrapassar o limiar mínimo da existência de qualquer declaração negocial”²⁹. Assim, quanto a requisitos de forma, esta é, em princípio livre. No entanto se o contrato estiver sujeito a algum formalismo, também o terá de estar a proposta. O mesmo acontece com a aceitação.

A contratação com base em cláusulas contratuais gerais veio dar resposta a necessidades de planeamento, racionalização, celeridade e eficácia. A massificação do comércio jurídico e a *standardização* da produção, conduziu a uma contratação, também ela, *standardizada*.

3.2. Cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão

3.2.1. Âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85

Em 1973, salientava já Mota Pinto ser este modo de contratar “*uma manifestação jurídica da moderna vida económica*”³⁰. Desde cedo a doutrina se foi apercebendo da grande importância prática dos contratos de adesão e da necessidade de tutela dos direitos do consumidor através da fixação legislativa do seu regime jurídico.

O Decreto-Lei n.º 446/85 de 25/10 veio dar resposta a uma necessidade incontornável de regulamentação da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais. Este modo de contratar, pelas suas inerentes características, é uma técnica propícia a abusos e a práticas lesivas do consumidor enquanto aderente, pelo que, esta intervenção legislativa veio, de forma equilibrada e cautelosa, tutelar a sua vontade.

Este diploma legal foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31/08, pelo Decreto-Lei n.º 249/99 de 07/07 e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17/12 (este último veio apenas proceder à conversão de valores expressos em escudos para euros). As alterações de 1995 e de 1999 sucederam pela necessidade de transposição da Directiva 93/13/CE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os

²⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4ª ed., Almedina, p. 118.

³⁰ Subtítulo de um estudo de CARLOS MOTA PINTO acerca dos contratos de adesão, publicado no ano de 1973 in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*.

consumidores. Esta Directiva veio disciplinar os contratos de adesão e limitar o seu âmbito de aplicação aos contratos de adesão celebrados com consumidores³¹.

Temo-nos referido a cláusulas contratuais gerais e a contratos de adesão como se da mesma coisa se tratasse. Em bom rigor, tal não é verdade. Como nos ensina Pinto Monteiro, há que separar duas fases: “a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase estática” (as condições gerais dos contratos); “e a da celebração de cada contrato singular; isto é, a fase em que se celebra efectivamente o contrato com alguém, que é a fase dinâmica em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de *adesão* e que integra aquelas cláusulas”³².

Estes são dois momentos diferenciados do mesmo processo de contratação. Em regra, um contrato de adesão³³ é celebrado através de cláusulas contratuais gerais que são previamente elaboradas e destinadas à celebração futura de múltiplos contratos (de adesão). Todavia, poderá acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas a característica da generalidade (no caso de cláusulas pré-formuladas para uma única utilização) ou da indeterminação (se o contrato de adesão se destinar a um número determinado de contraentes), “caso em que haverá *contrato de adesão* (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de *cláusulas contratuais gerais*”³⁴.

O DL n.º 446/85 aplica-se a todos os contratos de adesão, quer tenham sido celebrados com base em cláusulas contratuais gerais, quer não o tenham. Com a alteração introduzida pelo DL n.º 249/99, tal, é hoje, insusceptível de dúvidas.

Embora fosse importante analisar com maior detalhe esta questão, devido à escassez de tempo com que nos deparamos e que a todos preocupa, iremos prosseguir sem atentarmos a esta rigorosa distinção terminológica³⁵.

Estamos perante um modelo de negociação imprescindível e incontornável na moderna sociedade industrial. A agilização e a rapidez de negociação e contratação típicas

³¹ Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Janeiro 2002, pp. 2 e 3.

³² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 6.

³³ Ou *contrato por adesão*, como prefere parca parte da doutrina.

³⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 7.

³⁵ Distinção que originou a alteração da lei alemã em 1996 e esteve até na origem de um diferendo entre a Comissão Europeia e o Estado Português por alegada má transposição da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril (sanado com a alteração legal feita pelo DL n.º 249/99). Para um maior esclarecimento acerca da questão, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 5 a 8 e pp. 18 a 32.

deste padrão negocial ajustam-se às necessidades contratuais das diversas estruturas económicas. No entanto, a contratação com base em cláusulas contratuais gerais, além de fortemente coarctarem a liberdade da contraparte, apresentam outros inconvenientes.

Comparativamente ao tradicional plano negocial, estes contratos apresentam especificidades próprias e implicam perigos acrescidos para o aderente. Pela inclusão ao contrato de cláusulas unilateralmente redigidas pelo predisponente, surgem riscos para a parte contratual que se limita a aderir ao clausulado. Estes riscos acrescidos que decorrem das especificidades deste modo de contratar manifestam-se em três planos: no plano da formação do contrato, no plano do seu conteúdo e no plano processual.

3.2.2. Os Problemas deste modo de contratar e a sua Superação

3.2.2.1. No plano da formação do contrato

A contratação com base em cláusulas contratuais gerais tem riscos específicos no plano da constituição do contrato porquanto, é notório o perigo de desconhecimento, pelo aderente, das cláusulas que farão parte do contrato que subscreve. Pelo que, é necessário assegurar o real e efectivo conhecimento pelo consumidor do clausulado a que anui.

Para obviar a este perigo, dispõe o n.º 1 do artigo 5º que “as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las”. Essa comunicação, de acordo com o n.º 2, “deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência”. Visa-se um real e efectivo acordo, tutelando-se o consentimento do aderente. Importante é ainda o n.º 3 do mesmo artigo que incumbe ao predisponente o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva. Trata-se de uma obrigação de meios que compete ao contratante que submete a outrem as cláusulas contratuais gerais. Assim, protege-se a confiança do aderente no clausulado que assentiu mas exige-se-lhe um comportamento diligente – estando aqui consagrado o princípio da auto-responsabilidade.

Em cumprimento do disposto nos artigos 60º da CRP e 8º da LDC, do artigo 6º do DL em análise consta um dever de informação e de esclarecimento a cargo do predisponente, que deve ainda prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.

José Manuel de Araújo Barros afirma que “o ónus de comunicação e o dever de informação das cláusulas contratuais gerais (artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n.º 446/85) são instrumentos paradigmáticos deste direito à informação, no âmbito contratual. O princípio que lhes subjaz estava já enunciado no n.º 1 do artigo 227º do Código Civil - quem negocia com outrem pela conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa fé”³⁶.

Prevê o artigo 7º que “as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais”.

Do artigo 8º resulta a consequência de exclusão das cláusulas dos contratos singulares, não fazendo parte do conteúdo contratual, nos casos em que estas não tenham sido comunicadas nos termos do art. 5º ou que violem o dever de informação (alíneas a) e b)), ou quando passem despercebidas a um contratante normal e originem reacções de surpresa (alíneas c) e d)), dando-se prevalência ao interesse da protecção da confiança. Excluídas as cláusulas, o contrato singular mantém-se em vigor, recorrendo a normas supletivas aplicáveis e, eventualmente, às regras de integração dos negócios jurídicos, constantes do art. 239º do CC. Tal só não acontece, sendo o mesmo nulo, se da exclusão das cláusulas ocorrer uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (de acordo com os artigos 9º do DL n.º 446/85 e 239º do CC).

De salientar que a não comunicação de uma cláusulas fundamental, como a que prevê uma duração mínima para o vínculo contratual, de forma intencional e propositada, poderá constituir uma omissão enganosa. Esta prática é proibida pelo diploma legal regulamentador das práticas comerciais desleais³⁷.

Este conjunto de medidas visa proteger o consumidor perante decisões irreflectidas e precipitadas. Contribuem para o seu esclarecimento e pretendem responder ao primeiro

³⁶ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 - anotado: recolha jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, p. 60.

³⁷ Cfr. arts. 3º, 5º 9º e 10º do DL n.º 57/2008 de 26/03, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio.

problema: o do desconhecimento do conteúdo das cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pela contraparte.

3.2.2.2. No plano do conteúdo

Outro perigo quanto à contratação com base em cláusulas contratuais gerais é o da inclusão, no conteúdo contratual, de cláusulas abusivas.

Para lhe fazer face, legislador português adoptou, em geral, o regime alemão, estabelecendo listas nas quais proíbe a inserção de determinadas cláusulas nos contratos de adesão. Essa proibição é, nuns casos, absoluta (designando-se “listas negras”) e noutros relativa (“listas cinzentas”). Das listas negras (artigos 18º e 21º) constam cláusulas proibidas em absoluto, sendo-o sempre e em qualquer caso. Se alguma destas cláusulas for inserida em algum contrato singular, é automaticamente nula, sem carecer de qualquer valoração judicial. Trata-se de uma análise em abstracto e de teor objectivo. Das listas cinzentas (artigos 19º e 22º) fazem parte cláusulas cuja proibição é aferida em concreto, “consoante o quadro negocial padronizado” – devendo apreciar-se consoante o quadro negocial do sector de actividade em questão - permitindo ao juiz uma apreciação casuística.

Nas palavras de António Pinto Monteiro, o padrão de referência a que se referem os artigos 19º e 22º do DL n.º 446/85 “é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial de determinado sector de actividade”³⁸.

O legislador português foi além do preceituado na Directiva 93/13/CE, abrangendo as relações com consumidores (como faz a Directiva), mas também (e inovadoramente), aquelas que não o tenham como destinatário. Assim, o DL enumera duas categorias de proibições, sendo uma aplicável apenas às relações entre empresários ou entidades equiparadas (arts. 18º e 19º) e outra aplicável a todas as relações contratuais (de acordo com o art. 20º). Aqui se reflecte a especial protecção do consumidor, aplicando-se, nas

³⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986, p. 755.

suas relações negociais, não só as proibições que lhe são exclusivas (arts. 21 e 22º) mas também as da secção das relações entre empresários.

Na esteira do modelo alemão, o nosso legislador, consagrou ainda uma cláusula geral, com base na boa fé, proibindo todas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (arts. 15º e 16º). Enuncia José Barros que “uma cláusula será contrária à boa fé se a confiança depositada pela contraparte contratual naquele que a predispôs for defraudada em virtude de, da análise comparativa dos interesses de ambos os contraentes, resultar para o predisponente uma vantagem injustificável”³⁹.

Esta cláusula geral assente no princípio da boa fé diz respeito à boa fé em sentido objectivo, traduzindo-se em normas e regras de conduta e consubstanciando uma boa fé normativa.

Importa ainda referir que, apesar de uma cláusula não constar de nenhuma das listas, ela pode ser considerada proibida pela violação do princípio geral da boa fé.

De acordo com o preceituado no art. 12º, todas as cláusulas contratuais gerais proibidas são nulas, subsistindo o contrato sem essa cláusula, nos termos do art.13º.

3.2.2.3. No plano processual

Os mecanismos tradicionais de controlo judiciário tornam-se inadequados. O controlo tradicional tem três características fundamentais: é um controlo que funciona *a posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos restritos ao caso concreto. O legislador português, através de um novo instrumento – a acção inibitória – veio combater estes problemas.

A acção inibitória foi regulada no Capítulo IV do DL n.º 446/85. Trata-se de uma acção de condenação destinada a impedir a utilização futura de cláusulas proibidas (nulas) face à nossa lei. Através deste meio é efectuado um controlo preventivo, tendo como finalidade a obtenção de uma decisão judicial que proíba a utilização futura dessa cláusula objecto de controlo nos contratos que o demandado venha a celebrar no futuro.

³⁹ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 - anotado: recolha jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, p. 172.

A acção inibitória, pela sua natureza, pressupõe cláusulas contratuais gerais. Porquanto, esta não poderá ser efectivada quando se trate de um contrato de adesão que não tenha sido formado através de cláusulas contratuais gerais.

O artigo 26º, dando cumprimento ao disposto no art. 7º, n.º 2, da Directiva, atribui legitimidade processual activa a determinadas entidades, nomeadamente, a associações de defesa do consumidor, a associações sindicais e ao Ministério Público. Visa-se, assim, “superar o inconveniente de a aplicação da lei, no comum dos casos, depender da iniciativa processual do lesado, que muitas vezes não arriscará envolver-se num litígio judicial contra uma empresa. Em segundo lugar, procura-se, com estas medidas, ultrapassar a dificuldade de a decisão do tribunal só produzir efeito para o caso concreto que julgou. Por último, um contrato deste tipo constitui uma forma adequada de fiscalizar cláusulas que são redigidas não para um só contrato, antes para um número múltiplo ou indefinido de contratos”⁴⁰.

Condenada na abstenção de utilização de determinadas cláusulas contratuais gerais e incumprindo essa proibição, incorrerá o demandado numa sanção pecuniária compulsória, conforme o preceituado no artigo 33º.

Importa referir que “se o demandado, vencido na acção inibitória não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela acção, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória”⁴¹. Qualquer pessoa pode invocar a decisão proferida pelo tribunal, desde que se trate da mesma empresa vencida na acção inibitória. Ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nessa decisão judicial sejam iguais às inseridas no contrato singular, só poderá o aderente fazer-se valer da declaração incidental de nulidade contida na decisão da acção inibitória se o predisponente for o mesmo – a empresa condenada (art. 32º, n.º 2). Importa aludir a Mafalda Miranda Barbosa pois, “se do lado activo a sentença proferida em sede de uma acção inibitória produz efeitos a favor de qualquer pessoa, do lado passivo, e pela necessidade de se garantir o direito de defesa das restantes empresas, ela só produzirá efeitos em relação à empresa vencida”⁴².

Tal como acontece com o modelo alemão, esta tarefa de fiscalização é realizada pelos tribunais, e não por outras entidades administrativas.

⁴⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

⁴¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 17.

⁴² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 421.

A criação e manutenção de um registo das cláusulas contratuais gerais declaradas nulas pelos tribunais pela Direcção-Geral da Política de Justiça, resulta da conjugação dos artigos 34.º e 35.º do DL n.º 446/85 e da Portaria n.º 1093/95, de 06/09. Pretendeu-se, desta forma, a criação de um mecanismo que assegure um conhecimento fidedigno e acessível a todos os interessados, não só do texto de todas as cláusulas já declaradas nulas em contratos celebrados com consumidores por profissionais, mas também das empresas envolvidas e das razões invocadas por cada tribunal para a declaração de nulidade⁴³.

⁴³ Informação disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/sobre-dgpj/anexos/registo-das-clausulas/>.

4. Conteúdo contratual

4.1. A Cláusula de Fidelização Contratual em especial

4.1.1. Caracterização e Considerações

As cláusulas de fidelização são um dos assuntos mais problemáticos que os contratos de consumo suscitam.

Ao celebrar um contrato que prevê um período mínimo de vigência, as partes vinculam-se ao cumprimento pontual das respectivas obrigações durante esse período, traduzindo-se essa vinculação num “compromisso de permanência”. Apesar da sua origem contratual, requerendo o consentimento de ambas as partes, a inserção da cláusula de fidelização está quase sempre associada a uma manifesta desigualdade económica, encontrando-se, uma das partes, constringida à celebração do contrato.

A inserção de uma cláusula de fidelização, especialmente em contratos de consumo, tornou-se prática generalizada. São frequentemente encontradas nos contratos de consumo de execução duradoura de utilização de instalações e equipamentos desportivos (ginásios), de instalação e manutenção de elevadores e em contratos referentes a serviços públicos essenciais, como a distribuição de água, luz e, especialmente, contratos relativos a comunicações electrónicas (art. 1^a, n.º1, al. d) da LSP).

A inclusão num contrato de consumo de uma cláusula que preveja uma duração mínima é, em regra, de admitir. Essa admissibilidade ocorre se a vinculação temporal estiver associada a uma vantagem para o aderente⁴⁴. Como nos refere Jorge Morais Carvalho, “em muitas situações, o período de fidelização encontra-se associado a uma despesa acrescida para o profissional, não repercutida imediatamente no preço do bem ou serviço a pagar pelo utente, que assim acede a este em circunstâncias mais favoráveis, sendo apenas compensada pelo cumprimento do contrato ao longo de todo esse período”⁴⁵.

Neste sentido, importa aludir ao Ac. do TRL de 05/06/2012 que dispõe que “as cláusulas de fidelização que garantem essa estabilidade têm de conferir, em contrapartida,

⁴⁴ No sentido, claramente dominante, da admissibilidade da cláusula de fidelização se houver vantagem ou contrapartida para o consumidor, *vide* Ac. do TRL de 06/12/2011, de 26/02/2013 e de 05/06/2012.

⁴⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo: Reflexão Sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012, p. 527.

também vantagens de ordem comercial ao aderente. Só assim se assegura o equilíbrio na posição dos contraentes e salvaguarda a justa composição dos interesses em prol do princípio da boa fé.” Acrescenta ainda o mesmo acórdão que “não resultando comprovadas quais sejam essas específicas vantagens no caso em apreço seja de considerar uma tal cláusula proibida à luz do art. 22, n.º 1, al. a), do DL n.º 446/85”.

A cláusula de fidelização indica um período de tempo em que as partes têm de cumprir o contrato, sem poderem livremente desvincular-se, dando cumprimento ao princípio *pacta sunt servanda*.

Ligada umbilicalmente a esta cláusula, está uma outra que, geralmente, está redigida nos seguintes termos: em caso de denúncia antecipada pelo aderente, o predisponente terá direito a uma indemnização no valor da totalidade das prestações previstas até ao termo do prazo contratado.

Não raras vezes, a desvinculação contratual antes do decurso do período mínimo de vigência acordado, isto é, o incumprimento da cláusula de fidelização, conduz o consumidor (pois é este, normalmente, que tem interesse na cessação do contrato) ao ressarcimento do profissional das quantias em falta até ao termo do período contratado.

O princípio da liberdade contratual (art. 405º CC), permite às partes, por acordo, munirem-se de mecanismos que visam a fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas.

É incontroverso⁴⁶, na jurisprudência, que a cláusula de fidelização inclui uma cláusula penal, accionada com a desvinculação antecipada do aderente. A qualificação desta figura é um problema de interpretação negocial (art. 236º CC). Como nos ensina Pinto Monteiro “consoante a convenção das partes vise prosseguir uma função indemnizatória ou compulsória, assim estaremos perante cláusulas diferentes, melhor, perante diferentes espécies de cláusulas penais; por um lado, a pena é, num caso, uma indemnização predeterminada, e, no outro caso, uma sanção civil, uma sanção compulsória”⁴⁷.

⁴⁶ Como podemos ver através da leitura do Ac. do STJ 14/11/2013, “resulta incontroverso que tais cláusulas – cláusulas de fidelização –, por conterem um regime atinente à denúncia e ao pagamento de indemnização pela cessação do contrato, independentemente da causa invocada correspondem a uma espécie de cláusula penal, figura prevista nos arts. 810.º e 811.º do CC”. No mesmo sentido, Ac. do TRL de 26/02/2013.

⁴⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011, p. 150-g.

São várias as espécies de cláusulas penais existentes⁴⁸. Quanto a nós, referir-nos-emos àquelas que poderão estar em causa aquando da celebração de um contrato que contenha uma cláusula de fidelização.

Uma delas é cláusula penal de fixação antecipada da indemnização que é estipulada a fim de liquidar o dano previsível e constitui um montante invariável, um “*forfait*”, dispensando o credor do ónus da prova do dano. Ela é, em princípio, “independente do montante dos prejuízos reais – é, numa palavra, uma forma de liquidação preventiva e convencional do dano”⁴⁹.

A estipulação contratual desta figura tem claras vantagens para ambas as partes porquanto, o credor, não tem que alegar nem provar o dano e a sua extensão (do prejuízo efectivo), furtando-o de futuros litígios e, ao devedor, permite-lhe saber, de antemão, a indemnização em que incorre, sabendo o “custo do incumprimento”.

Com a estipulação da cláusula penal de fixação antecipada da indemnização, as partes “visam liquidar, antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano que prevêem poder vir a resultar da violação contratual”⁵⁰. Com a fixação desta cláusula, o credor está dispensado de alegar e provar os danos sofridos, no entanto, sendo o pressuposto desta figura a liquidação prévia do dano, não fica o devedor impedido de provar a inexistência de danos pelo credor, excluindo, assim, o seu direito à pena previamente fixada.

Claro que, se a intenção das partes não foi a mera pré-determinação do dano mas sim compelir o devedor ao cumprimento, então, à partida, de nada valerá ao devedor alegar e provar a inexistência de danos por parte do credor. Neste caso, referimo-nos à cláusula penal em sentido estrito, que se destina a compelir o devedor ao cumprimento das obrigações por ele assumidas, ao mesmo tempo que a pena substitui a indemnização a que teria direito. Nesta espécie de cláusula penal, a pena visa compelir e estimular ao cumprimento, reforçando a necessidade de respeito pelas obrigações assumidas.

Será determinante, através das regras da interpretação, apurar qual foi a real intenção das partes ao acordarem a específica cláusula penal. A cláusula penal de fixação antecipada da indemnização e a cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita

⁴⁸ Para um estudo mais completo, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990.

⁴⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011, p. 145.

⁵⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Pena e o Dano”, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. II, Almedina, p. 661

“têm em comum o facto de ambas substituírem a indemnização devida ao credor; mas são diferentes, porque a primeira destina-se a pré-avaliar o dano, a fixar antecipadamente o montante da indemnização” sendo, ela própria, a indemnização, “ao passo que a segunda visa pressionar o devedor a cumprir”, constituindo uma sanção”^{51 52}.

Resta dizer, recorrendo uma vez mais a Pinto Monteiro, “que compreendemos a cláusula penal em sentido estrito no quadro de uma obrigação com faculdade alternativa em benefício do credor. Daí que a pena seja aqui devida independentemente da existência ou do montante do dano. Assim se explica, pois, sem dificuldade, a irrelevância do dano efectivo para a exigibilidade da pena.” Ora, julgamos não ser de aceitar que assim seja para a questão em análise. Se com o incumprimento da cláusula de fidelização o predisponente não teve qualquer dano, não deveremos admitir que o aderente tenha, ainda assim, de lhe pagar uma indemnização que visa, precisamente, o ressarcimento dos danos sofridos. Concluimos, por isso, em regra, só ser de aceitar, pelo incumprimento da cláusula referente ao período de fidelização inserta em contratos de consumo, o estabelecimento de uma cláusula penal de fixação antecipada do montante da indemnização.

Por outro lado, a cominação pelo incumprimento da cláusula de fidelização, pelas suas características, parece-nos ter alguma similitude com a figura da cláusula limitativa da indemnização, também esta admissível no seio do princípio da autonomia privada, *maxime*, da liberdade contratual (art. 405ºCC). A cláusula limitativa da indemnização, ao invés da cláusula penal, traduz-se fixação antecipada do limite máximo (“tecto”) da indemnização que, não alterando o regime da obrigação de indemnização, só actua quando o montante desta ultrapassar o limite máximo pré-fixado. Ou seja, “estabelece um *plafond* que a indemnização não poderá ultrapassar, coincidindo esta com os prejuízos reais se forem inferiores àquele limite”⁵³.

Enquanto a cláusula penal dispensa o credor de alegar o provar o concreto dano sofrido⁵⁴, quanto à cláusula limitativa da indemnização “...é de acordo com o dano

⁵¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 676 e 677.

⁵² De referir, a título complementar, a existência de uma terceira espécie de cláusula penal exclusivamente sancionatória. Nesta, a pena é acordada como um *plus* que acresce à execução específica da obrigação contratualmente devida ou à indemnização acordada. É, como dizem os italianos, uma pena pura.

⁵³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011, p. 145.

⁵⁴ Importa aqui aludir a MAFALDA MIRANDA BARBOSA “advirta-se, contudo, que a CP não funciona como uma mera cláusula de inversão do ónus da prova. Existindo danos, mesmo que eles sejam inferiores a um montante estipulado, o credor tem o direito de exigir a pena, sem embargo de esta poder vir a ser

efectivo que será determinado o montante a pagar ao credor; a cláusula limitativa só funciona se o prejuízo real exceder o limite estabelecido pelas partes. Pode, assim, concluir-se que esta figura não dispensa o apuramento dos danos causados, havendo que proceder, nos termos gerais, ao cálculo da indemnização”⁵⁵.

Pela desvinculação antecipada, terá o aderente de pagar todas as prestações em falta até ao *terminus* do período mínimo de vigência acordado. Ora, sabe-se, de antemão, aquando da celebração do contrato de consumo, o valor máximo da indemnização, que corresponderá ao montante da totalidade das prestações que compõem o período de fidelização (v.g. uma prestação mensal de 30€ durante um período mínimo de 24 meses, terá como valor máximo de indemnização 720€; que ocorrerá no caso de o aderente se desvincular do contrato logo no primeiro mês da sua vigência). O valor concreto da indemnização dependerá sempre da duração do contrato e dos meses em falta para o fim do período mínimo de vigência que, apesar de determinável, não é um valor que, aquando da celebração do contrato de consumo seja invariável e pré-determinado.

Parece-nos, as mais das vezes, tratar-se, na verdade, de uma figura mista pois, por um lado, dispensa a prova do dano pelo credor (característica da cláusula penal) e, por outro, estabelece um montante máximo que a indemnização não pode ultrapassar (particularidade da cláusula limitativa da indemnização).

Parece-nos relevante referir, também, a figura da multa penitencial, na qual “as partes podem estipular, a favor de uma ou de ambas, a faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de determinada soma”⁵⁶. Esta estipulação contratual é chamada de “dinheiro de arrependimento” pois, afasta o direito à execução específica e “confere a qualquer das partes a faculdade de se desvincular – o que só acontece se e na medida em que for paga a quantia estipulada”⁵⁷.

Todas estas cláusulas, apesar de não consagradas expressamente na lei⁵⁸, são válidas e têm colhimento no princípio da liberdade contratual (art. 405º do CC). Claro que a determinação da espécie de cláusula em causa só é possível efectuar-se em concreto e irá

reduzida, quando se verificarem os pressupostos da redução, nos termos do artigo 812º CC” in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 3, 2001, pp. 414 e 415.

⁵⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 236 e 237.

⁵⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 186. Esta figura é usualmente utilizada, v.g., nas cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol.

⁵⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “julgo que seria precipitado pensar que o facto de a lei ter previsto e regulado apenas a cláusula penal de feição indemnizatória implicaria ter a mesma lei proibido qualquer outra espécie de pena convencional”, “Sobre a Cláusula Penal”, in *Scientia Iuridica*, n.ºs 244/246, 1993, p. 256.

aferir-se, invariavelmente, através das regras da interpretação negocial (art. 236º do CC e arts. 10º e 11º do DL n.º 446/85).

Elionora Cardoso, quanto a serviços públicos essenciais, considera que “não deveria poder ser imposto um período de fidelização”⁵⁹. Tendemos a simpatizar com esta apreciação pois, pela sua natureza e essencialidade, quanto aos contratos que abrangem serviços públicos⁶⁰ e “tendo em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger”⁶¹, exige-se um maior controlo quanto a uma excessiva vinculação pois trata-se de serviços que devem estar acessíveis a todos.

Claro que estamos no âmbito dos contratos de adesão e que por razões de racionalização, eficácia e celeridade do comércio jurídico é impensável uma negociação individual das condições do contrato com cada um dos milhares (ou até milhões) de consumidores, no entanto, “em causa está, sobretudo, a necessidade de defesa do consumidor perante contratos que, apesar de necessários e ajustados à moderna realidade económica, traduzem frequentemente uma exploração abusiva da situação débil do aderente”⁶².

4.1.2. Controlo do seu conteúdo

O fundamento para a admissibilidade e validade da cláusula de fidelização e da cláusula penal⁶³ decorrente do incumprimento da cláusula de fidelização é, como não poderia deixar de ser, o princípio da liberdade contratual (art.º 405º CC).

As cláusulas de fidelização em análise são, comumente, parte integrante de um contrato de adesão, em que a liberdade de contratar do aderente se restringe à liberdade de aceitação do clausulado (e não da sua modelação). O regime legal dos contratos de adesão foi já analisado, cabendo-nos, agora, tratar do concreto controlo do conteúdo da cláusula de fidelização.

⁵⁹ ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais – A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, 2010, p. 138.

⁶⁰ Vide n.º 2 do art. 1º da LSP.

⁶¹ Cfr. art. 3º da LSP. Fala-se aqui em “utente” porque a LSP tem um âmbito de aplicação subjectiva mais amplo que os meros contratos de consumo podendo, os utentes ser, ou não, consumidores.

⁶² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011, p. 370.

⁶³ Para facilidade da exposição, vamos admitir, como unanimemente o faz a jurisprudência, tratar-se da figura da cláusula penal.

Por ser uma matéria que suscita muitas querelas no comércio jurídico, os tribunais já foram chamados inúmeras vezes a pronunciarem-se. As opiniões nem sempre são unânimes mas quanto à admissibilidade das cláusulas de fidelização entendem que são admissíveis se essa vinculação mínima temporal se traduzir numa clara vantagem ou contrapartida para o consumidor⁶⁴.

Como refere, por exemplo, o Ac. do TRL de 06/12/2011, a cláusula de fidelização “supõe, como é do conhecimento geral, a prévia concessão de um certo número de vantagens de ordem comercial ao aderente em troca da sua específica vinculação ao período contratual estabelecido. As facilidades e benefícios económicos assim proporcionados, assentam, logicamente, numa legítima expectativa de ganho para a prestadora que se encontra indissociavelmente associada à manutenção da prestação do serviço pelo tempo antecipadamente previsto. É pelo facto da proponente ter a segurança de que contará com a manutenção do pagamento dos serviços, a pagar pelo cliente, até ao fim do prazo estabelecido, que a mesma se dispõe a cativá-lo com uma série de benesses que tornam os termos contratuais igualmente vantajosos para o aderente”.

Entendemos, para que a vantagem seja efectiva e real, dever ser indicado o preço com a vantagem decorrente da vinculação a um período de fidelização mas, também, o preço sem o desconto, para poder haver, efectivamente, uma verdadeira comparação, ponderação e consciente decisão. Deverá ser possível ao consumidor optar pela proposta que quiser, podendo preferir pelo preço sem a referida vantagem (preço real) se não se quiser submeter a um período de fidelização,

A cláusula de fidelização e a cláusula penal a ela ligada, apenas se consideram inseridas no contrato se, tal como todas as cláusulas, tiverem sido devidamente comunicadas e esclarecidas ao aderente. Caso não o tenham sido, e não tenha a empresa feito prova do cumprimento destes deveres, são as mesmas, nos termos já analisados, excluídas dos contratos de adesão (art. 8º do DL n.º 446/85).

Importa atender à Lei de Defesa do Consumidor que impõe também a obrigação de informação, a cargo do fornecedor de bens ou prestador de serviços, de forma clara, objectiva e adequada, tanto na fase de negociações, como na fase de celebração do contrato de consumo, sobre o “período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato

⁶⁴ Dispõe o Ac. do TRL de 06/12/2011 que “tal aliança duradoura lhe traz, no imediato, especiais benefícios de que passa a usufruir e que estão precisamente na base dessa opção autolimitadora da sua liberdade negocial”. No mesmo sentido, entre muitos outros, Ac. do TRL de 05/06/2012 e de 26/02/2013.

for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua denúncia ou não renovação, bem como as respectivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos”⁶⁵.

O consentimento é um elemento essencial à estrutura da uma cláusula penal e, por vezes, esta surge como uma surpresa no momento em que se pretende pôr fim a um contrato de execução duradoura. A prova da comunicação efectiva e adequada cabe ao predisponente que, geralmente, utiliza a assinatura do aderente como prova bastante do cumprimento dos deveres a que está obrigado. Muitas vezes, apesar da sua diligência, ou da falta de uma real opção, o aderente celebra o contrato sem se aperceber das implicações de uma cessação antecipada do contrato que estabelece um período contratual mínimo.

A insuficiência da prova quanto ao cumprimento dos deveres de comunicação e de informação prescritos nos artigos 5º e 6º, determinam a sua exclusão do contrato. Foi o que se verificou, por exemplo, no Ac. do TRP de 24/02/2015 e no Ac. do STJ de 18/10/2012⁶⁶. Como escreveu Almeida Costa, todas as cláusulas devem ser comunicadas na íntegra e de forma adequada aos aderentes, tratando-se “de uma necessidade básica para o cumprimento pontual dos contratos e para o estabelecimento da confiança dos contraentes na parte contrária”⁶⁷.

A *ratio* destes preceitos prende-se com exigências de lealdade, cuidado e transparência consagradas no art. 227º do CC preceituando que “quem negocea com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé”. Neste sentido, o Ac do STJ de 02/06/2015, excluiu do contrato as “cláusulas surpresa”. Lê-se neste acórdão que “as denominadas “cláusulas surpresa”, que aparentam ser uma coisa mas, afinal, se revelam outra, podem estar ocultadas, colocadas fora da epígrafe apropriada, desinseridas do contexto sistemático ou racional ou ser redigidas, dissimuladamente, destoando da totalidade do restante clausulado, ofendem o princípio da boa fé do proponente na conclusão do contrato, o direito de informação e esclarecimento adequado do aderente sobre o seu conteúdo e o sistema de protecção do consumidor, como um todo, surpreendendo o aderente real, em prejuízo da sua cognoscibilidade formal e/ou material, por não ser exigível ao aderente,

⁶⁵ Cfr. art. 8º, n.º 1, al. h) da LDC.

⁶⁶ No mesmo sentido, *vide* Sentença do Julgado de Paz de Setúbal, de 31/10/2012.

⁶⁷ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Almedina, p. 242.

pela forma arditosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pelo modo sub-reptício ou camuflado com que foram apresentadas, o seu conhecimento efectivo”.

Além de uma comunicação adequada e efectiva, exige-se, quando o contrato for reduzido a escrito, uma redacção clara, precisa e com caracteres legíveis que permitam ao consumidor uma correcta apreensão dos termos do contrato.

Não há, quanto à generalidade dos contratos de consumo, um limite legal máximo para a estipulação do período de fidelização. Há apenas o limite máximo, quanto aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas celebrados com consumidores, de 24 meses para o período de duração inicial do contrato⁶⁸.

Sendo as cláusulas comunicadas de forma efectiva e adequada ao aderente, estas consideram-se inseridas no contrato. No entanto, o controlo das mesmas não termina por aqui pois, não raras vezes, “a empresa, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como o contrato é estabelecido, aproveita para inserir cláusulas abusivas ou injustas, sem consideração pelos interesses da contraparte, maxime, se o aderente não passa de um simples consumidor final, explorando assim a situação débil deste”⁶⁹.

Acrescenta Menezes Cordeiro que “a concretização do princípio da boa fé pressupõe equilíbrio das prestações a cargo das partes contratantes. Sempre que, por via do funcionamento das cláusulas contratuais, sejam ultrapassados certos limites entre as vantagens auferidas por um contratante e os sacrifícios impostos a outrem, dir-se-á que as cláusulas serão abusivas”⁷⁰.

Quanto ao controlo do conteúdo da concreta cláusula de fidelização teremos de atender, como já estudado, às longas listas de cláusulas relativamente proibidas (nomeadamente, importam-nos os arts. 19º, al. c) e 22º, n.º 1, al. a)) e à cláusula geral da boa fé (arts. 15º e 16º).

Só a partir das regras da interpretação e “consoante o quadro negocial padronizado” será possível aferir da validade e admissibilidade da cláusula de fidelização. Daí que seja

⁶⁸ Cfr. art. 48º, n.º 3 da LCE e art. 4º do DL n.º 56/2010. Quanto a este, e na senda de JORGE MORAIS CARVALHO, é um “prazo que nos parece excessivo, em especial numa relação de consumo, no que respeita a actividades em que a evolução tecnológica é constante e a competitividade exige uma constante modernização”, in *Os Contratos de Consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012, p. 526.

⁶⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011, p. 344.

⁷⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte geral, Tomo I, 2ª ed., 2000, p. 265.

possível que nuns casos uma cláusula de fidelização que impõe um período de fidelização de 12 meses seja excessiva⁷¹, logo proibida, e em outros casos, a vinculação pelo mesmo período seja válida e proporcional⁷².

Quanto à al. c) do art. 19º, sendo nula a cláusula penal por desproporcionada aos danos a ressarcir, de acordo com o art. 12º, “tudo se passará como se tal cláusula não tivesse sido incluída no contrato, sem prejuízo de possível aplicação supletiva das normas relativas à responsabilidade pelo não cumprimento do contrato, nos termos do artigo 13º, ou de eventual redução do negócio, como previsto no artigo 14º”⁷³. A nulidade deve ser oficiosamente declarada pelo tribunal, nos termos dos arts. 286º e 294º do CC.

Importa considerar, como refere o mesmo autor, que “não se deve confundir o critério plasmado na alínea c) do artigo 19º do DL n.º 446/85 (cláusula penal desproporcionada) com o constante do n.º 1 do artigo 812º do Código Civil (cláusula penal manifestamente excessiva). Ou melhor, deverá atentar-se em que é precisamente aquela a razão pela qual nas cláusulas não negociadas se é mais exigente, proibindo-se a cláusula penal simplesmente desproporcionada aos danos a ressarcir, não sendo necessário que essa desproporção (excesso) seja manifesta”^{74 75}.

A cláusula de fidelização é muitas vezes justificada pelos custos que a empresa tem na prestação do serviço, em despesas de investimento, ou através da fixação de preço mais reduzido que aquele que resultaria da não vinculação por um determinado período temporal.

Para aferir se uma cláusula de fidelização cumpre o critério da proporcionalidade aos danos a ressarcir, há que, como nos diz o Ac. do STJ de 14/11/2013 ”estabelecer a uma relação entre o montante dos danos a reparar e a pena fixada contratualmente, de modo a que se possa dizer que há uma equivalência entre os dois valores: aferição que num quadro

⁷¹ Cfr. Ac. do TRL de 05/06/2012, “as cláusulas de fidelização que garantem a estabilidade económica do predisponente têm de conferir, em contrapartida, também vantagens de ordem comercial ao aderente, pelo que não resultando comprovadas quais sejam essas específicas vantagens no caso em apreço seja de considerar uma tal cláusula proibida à luz do art. 22, n.º 1, al. a), do DL n.º 446/85”.

⁷² Cfr. Acórdãos do TRL de 15/11/2012 e de 08/03/2012.

⁷³ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 - Anotado: Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, p. 240.

⁷⁴ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁵ Entendeu o Ac. do TRC de 28/11/2014, que a desproporção ou desequilíbrio entre a cláusula penal e os danos a ressarcir não tem de ser manifestamente elevado ou excessivo, ao contrário do que é exigência do art. 812º, n.º 1 do CC para a redução equitativa da cláusula penal, bastando apenas que a pena estabelecida seja desrazoavelmente superior aos danos, para que possa falar-se de violação do princípio da boa fé e nessa medida considerar tal cláusula como proibida. Neste sentido, *vide* ainda o Ac. do TRC de 20/11/2011.

negocial padronizado se deve pautar por critérios objectivos, guiados por cálculo de probabilidade e valores médios usuais”.

Determina o Ac. do STJ de 09/12/2014 que uma cláusula contratual geral que fixa um período de duração mínima “que confere à demandada, em caso de rescisão antecipada do contrato pelo cliente, o direito a obter o pagamento imediato dos meses em falta até ao termo do contrato, multiplicado pelo valor mensal do serviço em vigor à data da rescisão, reveste, manifestamente, o carácter de cláusula penal indemnizatória e compulsória. Dentro do quadro negocial padronizado, é de considerar desproporcionada aos danos que visa ressarcir, e como tal nula, por violação do art. 19.º, al. c), a cláusula penal convencionada, pois dela resultará o pagamento pelo cliente/aderente da totalidade das prestações correspondentes aos meses do contrato em que este já cessou, sem a contraprestação do serviço da demandada que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto⁷⁶.

Por fim, conclui o mesmo acórdão que “a aludida vantagem da predisponente gera uma desproporção sensível relativamente aos interesses em confronto, que deve ser arredada em face de juízos de razoabilidade e das regras da boa fé contratual, já que delas resulta, em abstracto e previsivelmente, uma desequilibrada repartição de direitos e deveres entre as partes, sem que haja motivo justificável e atendível”.

Apesar de não ser uma opinião unânime, concordamos com a decisão e fundamentação proferidas, lamentando não ter ainda havido audácia no controlo ou limitação quanto a esta indemnização a auferir pela empresa prestadora do serviço que, no abuso da sua posição contratual, por ela é proposta (ou melhor, imposta). Consideramos que sempre que com a desvinculação antecipada do aderente (através de denúncia) se imponha o pagamento imediato da totalidade das quantias em falta até ao final do período de fidelização, tal estipulação consagra uma cláusula penal desproporcionada aos danos a

⁷⁶ No mesmo sentido, e como tem vindo a ser o entendimento da jurisprudência, Ac. do TRP de 08/04/2014, que determina que “tal cláusula conduz necessariamente a uma desproporção sensível e flagrante entre o montante da pena e o montante dos danos a reparar, atendendo ao quadro negocial padronizado em que o contrato se integra, contrariando o princípio da boa fé a que alude o art.º 15.º do DL n.º 446/85, sendo proibida nos termos previstos na al. c), do art.º 19.º do mesmo diploma e consequentemente nula.” Ainda, entre muitos outros, o Ac. do TRC de 17/04/2012 (concluindo que a indemnização, se apresenta como ostensiva; e, quando assim é, cumpre ao tribunal reconhecer e declarar a nulidade), o Ac. do TRC de 28/10/2014, o Ac. do TRL de 27/05/2015, de 05/07/2012 e de 30/06/2011.

ressarcir que transparece um manifesto desequilíbrio entre as partes e impõe consequências patrimoniais gravosas ao aderente, sendo, por isso, nula.

Acrescenta-se, através do Ac. do TRP de 08/04/2014 que ”na realidade tal cláusula ofende o princípio da boa fé contratual uma vez que patenteia um manifesto desequilíbrio contratual de interesses uma vez que o predisponente se limita a acautelar os seus interesses negociais ao inserir cláusulas padronizadas insusceptíveis de negociação, conduzindo a uma fidelização forçada dos clientes ao longo dos anos sob pena de se verem obrigados ao pagamento de uma pesada penalização em caso de resolução negocial”.

Na esteira do acórdão supra referido, o apelo ao quadro negocial padronizado, “significa que a valoração a fazer deverá ter como referência o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior de todo o regulamento contratual genericamente predisposto”. Há assim que estabelecer uma relação entre o montante dos danos a ressarcir e a pena fixada contratualmente, “atendendo aos danos que normal e tipicamente resultam, dentro do quadro negocial padronizado, em que o contrato se integra segundo critérios objectivos”.

Ademais, diz-nos o Acórdão do TRL de 27/05/2014, a propósito da al. c) do art. 19º que “o preceito tem, pois, como pressuposto a aposição de cláusulas penais, que admite, mas sujeitas ao critério da proporcionalidade e da adequação, e tendo sempre em vista o contrato padronizado em que se inserem. Daí resulta que a proporcionalidade terá sempre de ser ponderada à luz do critério geral da boa fé, conforme prescrito nos artigos 15.º e 16.º”.

Chamamos, ainda, à colação o Ac. do TRL de 26/02/2013, que também perfilhamos, que dispõe uma cláusula penal nestes moldes “conduz a uma fidelização forçada, protegendo apenas o interesse da ré em que seja mantido um vínculo contratual, por determinado período, interesse esse imposto unilateralmente ao aderente, sem que dos contratos em análise decorra qualquer vantagem para este.” Salienta, ainda que “é intuitivo que o juízo sobre tal desproporção é diverso conforme a rescisão ocorra logo no princípio do contrato ou próximo do seu termo, perfilando-se no primeiro caso um mais vincado desequilíbrio entre a indemnização e os danos”.

Por outro lado, há uma corrente jurisprudencial que considera que a mesma cláusula, isto é, a cláusula que prevê que, em caso de cessação do contrato pelo aderente antes de decorrido o período inicial de vigência do contrato origina o pagamento à

predisponente da indemnização correspondente ao valor das mensalidades em falta até ao final desse período, não é desproporcionada aos danos a ressarcir, nem contrária à boa fé, não devendo, por isso, ser declarada nula à luz do art. 19º, alínea c), do Decreto-Lei nº 446/85⁷⁷.

Neste sentido, o Ac. do TRL de 15/11/2012, que perante uma penalidade estabelecida para o incumprimento da cláusula de fidelização correspondente ao pagamento integral (e imediato) das mensalidades do contrato de prestação de serviços que deveria vigorar pelo período mínimo de 12 meses, considerou que a mesma “não gera qualquer situação de grave desequilíbrio entre as posições do proponente e do aderente, nem ofende quaisquer princípios gerais de boa fé negocial”⁷⁸. Acrescenta que “não se vê, neste sentido, que seja manifestamente desproporcionada a cláusula penal estabelecida, que acaba por contemplar precisamente a integridade da obrigação de fidelização, salvaguardando a expectativa da prestadora de vir a obter os ganhos inicialmente projectados e dispensando-a da prova, sempre complicada e incerta, dos danos efectivamente sofridos com a atitude relapsa do seu cliente”.

Ora, esta aceção permite que o predisponente, *maxime*, a empresa, obtenha totalidade das prestações, de forma antecipada e sem que tenha que, a partir da desvinculação do aderente, *maxime*, consumidor, prestar qualquer serviço. Ademais, a pena que cabe ao aderente é, em regra, sobejamente desproporcionada face ao prejuízo que a empresa sofre com a cessação do contrato havendo, portanto, um gritante desequilíbrio. Estando em causa uma matéria em que o aderente é, usualmente, um consumidor, demanda-se uma maior protecção e controlo na fixação, pelo credor, de forma unilateral, dos seus direitos contratuais.

O art. 22º, n.º 1, al. a) é invocado no controlo do conteúdo da cláusula de fidelização e visa “proteger o aderente de uma vinculação excessiva irreflectida”⁷⁹. Pretende-se evitar o risco que o seu interesse em contratar se dissipe no decurso no dilatado prazo. Vinculando-se o consumidor à obrigação de permanência, têm de resultar, para si, específicas e concretas vantagens. Tal não acontecendo, a cláusula de fidelização é nula por prever um prazo excessivo para a vigência do contrato⁸⁰.

⁷⁷ Neste sentido, e contrariamente ao que defendemos, *vide* Ac. do TRL de 06/12/2011.

⁷⁸ No mesmo sentido, *vide* Ac. TRL de 08/03/2012.

⁷⁹ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 520.

⁸⁰ Assim se decidiu no Ac. do TRL de 05/06/2012.

De referir, finalmente, que nos contratos de adesão, as cláusulas penais manifestamente desproporcionais aos danos a ressarcir, não são redutíveis, mas nulas⁸¹.

Apesar de terem ocorrido diversos equívocos e confusões quanto à forma de reagir face à cláusula contratual geral proibida, hoje é entendimento na doutrina e jurisprudência que estas não são passíveis de redução (ao abrigo do 812º do CC) mas sim de nulidade (de acordo com o art. 12º do DL n.º 446/85).

O art. 812º tem o seu âmbito de aplicação nos contratos negociados e, sendo um mecanismo de aplicação excepcional, só deverá haver redução se houver uma desproporção manifestamente excessiva entre a pena e o dano. Parece-nos que, e nas palavras de Pinto Monteiro, “esta norma encerra um princípio de alcance geral destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação dos direitos do credor. Mas não basta que a pena venha a revelar-se superior ao dano para que ela possa ser reduzida. Se assim fosse, anular-se-ia a principal característica da cláusula penal, que é a sua natureza invariável”⁸².

Dispõe o mesmo autor que “as cláusulas penais, em contratos de adesão, quando abrangidas pelo DL n.º 446/85, se forem desproporcionadas aos danos a ressarcir, não são meramente redutíveis, antes feridas de nulidade, por conjugação do disposto no art. 19º, al. c) com a doutrina do art. 12º. O juízo sobre a desproporção da pena deve fazer-se em abstracto e, por isso, reportar-se ao momento em que a cláusula penal é estabelecida, devendo considerar-se, para esse efeito, a desproporção entre a pena estipulada e os danos previsíveis. Sendo a pena desproporcionada a esses danos, é nula; caso contrário, é válida”⁸³.

Importa referir que caso se trate de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial (v.g. através de um vendedor que se desloca ao domicílio ou local de trabalho do consumidor ou um vendedor porta a porta) ou de um contrato celebrado à distância (v.g. por telefone ou Internet) tem o consumidor direito de livre arrependimento. Assim, no prazo de 14 dias, contado a partir da data da celebração do contrato, pode o consumidor resolvê-lo sem penalização e sem necessidade de indicar qualquer justificação (art. 10º, n.º1 do DL n.º 24/2014 de 14/02).

⁸¹ Vide, v.g., Ac. do TRP de 08/04/2014 e Ac. do TRL de 21/10/2010.

⁸² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, p.668.

⁸³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 670 e 671.

4.1.3. (In)admissibilidade da (re)fidelização

Atendendo ao caso analisado no acórdão do STJ de 14/11/2013, a cláusula penal decorrente da violação da cláusula de permanência mínima de 12 meses, “justificada pelos custos incorridos com as infra-estruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é desproporcionada se abarca, não apenas o período de fidelização inicial, em que tais custos foram recuperados, mas também o período de renovação automática subsequente”⁸⁴. Pressupõe-se, com o estabelecimento de uma cláusula de fidelização que, durante esse período, é a empresa integralmente ressarcida dos benefícios ou vantagens que concedeu ao consumidor.

Entendemos serem proibidas todas as cláusulas que determinam períodos de renovação automática de permanência sem que, ao consumidor, sejam cedidas novas vantagens ou contrapartidas dessa vinculação.

Certo é que, terminado o período contratual mínimo de vigência acordado, o profissional já recuperou o investimento realizado ou o prejuízo sofrido⁸⁵. A vantagem concedida ao consumidor que justificou a sua vinculação a uma duração mínima do contrato deixa de existir, pelo que, decorrendo o período de fidelização, o profissional perde a legitimidade para exigir tal vínculo, podendo o consumidor desvincular-se, livremente, quando lhe aprazer, sem ter que pagar qualquer quantia pela rescisão do contrato.

Como refere o acórdão supra indicado, os custos incorridos pela empresa são diluídos e recuperados ao longo do período de fidelização, sendo que, a sua amortização pressupõe a permanência no serviço, pelo período mínimo de 12 meses. Tal significa que, no caso de renovação, o funcionamento da cláusula penal já não tem dimensão indemnizatória, relevando apenas na sua vertente coercitiva. Ora, como já tivemos

⁸⁴ Nesse sentido, *vide*, Ac. do STJ de 09/12/2014, Ac. do TRP 08/04/2014, Ac. do TRL de 26/02/2013 e Ac. do TRC de 28/10/2014.

⁸⁵ Atente-se, *v.g.*, ao Ac. TRP de 10/11/2015 que, perante um concreto caso de um contrato de prestação de serviços de telecomunicações electrónicas decidiu que “tendo um dado consumidor estado vinculado durante 24 meses a uma dada operadora, com o conseqüente retorno do investimento associado, não se afigura proporcional ou adequada a imposição de uma nova cláusula penal associada a um novo período de fidelização o qual teve como único pressuposto apurado a venda por um preço abaixo do valor de mercado de um dispositivo electrónico em formato “tablet”; tal cláusula, imposta sem negociação prévia, enferma do vício de nulidade por força do disposto nos arts. 12.º e 19.º, al. c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”.

oportunidade de referir, consideramos, quanto à temática em análise e pelos interesses em causa, apenas serem de admitir cláusulas penais indemnizatórias.

Consideramos que não são de admitir, em regra, “refidelizações”⁸⁶. Tal só não será assim quando, de uma nova vinculação contratual, surgirem para o consumidor novas vantagens (as mais comuns são descontos nas prestações mensais e oferta ou subsídição de equipamentos). Estas têm de ser claramente perceptíveis para o aderente, estando-lhe reservada a liberdade de aceitar ou rejeitar a proposta contratual.

As renovações automáticas dos períodos de fidelização não são admissíveis, sendo as cláusulas que as prevejam nulas, ao abrigo da doutrina do art. 12º do DL nº 446/85, de 25/10⁸⁷.

⁸⁶ De referir, que esteve disponível para subscrever até ao passado dia 11/12/2015 um Abaixo-Assinado com o objectivo de promover uma alteração à actual LCE no sentido de regulamentar especificamente a “refidelização” dos contratos de comunicações electrónicas, estabelecendo regras, claras e inequívocas, para o efeito.

⁸⁷ De interesse atentar-se ao art. 22º, n.º 1, al. a) e h), ao art. 19º, al. c) e ao art. 218º do CC.

5. Incumprimento do contrato

5.1. O Incumprimento da Cláusula relativa ao Período de Fidelização

5.1.1. Desvinculação antecipada

Em contratos de execução duradoura, rege o n.º 1 do artigo 406º, que enuncia que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. Introduziu-se, aqui, um princípio da não vinculação perpétua dos contraentes, sendo possível, em certos casos, a desvinculação antecipada.

O princípio da liberdade contratual não é conciliável com a perpetuidade dos vínculos contratuais pelo que, sendo o interesse de uma das partes a desvinculação, tal não lhe pode ser vedado. Ora, a desvinculação será sempre possível, no entanto, não sendo efectuada nos casos admitidos na lei, originará, provavelmente, responsabilidade civil contratual, por violação das obrigações a que estava adstrito com a celebração do contrato.

A cláusula de fidelização, nos termos já analisados, pode ser incumprida tanto pelo consumidor, como pelo profissional.

Sendo a própria cláusula de fidelização nula, a sua violação não acarreta prejuízos para a parte que a incumpriu pois, tudo se passará como se ela não existisse. Não são a estes casos que agora nos referimos, mas sim, às situações em que a obrigação mínima de permanência passou o crivo do controlo da sua validade e foi violada por uma das partes (geralmente, o consumidor).

Iremos analisar, concretamente, os casos de resolução e de denúncia, efectuadas por ambos os contraentes e as suas implicações⁸⁸.

O incumprimento do contrato pelo profissional, origina o direito de resolução do contrato pelo consumidor, ainda que esteja dentro do período de fidelização. Se se verificaram os pressupostos da responsabilidade civil contratual, terá o consumidor ainda direito a uma indemnização nos termos gerais, se verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil contratual⁸⁹. Evidentemente, não terá que pagar o consumidor

⁸⁸ Importa aqui também analisar o regime dos arts. 798º e 801º do CC.

⁸⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014, p. 107.

qualquer quantia referente à cessação do contrato dentro do período de fidelização⁹⁰. Os casos mais frequentes de incumprimento do contrato pelo profissional prendem-se com a falta de qualidade na prestação do serviço⁹¹ e com a não prestação do serviço nos termos acordados no contrato.

Se o profissional denunciar o contrato⁹², dentro do período de fidelização terá, à partida, a mesma cominação, podendo incorrer em responsabilidade civil contratual pelos danos causados ao consumidor.

Por outro lado, se a empresa alterar unilateralmente as condições do contrato durante o período mínimo de vigência, o consumidor pode recusá-las, desvinculando-se do contrato sem que, para isso, tenha que pagar qualquer valor referente ao período de fidelização.

Se a violação contratual for do consumidor (v.g. por falta de pagamento das prestações a que se obrigou) tem também o profissional direito de resolver o contrato⁹³.

No caso de o consumidor denunciar o contrato, isto é, se comunicar à contraparte a intenção unilateral, de forma desmotivada, de fazer cessar o vínculo obrigacional duradouro a que está adstrito, violando assim a obrigação vigência mínima do contrato, poderá ter que indemnizar o profissional. Interligada com a cláusula de fidelização está a cláusula penal, que será accionada com a violação da primeira.

Normalmente, no nosso comércio jurídico, a pena corresponde ao montante total das prestações até ao final do período mínimo de vigência (sendo este, também, o valor máximo que pode assumir).

Salienta Jorge Morais Carvalho que “em muitas situações, o período de fidelização encontra-se associado a uma despesa acrescida para o profissional, não repercutida imediatamente no preço do bem ou do serviço a pagar pelo utente, que assim acede a este em circunstâncias mais favoráveis, sendo apenas compensado pelo cumprimento do

⁹⁰ Assim se decidiu, v.g., nas sentenças do Julgado de Paz do Porto, de 11/04/2014, de Lisboa, de 30/10/2013 e na Sentença do CNIACC de 12/03/2015.

⁹¹ Vide sentença do CNIACC de 04/06/2015, em cumprimento do n.º 1 do art. 60º da CRP e do art. 4º da LDC.

⁹² Na pesquisa jurisprudencial realizada não foi encontrado nenhum caso destes.

⁹³ Quanto a este tema, e na lógica de proteger o consumidor de um sobreendividamento e de acumulação de dívidas, prevê o art. 52º-A, n.º 7, da LCE, introduzido pelo Lei n.º 10/2013, de 18/01, que “findo o período de 30 dias de suspensão sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou sem que tenha sido celebrado um acordo de pagamento por escrito, o contrato considera-se automaticamente resolvido”. No entanto, a *ratio* do preceito é totalmente desvirtuada, porquanto, com a resolução, a empresa intima o consumidor ao pagamento integral da cláusula penal, perfazendo, em regra, uma dívida superior que o montante das prestações em atraso.

contrato ao longo de todo esse período”⁹⁴, sendo precisamente isso que justifica a vinculação temporal e o constrangimento da sua liberdade contratual. Acrescenta o mesmo autor que, nestes casos, “o valor da contrapartida pela quebra de fidelização diminui com o tempo, uma vez que se pressupõe que a vantagem concedida vai sendo amortizada”⁹⁵.

Ora, como já referimos, consideramos que uma cláusula que preveja que, em caso de violação da obrigação de fidelização assumida, o contraente incorra numa pena que corresponde à soma das prestações em falta até ao *terminus* do período de fidelização, é uma cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir e, por isso, nula.

Consideramos, no entanto, que também não deve ser admitida uma desvinculação sem quaisquer consequências para o consumidor pois isso desvirtuaria a *ratio* da cláusula de fidelização e impediria o profissional recuperar o investimento efectuado ou as vantagens concedidas. Como já aludimos, a cláusula de fidelização só é válida se trazer, em contrapartida, claras vantagens para o consumidor (tal não acontecendo, a mesma é nula, e não tem o consumidor que pagar qualquer quantia decorrente da desvinculação no decurso do período de fidelização).

Julgamos que esta matéria carece de regulamentação e de um maior controlo pois, é um território propício a abusos quanto à fixação dos direitos do credor e à estipulação unilateral de penas para o consumidor.

Ajuizamos que deveria haver uma limitação máxima quanto à duração do período de fidelização de forma a evitar a perpetuidade dos contratos. Inevitavelmente, esta restringe a liberdade do consumidor, conduzindo a uma fidelização forçada e desajustada às suas necessidades.

Ademais, se há décadas atrás, a vida pouco mudava, havendo estabilidade nas relações, hoje em dia o rebuliço da vida e a instabilidade e precariedade vivenciadas são desconcertantes e impedem-nos, com segurança, de celebrar longos contratos duradouros.

À semelhança do que ocorre no artigo 2º, nº 2, do DL n.º 56/2010, julgamos que seria proveitoso e uma possível solução o estabelecimento de limites quanto à contrapartida em que incorre o consumidor por incumprimento da cláusula que prevê um período de fidelização⁹⁶, tendo como critério a duração e o decurso do contrato. Não é

⁹⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012, p. 527.

⁹⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014, p. 110.

⁹⁶ Tal incumprimento ocorre no caso de denúncia do contrato pelo consumidor ou nas situações de resolução do contrato pelo profissional com base em incumprimento das obrigações contratuais pelo consumidor.

indiferente uma denúncia do contrato com um período de fidelização de, por exemplo 5 anos, no sexto mês da sua duração ou quando faltam seis para esse período terminar. Não nos parece correcto nem proporcionado que o tempo de duração da relação contratual não seja um critério mais determinante no estabelecimento da indemnização que incide sobre o consumidor.

Importa referir que poderá ainda tratar-se de um caso de resolução ou modificação do contrato por alteração superveniente das circunstâncias. O n.º 1 do artigo 437º consagra uma excepção legal ao princípio *pacta sunt servanda* dispondo que “se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Nestes casos, se a alteração se der durante o período de fidelização, entendemos que o consumidor terá o direito de resolver o contrato, sem ter que pagar qualquer contrapartida quanto à violação da cláusula de fidelização⁹⁷.

Como refere Almeida Costa, “a segurança das relações jurídicas induz à estabilidade dos contratos; pode acontecer, porém, que uma mudança profunda das circunstâncias em que as partes se vincularam torne excessivamente oneroso ou difícil para uma delas o cumprimento daquilo a que se encontra obrigada, ou provoque um desequilíbrio acentuado entre as prestações correspectivas, quando se trate de contratos de execução diferida ou de longa duração”⁹⁸.

Claro que, também nesta matéria, haverá o incontornável limite do abuso do direito que, alicerçado no princípio da boa fé, quer na celebração, quer na execução do contrato, não descure a sua obediência.

⁹⁷ Reconhecemos, serem, estas, situações excepcionais, tendo a alteração de ser inesperada e anormal e sendo admissível apenas nos casos em que essa alteração não consubstancie um risco próprio do contrato. Ocorrerão, por exemplo, no caso de no decurso do período mínimo de vigência o consumidor ficar desempregado e, por isso, ter que emigrar e, no geral, sempre que ocorra uma alteração da situação profissional que implique redução de rendimentos e impossibilidade de pagamento das mensalidades a que se vinculou. Nestes casos, terá o consumidor direito a resolver o contrato sem penalizações.

⁹⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e act., 3ª reimpressão Almedina, 2014, p. 323.

5.1.2. O caso dos contratos relativos a comunicações electrónicas

Nos contratos relativos a comunicações electrónicas, a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) define o período de fidelização como sendo “um período durante o qual o cliente se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas, nomeadamente os serviços contratados ou o tarifário escolhido. Em troca, o operador oferece-lhe preços mais baixos, descontos nas mensalidades ou outras condições mais favoráveis, como equipamentos mais baratos, oferta do valor da instalação do serviço ou do aluguer dos equipamentos necessários à sua prestação (boxes de televisão, telefones ou outros), oferta de canais extra ou de pacotes de chamadas gratuitas, etc...”⁹⁹.

Importa mencionar a Deliberação do IPC-ANACOM de 11/12/2008¹⁰⁰ que veio exigir que nestes contratos “caso se estipulem períodos de fidelização, sejam incluídas cláusulas que, expressa, clara e inequivocamente, estabeleçam o seguinte: a) A justificação do período de fidelização pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente, designadamente, como resultado da subsidiação e equipamento, de custos de angariação ou de custos de activação ou de descontos contratados; b) A duração do período de fidelização; c) Caso a contrapartida consista num equipamento que esteja bloqueado, indicação do custo do desbloqueio; d) A indicação de um meio simples e expedito através do qual o cliente possa, a todo o momento, saber quando se conclui o período de fidelização e qual o valor que terá que pagar se rescindir antecipadamente o contrato; e) A indicação da forma de cálculo do valor que o cliente deve pagar em caso de rescisão antecipada do contrato; e f) Cláusula que estipule que em caso de pagamento do valor dos benefícios que foram inicialmente concedidos, no final do período de permanência ou em caso de rescisão antecipada do contrato, o cliente tem direito ao desbloqueio do equipamento pelo preço que constar inicialmente do contrato e que não lhe pode ser exigido a nenhum título qualquer quantia suplementar”.

Estes deveres de comunicação e informação, são também exigência que decorre do artigo 8º, n.º 1, al. h) da LDC e dos artigos 47º a 48º da LCE¹⁰¹.

⁹⁹ Disponível em <http://anacom.inbenta.com/consumidores>.

¹⁰⁰ Veio introduzir alterações nas Linhas de Orientação sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos para a prestação dos serviços de comunicações electrónicas e respeitantes aos períodos de fidelização.

¹⁰¹ Tendo tido por base a Directiva 2002/22/CE, recentemente alterada pela Directiva 2009/139/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25/11/2009.

Quanto ao limite do período de fidelização, de acordo com o n.º 3 do art. 48º da LCE e com o art. 4º do DL n.º 56/2010, este não pode ultrapassar a duração máxima de 24 meses¹⁰². Além disso, devem os operadores ter ofertas comerciais com períodos de fidelização de 12 meses (art. 48º, n.º4) e ofertas comerciais sem períodos de fidelização associados.

Em primeiro lugar, quanto ao âmbito de aplicação do DL n.º 56/2010, este não se aplica apenas às relações entre profissionais e consumidores, mas também àquelas que se estabelecem com “qualquer utente”¹⁰³ dos serviços de comunicações electrónicas. Valendo também aqui a aceção de “assinante” o art. 3º, al. e) da LCE, aplicando-se “a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato com um prestador de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços”.

Já quanto ao âmbito de aplicação objectivo, mais considerações haverá a tecer. Tal como temos vindo a referir, é incontroverso que o período de fidelização tem de estar associado a uma vantagem ou benefício para o consumidor¹⁰⁴. Pela sua violação estabelece o art. 2º, n.º 3 do DL n.º 56/2010 que “é proibida a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no número anterior, a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização”. O n.º anterior define limites à cobrança de contrapartidas pelo profissional decorrentes da resolução do contrato durante o período de fidelização determinando que é proibido que esses valores sejam superiores a: “a) 100 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; b) 80 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; c) 50 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou

¹⁰² Consideramos, como já referimos, ser este um prazo excessivo e que não corresponde às necessidades e desafios da actual sociedade portuguesa. De salientar, a este propósito, que em 2014 foi apresentada pela DECO uma petição colectiva exigindo a diminuição do prazo máximo de fidelização (24 meses) e a imposição de critérios e limites aos encargos cobrados aos consumidores de forma a garantir transparência e previsibilidade.

¹⁰³ Cfr. art. 1º do DL n.º 56/2010 e art. 1º, n.º 3 da LSP. Neste sentido, *vide* Ac. do TRP de 13/05/2014.

¹⁰⁴ Nesta matéria, o art. 2º, n.º 2 do DL n.º 56/2010 e o art. 48º, n.º 2 da LCE, pressupõem claramente essa vantagem patrimonial.

subsidição, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis”.

Jorge Morais Carvalho defende que “essa vantagem pode consistir (i) num desconto, abatimento ou subsidição na aquisição ou posse de equipamento que permite o acesso ao serviço de comunicações electrónicas, hipóteses constantes da letra do art. 2º, n.º 2 do DL 56/2010, ou (ii) em outros aspectos, desde que previstos de forma expressa (e clara, no que respeita aos valores) no contrato, nos termos do art. 48º, n.º 2 da LCE”¹⁰⁵.

Há quem faça uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação do DL n.º 56/2010, só o considerando de aplicar nos casos em que é fornecido ao utente um equipamento. Neste sentido, referimo-nos, por exemplo, ao Ac. do TRP de 13/05/2015¹⁰⁶ que veio decidir que “o regime do DL n.º 56/2010, aplica-se apenas aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas em que tenha ocorrido aquisição de equipamentos a preços reduzidos. Neste caso, tendo sido resolvido o contrato durante o período de fidelização não pode ser exigida qualquer outra quantia pela resolução para além das que resultam da aplicação das percentagens referidas no art. 2º, n.º 2 (...) todas as demais situações em que a contrapartida pelo período de fidelização não esteja relacionada com a aquisição de equipamentos a preços reduzidos, como seja, por exemplo, o caso da oferta de condições promocionais, ficam fora do âmbito do DL n.º 56/2010, sendo-lhes aplicável o regime da Lei de Comunicações Electrónicas”.

No mesmo sentido, determinou o Ac. do TRP de 01/04/2014 que “a realidade comercial em apreço que o legislador terá querido regular imporá assim uma distinção entre os custos de compatibilidade (desbloqueamento de equipamento) ao qual não poderão ser associadas irrestritas cláusulas penais, de modo a potenciar a mobilidade dos consumidores (incluindo-se todos os utentes e não apenas os consumidores), e os custos contratuais propriamente ditos resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses; sendo que, neste último caso, admite-se que o consumidor possa ser penalizado nas respectivas condições contratuais

¹⁰⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014, pp. 109 e 110.

¹⁰⁶ Com o mesmo entendimento, que se baseou no Estudo realizado pela Autoridade da Concorrência em 2010 sobre a “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas”, vide Ac. do TRP de 20/05/2014 mencionando que o legislador no DL n.º 56/2010 definiu medidas direccionadas aos custos de compatibilidade e estabeleceu regras concretas para reduzir tais custos; já na LCE concretizou as alterações necessárias para combater os custos contratuais.

conquanto as mesmas não sejam desproporcionadas¹⁰⁷, de harmonia com o disposto nos arts. 2.º, n.º 2, al. h) e 48.º, n.º s 2 e 5 da Lei das Comunicações Electrónicas”. Prevê o art. 48.º, n.º 5 da LCE que “sem prejuízo da existência de períodos contratuais mínimos, nos termos do número anterior, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”.

Por outro lado, e em sentido totalmente oposto, decidiu o TRP no acórdão de 16/06/2014, podendo ler-se que “no caso de rescisão do contrato de acesso a redes públicas de comunicações electrónicas por parte do utente, ocorrida durante o período de fidelização, o Decreto-Lei n.º 56/2010, proíbe que o operador de serviços de comunicações electrónicas cobre ao utente indemnização com valor superior ao preço corrente de equipamentos que tal operador tenha fornecido ao utente, preço corrente esse que poderá ser minorado pelo decurso do tempo, em conformidade com indexantes previstos nas três alíneas do n.º 2 do art. 2º daquele diploma legal. Se não tiver ocorrido a oferta de equipamentos, ou se foi praticada venda de equipamentos ao preço corrente de mercado, o utente não terá de indemnizar o operador pela rescisão ocorrida durante o período de fidelização”. Conclui o referido acórdão que “se não tiver sido vendido, ou de outra forma fornecido, qualquer equipamento pelo operador da rede pública de comunicações electrónicas ao utente das comunicações electrónicas, aquelas normas do corpo do art. 2º, n.ºs 2 e 3 impedem que o operador cobre o que quer que seja pela resolução do contrato, resolução essa operada pelo utente durante o período de fidelização”.

Importa a decisão, no mesmo Tribunal, de 07/05/2015, que considera não poder concluir que o DL n.º 56/2010 “quis apenas estabelecer limites à cobrança de custos compatibilidade mas já não aos chamados custos contratuais”. Aponta o referido acórdão que “é sabido que na interpretação da lei deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados – cfr. n.º 3 do art. 9º do CC. Assim sendo, tendo o legislador dito no art. 1º do Decreto-Lei n.º 56/2010 que esse «diploma estabelece limites à (...) rescisão do contrato durante o período de fidelização» e prevendo no art. 2º o que pode ser exigido pelas operadoras a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de

¹⁰⁷ Vide, a este propósito, o Ac. TRP de 10/11/2015 onde se pode ler que “é admissível o estabelecimento de cláusulas penais em caso de incumprimento dos períodos contratuais mínimos, conquanto que tais condições não sejam, em concreto, desproporcionadas ou excessivamente onerosas”.

fidelização e não tendo o mesmo feito qualquer menção a que apenas estava a legislar sobre os custos de compatibilidade conclui-se que o legislador, não obstante ter tido em conta o mencionado Estudo de Mobilidade quis ir mais além do que as medidas nele propostas, por forma a afastar os entraves a uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas.” Acrescenta a referida decisão que nos “parece incontestável que as alterações introduzidas na Lei n.º 5/2004 (LCE) pela Lei n.º 51/2011, aos artigos 2º e 48º não permitem ser interpretadas no sentido de que o legislador quando aprovou o DL n.º 56/2010 apenas pretendia a sua aplicação aos contratos em que tivesse havido fornecimento de equipamentos pelas empresas operadoras de serviços de comunicações electrónicas”.

Jorge Morais Carvalho desfecha esta questão referindo que “a interpretação mais adequada, por corresponder quer à letra quer ao espírito dos dois diplomas, é aquela que permite a sua compatibilização, aplicando-se o Decreto-Lei n.º 56/2010 independentemente de ter sido fornecido um equipamento”¹⁰⁸.

Concluimos, aludindo, uma vez mais, ao Ac. do TRP de 07/05/2015, onde se pode ler que “num contrato de adesão celebrado com uma empresa fornecedora de serviços relativos a comunicações electrónicas, a cláusula donde resulte que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a empresa tem direito a uma indemnização por danos no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, só pode deixar de ser considerada desproporcionada, se do contrato constarem os benefícios concedidos ao utente, designadamente descontos na instalação do serviço e principalmente no valor do tarifário acordado que justifiquem a indemnização previamente fixada e, que em princípio, salvo situações especiais, devidamente plasmadas no contrato, não pode corresponder à totalidade das prestações em falta até ao termo do contrato (como de resto decorre do n.ºs 2 e 5 do art. 48º da LCE)”.

Estas questões são, na prática, particularmente problemáticas visto que, em regra, um utente que não pague a indemnização requerida pela operadora prestadora do serviço de telecomunicações, será confrontada com uma injunção (nos termos do DL n.º 269/98, de 01/09).

Terminamos com a consideração de que confrontado com uma situação desta natureza, a melhor opção para o utente, tendo em conta o equilíbrio entre celeridade e

¹⁰⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão sobre a Cláusula Relativa ao Período de Fidelização em Contratos de Consumo”, (no prelo).

custos, será recorrer a uma entidade de resolução alternativa de litígios de consumo com vista a adquirir um pleno conhecimento dos seus direitos e das cominações que, sobre si, poderão incidir.

5.1.3. Prescrição do direito de crédito pelo incumprimento

A questão da prescrição do direito de crédito devido pelo incumprimento do período de fidelização, principalmente nos contratos de comunicações electrónicas, tem suscitado muitas dúvidas aos consumidores. Estes, por vezes, sendo-lhes exigido um montante decorrente de um crédito já prescrito, por desconhecimento desse facto e com receio que o serviço não seja prestado, acabam por pagar o montante intimado.

Referimo-nos aos serviços públicos abrangidos pela Lei n.º 23/96 de 26/06, cujo art. 10º, n.º 1, determina que “o direito ao recebimento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação”. Visa-se, com esta norma, uma efectiva protecção do consumidor, prevenindo-se o perigo de endividamento e a insegurança quanto a uma aglomeração de dívidas.

Para efeitos de contabilização do prazo de prescrição, esclarece Jorge Morais Carvalho que “o momento relevante é o último dia do período mensal de referência para efeitos de facturação e não o do envio da factura ou de qualquer outra forma de exigência de pagamento”¹⁰⁹.

Quanto à cláusula penal que decorre do incumprimento da cláusula de fidelização, discute-se, não sendo unânime na jurisprudência, se a mesma é passível de autonomização, ou se de, desaparecendo a obrigação, esta desaparece também.

Uns, por considerarem que uma coisa é o crédito do preço e outra é o crédito de indemnização emergente do incumprimento do período de fidelização, consideram não ser aplicável à cláusula penal o prazo prescricional de 6 meses mas sim, o prazo ordinário de 20 anos fixado no artigo 309º do CC. Outros, sufragando a acessoriedade da cláusula penal, aplicam o prazo de prescrição de 6 meses que constam da LSP.

Entendemos, na esteira de Pinto Monteiro que a cláusula penal é acessória e dependente da obrigação principal, pelo que “o desaparecimento da obrigação principal

¹⁰⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014, p. 264.

arrasta consigo a cláusula penal, implicando, de igual modo, o desaparecimento da pena, que era o seu objecto”. Ou seja, “extinguindo-se, por qualquer motivo, a obrigação principal, caduca a cláusula penal. Numa palavra: desaparecendo a obrigação, seja porque é nula ou foi anulada, seja porque se extinguiu, desaparece o pressuposto de que a cláusula penal dependia, pelo que esta perde a sua razão de ser”¹¹⁰.

No Acórdão do TRL de 25/02/2010 pode ler-se que “por força do princípio da acessoriedade da cláusula penal, prescrita a obrigação principal (pagamento dos serviços), caduca a cláusula penal estabelecida para o incumprimento. Por essa razão, prescrita a obrigação de pagamento dos serviços no prazo de seis meses a contar da prestação do serviço, não se pode exigir o pagamento da cláusula penal com o fundamento de que o prazo de 6 meses só está previsto apenas para a prestação de serviço e que o prazo aplicável à cláusula penal é o prazo ordinário de 20 anos (artigo 309º CC)”. Acrescenta, ainda, que “ainda que assim não se entendesse, não parece curial que duas obrigações emergentes do mesmo contrato tivessem prazos de prescrição distintos – seis meses e vinte anos”¹¹¹.

A nossa conclusão é, necessariamente, a aplicação do prazo prescricional de 6 meses, tanto ao crédito proveniente do incumprimento da obrigação principal, como ao direito de crédito da cláusula penal, determinando que, com a prescrição da obrigação principal, caduca a cláusula penal que lhe é acessória.

Questão diferente, é a da prescrição dos juros. Quanto a esta, a jurisprudência tende a decidir que “uma vez constituído o crédito de juros este autonomiza-se da obrigação de capital”¹¹², apesar de prescrita a obrigação principal (no prazo de 6 meses), aplicando, assim, aos juros, o prazo de prescrição de 5 anos (art. 310º, al. d) do CC).

No Ac. do TRP de 24/02/2015, defende-se que “a prescrição dos créditos peticionados não determina a prescrição do direito da requerente aos juros de mora” fundamentando o seu entendimento no facto de os juros estarem relacionados com os créditos decorrentes dos serviços prestados pelo profissional, e não com a cláusula de fidelização. No mesmo sentido, refere-se no Ac. do TRL de 04/06/2015 que “a obrigação de juros é acessório da do capital, não podendo nascer ou constituir-se sem esta. No

¹¹⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 87 e 88.

¹¹¹ Neste sentido, *vide* Acórdãos do TRL de 04/06/2015, de 24/04/2012, de 21/06/2011, de 16/06/2011, de 07/06/2011, de 15/02/2011 e de 16/03/2010 e Sentença do CNIACC de 27/11/2013. Em sentido oposto ao que defendemos, *vide* Acórdãos do mesmo Tribunal de 21/06/2011, de 07/06/2011 e de 15/02/2011.

¹¹² Cfr. Ac. do TRP de 21/10/2014. No mesmo sentido, Ac. do TRP de 24/02/2015.

entanto, uma vez constituída, vive por si com alguma autonomia. E essa autonomia está hoje expressamente reconhecida no artigo 561º do Código Civil. Perante aquela autonomia, os juros podem continuar a ser devidos, mesmo que prescrita a dívida de capital, podendo neste caso, exigir-se todos os anteriores de há menos de cinco anos”.

No entanto, por sentido diverso vai Jorge Morais Carvalho defendendo não parecer ser essa a *ratio* do art. 10º da LSP pois, “em primeiro lugar, o risco de acumulação de dívidas e de sobreendividamento, que está na base da consagração de um prazo curto de prescrição, existe quer para a obrigação de juros quer para a obrigação principal. Em segundo lugar, a consagração de um prazo especial de prescrição de cinco anos para os créditos de juros (...) aponta claramente no sentido de uma redução do prazo prescricional (relativamente ao prazo ordinário de vinte anos previsto no artigo 309.º do CC) e não do seu alargamento. Ora, no que respeita ao crédito do prestador de serviços públicos essenciais, a aplicar-se esta regra, verifica-se um alargamento do prazo de seis meses para cinco anos, o que contraria também o espírito do já citado regime do Código Civil. Em terceiro lugar, decorrendo este argumento do anterior, temos muitas dúvidas de que a *ratio* do artigo 561.º do CC inclua, nas causas de extinção a que alude, a prescrição. O preceito está essencialmente pensado para o caso de cumprimento da obrigação principal, esclarecendo-se que a extinção desta não implica a extinção do crédito de juros. Neste sentido, note-se que não resulta da letra do artigo 561.º o carácter automático da autonomia entre crédito de juros e crédito principal (“não fica necessariamente dependente”), devendo a análise ser feita casuisticamente”¹¹³.

Ora, pelas razões citadas, às quais aderimos, concordamos com o autor no sentido da promoção de uma “aplicação analógica do artigo 10.º da Lei n.º 23/96 aos créditos de juros relativos às obrigações prescritas nos termos do mesmo preceito”.

¹¹³ JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão sobre a Cláusula Relativa ao Período de Fidelização em Contratos de Consumo”, (no prelo).

6. Breve incursão nos Meios de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo (RALC)

Cumpre-nos, porque é relevante abordar os meios de reacção não judiciais ao dispor dos consumidores, deixar breves notas acerca dos meios de resolução alternativa de litígios e, em concreto, dos litígios de consumo.

Na sua Comunicação de 13 de Abril de 2011 intitulada "Acto para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua – Juntos para um novo crescimento", a Comissão considerou a legislação em matéria de RAL, que inclui uma vertente associada ao comércio electrónico, como uma das doze alavancas para estimular o crescimento, reforçar a confiança e avançar para a conclusão do Mercado Único¹¹⁴.

A 21 de Maio de 2013, resultante desta comunicação, foi aprovada a Directiva 2013/11/UE e o Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho¹¹⁵. Pretendeu-se, com estes actos comunitários, assegurar que todos os Estados europeus estavam munidos de regras e meios de RALC. Com efeito, visou-se fomentar o crescimento do consumo no mercado europeu e incitar a confiança dos consumidores no Mercado Único.

Veio, assim, a Comissão Europeia, acentuar as virtualidades destes meios de resolução de litígios, entre eles, a celeridade processual, a simplicidade, a eficácia, o estímulo ao acordo, a transparência e os seus reduzidos custos (em alguns casos, até gratuitos), incentivando, assim, ao seu exercício.

Como principais notas, realça-se que “a nova directiva sobre a resolução alternativa de litígios de consumo (RALC) institui uma forma simples e célere para resolver litígios que envolvam a venda de bens ou a prestação de serviços na UE. Uma vez implementada, esta directiva vai permitir que os consumidores tenham acesso a uma entidade RALC caso tenham problemas com a compra de bens ou serviços – seja nacional ou transfronteiriça – a

¹¹⁴ Vide <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:PT:PDF> e <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:PT:PDF>

¹¹⁵ Regulamento de Litígios em Linha.

um comerciante estabelecido num país da UE. Essas entidades deverão resolver os litígios num prazo de 90 dias”¹¹⁶.

Recentemente, a 8 de Setembro, foi transposta, para o ordenamento jurídico português, a Directiva 2013/11/UE através da Lei n.º 144/2015¹¹⁷. De destacar que esta lei elenca como procedimentos de RAL a mediação, a conciliação e a arbitragem¹¹⁸.

Os meios RAL são, tal como o nome indica, uma via alternativa à via judicial. Não é sua pretensão substituir os tribunais judiciais mas sim serem meios complementares na busca pela justiça. Apesar da sua heterogeneidade, podemos, de uma forma global, indicar os seguintes meios RAL: a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e os Julgados de Paz¹¹⁹.

Todos eles sobressaem pela sua celeridade, garantindo, com maior probabilidade, a continuidade das relações jurídicas e assegurando o efectivo acesso à justiça.

À disposição dos consumidores para dirimirem os seus litígios de consumo, embora nem sempre disso tenham conhecimento, encontram-se os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (CACC), os Centros Autárquicos de Informação ao Consumidor (CIAC), meios de RAL disponibilizados por empresas ou pelas entidades reguladoras competentes pelo sector em litígio e os Julgados de Paz¹²⁰.

¹¹⁶ Acessível em <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/content/20130312IPR06438/html/Consumidores-ter%C3%A3o-acesso-a-um-sistema-mais-c%C3%A9lere-para-a-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-lit%C3%ADgios>

¹¹⁷ Para uma melhor análise, que aqui não nos compete, vide SANDRA PASSINHAS, *Alterações recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Novembro, 2015.

¹¹⁸ Cfr. art. 3º, al. i), da Lei n.º 144/2015.

¹¹⁹ Para um estudo mais exaustivo, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Almedina 2014.

¹²⁰ Dispõe o art. 17º da Lei n.º 144/2015 que cabe à Direcção-Geral do Consumidor a elaboração de uma lista de entidades de RAL devendo esta incluir: o nome, os contactos e o endereço dos sítios electrónicos na Internet das entidades de RAL; as taxas que cobram, quando existam; as línguas em que as reclamações podem ser apresentadas e em que os procedimentos de RAL podem ser tramitados; os tipos de litígios abrangidos pelos procedimentos de RAL; os sectores e as categorias de litígios abrangidos por cada entidade de RAL; a comparência obrigatória das partes ou dos seus representantes, consoante os casos, incluindo uma declaração da entidade de RAL que esclareça se os procedimentos de RAL são ou podem ser tramitados como procedimentos orais ou escritos; o carácter vinculativo ou não vinculativo da decisão resultante dos procedimentos de RAL; e os motivos pelos quais a entidade de RAL pode recusar o tratamento de um litígio. Compete ainda à Direcção-Geral do Consumidor comunicar à Comissão Europeia a lista a que se refere o número anterior logo que esta se encontre elaborada. Como refere SANDRA PASSINHAS, *op. cit.*, “a acção europeia é especialmente meritória, na medida em que conduzirá a um levantamento de todas as entidades de RAL a actuarem na Europa e à sua credenciação e controlo por entidades nacionais competentes. Da promoção do diálogo entre as várias entidades RAL, espera-se que resulte uma maior uniformização de procedimentos e de resultados, sem dúvida uma maior garantia de equidade para o consumidor”, p. 388.

Importa referi-los porquanto, entre nós, os meios RAL desenvolveram-se impulsionados pela área do consumo e, nomeadamente, através da criação dos CACC e dos CIAC.

Os CACC são entidades reconhecidas pelo Ministério da Justiça munidos da competência (limitada a litígios de consumo) para a realização de arbitragens voluntárias com carácter institucionalizado. Estas entidades foram criadas vocacionalmente para dar resposta às “bagatelas jurídicas” que, muitas vezes, pela sua reduzida expressão económica inibiam os consumidores de acederem aos tribunais.

Aos Centros de Arbitragem é-lhe atribuído o engenho de “retirar litígios do sistema judicial, facilitar a sua resolução através de um meio mais adequado, por expedito e mais barato e facilitar o acesso à justiça permitindo a resolução de litígios que de outro modo nunca sairiam da mera intenção dos lesados”¹²¹.

Entre nós existem os seguintes Centros de Arbitragem de carácter genérico (tratam todos os conflitos de consumo): o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC, com competência territorial nacional), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACCDC), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM), o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Informação e Arbitragem do Vale do Ave (TRIAVE), o Centro de Informação e Arbitragem do Vale do Cávado (CIAB) e o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve (CIMAAL). Existem ainda dois Centros de Arbitragem especializados: o CASA (Centro de Arbitragem do Sector Automóvel) e o CIMPAS (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros).

Os CIAC, criados por iniciativa autárquica, no âmbito das suas competências específicas, com o apoio da Direcção-Geral do Consumidor (DGC), são estruturas de apoio ao consumidor que se traduzem em soluções de proximidade na obtenção de informação e aconselhamento acerca de questões de consumo e que promovem a mediação de conflitos de consumo existentes na área territorial do município.

Os meios de RAL disponibilizados por empresas ou pelas entidades reguladoras competentes pelo sector em litígio focalizam a sua actuação na mediação. A mediação,

¹²¹ JOÃO TRINDADE, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 25.

diversamente à arbitragem, “visa a composição amigável do conflito através da intervenção do mediador, imparcial, que tenta aproximar as partes e auxiliá-las na conclusão de uma solução consensual para o conflito”¹²².

Por último, aludir aos Julgados de Paz, cuja competência material não se circunscreve apenas aos litígios de consumo¹²³, pertencendo-lhe competência para questões cujo valor não exceda 15 000€¹²⁴. Os Julgados de Paz regem-se pelos princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual, estimulando, assim, a justa composição do litígio por concordância das partes e garantindo o acesso à justiça, direito constitucionalmente consagrado¹²⁵, aproximando-a dos cidadãos¹²⁶. A tramitação dos Julgados de Paz poderá conter dois momentos vocacionados para a auto-composição dos litígios: a mediação extra-judicial (fase de adesão voluntária das partes e realizada por um mediador) e a conciliação judicial (tentada pelo juiz de paz no início da sessão de julgamento)¹²⁷. Cabe aos Julgados de Paz o mérito de impulsionarem a mediação enquanto meio de RAL. Recentemente, com a aprovação da Lei da Mediação¹²⁸, foi esta aclamada como um dos meios de RAL com maior vulto no actual mundo litigioso.

Concluimos apelando que “os meios de resolução alternativa de litígios são parte integrante do nosso sistema de Justiça, sendo impensável pensá-lo sem os incluir. No entanto, o seu sucesso só acontecerá plenamente quando fizerem parte da cultura social portuguesa. O que não sendo já uma realidade, deu seguramente os primeiros passos”¹²⁹.

¹²² JOÃO TRINDADE, *op. cit.*, p. 27.

¹²³ *Vide* art. 9º da LJP quanto à sua competência material.

¹²⁴ Cfr. art. 8º da LJP.

¹²⁵ Art. 20º da CRP.

¹²⁶ Art. 2º da LJP, o mais importante do diploma.

¹²⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Almedina, 2014, p. 327.

¹²⁸ Lei n.º 29/2013, de 19/04.

¹²⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 39.

Conclusão

Pretendeu-se dar um contributo para a problematização e discussão desta matéria que, claramente, não é pacífica nem escassa em litígios.

Tal é facilmente perceptível, bastando para isso atentar que o sector com mais reclamações na Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor é o das telecomunicações, nomeadamente quanto às penalizações impostas pelas operadoras em virtude do incumprimento da cláusula de fidelização.

As regras gerais de interpretação assumem aqui grande relevância na determinação da intenção dos contraentes aquando do estabelecimento de uma cláusula de fidelização e, conseqüentemente, no apuramento da sua validade; sendo claro que todas as cláusulas injustas e abusivas são nulas.

É indubitável a tendência de admissibilidade da cláusula que prevê um período mínimo de vigência do contrato quando a mesma tenha, como contrapartida para o consumidor, claras e perceptíveis vantagens comerciais e patrimoniais.

Estas vantagens têm de ser límpidas e facilmente compreensíveis de forma a poder efectuar-se, de facto, um persuasivo juízo de comparabilidade que firme a sua decisão, expressão da sua autonomia privada. A não ser assim, meras vantagens aparentes podem encobrir um enriquecimento sem causa das empresas prestadoras do serviço contratado.

É nítido o desequilíbrio do poder negocial das partes que, acentuado pelo facto de estarmos no âmbito do Direito do Consumidor e deste deter uma liberdade negocial limitada ao poder de aderir, reclama um exigente controlo e uma eficaz regulamentação.

É sabido que a existência de longos períodos de fidelização prejudica os consumidores, ao mesmo tempo que afecta a concorrência, sendo, porquanto, desincentivadores à mudança.

Importante é, também, para uma plena compreensão deste compromisso de fidelidade, o reconhecimento da necessidade de formação dos consumidores, acreditando que a informação é a melhor protecção.

Bibliografia

AFONSO, Isabel

- “Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 465-478

ALMEIDA, António

- “Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual”, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n.º 2, 1998, pp. 283-311

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

- *Contratos*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, 2008
- *Direito do Consumo*, Almedina, 2005

ALMEIDA, Teresa

- “Os Caminhos Nacionais da Defesa do Consumidor: Europa, mas Pouco”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 303-309

ANDRADE, José Carlos Vieira de

- “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 139-161

ASCENSÃO, José de Oliveira

- “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, pp. 573-595

BARBOSA, Mafalda Miranda

- “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 389-424

BARROS, José Manuel de Araújo

- *Cláusulas Contratuais Gerais: DL n.º 446/85 - Anotado: Recolha Jurisprudencial*,
Coimbra Editora, 2010

BORGES, J. Marques

- “Os Meios de Defesa do Consumidor”, in *Progresso do Direito*, Ano II, n.º 2,
1984, pp. 79-85

CAPELO, Maria José

- “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de
Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 101-116

CARDOSO, Elionora

- *Os Serviços Públicos Essenciais - A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico
Português*, Coimbra Editora, 2010

CARVALHO, Jorge Morais

- *Os Contratos de Consumo: Reflexão Sobre a Autonomia Privada no Direito do
Consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012

- *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Almedina, 2014

- “Reflexão sobre a Cláusula Relativa ao Período de Fidelização em Contratos de
Consumo”, (no prelo)

COSTA, Mário Júlio de Almeida

- *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5.ª ed., Almedina, 2009

- *Direito das Obrigações*, 12ª ed., revista e actualizada, 3ª reimpressão Almedina,
2014

COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes

- *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de
Outubro*, Almedina, 1993

CRISTAS, Assunção

- *Registo Nacional de Cláusulas Abusivas*, I Colóquio Internacional das Condições Gerais dos Contratos Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2007

GARCIA, Maria Olinda

- “O Consumidor Mais Protegido – O Alcance do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio”, in *Julgar*, n.º 6, 2008, pp. 35-40

GONÇALVES, Pedro

- “O Utente do Serviço Público de Telecomunicações”, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995

GOUVEIA, Mariana França

- *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Almedina, 2014

JÚDICE, José Miguel

- “Uma Reflexão sobre o Direito do Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, pp. 49-56

LEITÃO, Alexandra

- “A Protecção dos Consumidores no Sector das Telecomunicações”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 2002, pp. 131-152

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Direito das Obrigações*, vol. III, 8ª ed., Almedina, 2013
- *Direito das Obrigações*, vol. I, 11ª ed., Almedina, 2014

MENDES, Armindo Ribeiro

- “Contratos de Adesão e os Direitos do Consumidor”, in *Progresso do Direito*, Ano II, n.º 2, 1984, pp. 35-56

MONTEIRO, António Pinto

- “Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade” Civil, 2ª Reimpressão da Obra Publicada em 1985, Almedina, 2011
- “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986
- *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990
- “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores”, in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 219, 1996
- “A Protecção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações”, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 138-158
- “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 333-350
- “Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual”, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, 2002, pp. 185-205
- “O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002
- “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, pp. 121-135
- “A Pena e o Dano”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 659-679
- “Sobre a Cláusula Penal”, in *Scientia Iuridica*, n.ºs 244/246, 1993, pp. 231 a 264
- “Erro e Teoria da Imprevisão”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, pp. 319-339

NASCIMENTO, Luís António Noronha

- “As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 99-122

PASSINHAS, Sandra

- *Alterações recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, “O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 357-388

PINTO, Carlos Alberto da Mota

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005
- “Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, Abril-Dezembro, nºs 2, 3 e 4, 1973

PRATA, Ana

- *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010

SANTOS, António Marques dos

- “Arbitragem no Direito do Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 2002, pp. 281-296

SEABRA, André Silva

- “As Consequências da Alteração da Circunstâncias”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8, 2006, pp. 297-429

STIGLITZ, Ruben

- “Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 307-340

TRINDADE, João Carlos

- “Passado, Presente e Futuro dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios – Centros de Arbitragem – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, pp. 23-41

VARELA, João de Matos Antunes

- *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Reimpressão da 7^a ed., 2013

- “Direito do Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 391-405

WIDER, Roberto

- “O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade. A Protecção Especial dos Consumidores”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 323-350

Lista de Jurisprudência¹³⁰

Supremo Tribunal de Justiça

- 2 de junho de 2015, Processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1 (Hélder Roque)
- 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (Martins de Sousa)
- 14 de novembro de 2013, Processo n.º 122/09.2TJLSB.L1.S1 (João Trindade)
- 18 de outubro de 2012, Processo n.º 1947/07.9TBAMT-A.P1.S1 (Álvaro Rodrigues)
- 4 de outubro de 2007, Processo n.º 07B1996 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)

Tribunal da Relação de Coimbra

- 28 de outubro de 2014, Processo n.º 3516/13.5TJCBR.C1 (Maria Inês Moura)
- 17 de abril de 2012, Processo n.º 5060/09.6TBLRA.C1 (Barateiro Martins)
- 29 de fevereiro de 2012, Processo n.º 1324/09.7TBMGR.C1 (Barateiro Martins)

Tribunal da Relação de Évora

- 2 de fevereiro de 2012, Processo n.º 362568/08.2YIPRT (Silva Rato)

Tribunal da Relação de Guimarães

- 11 de setembro de 2012, Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1 (Araújo de Barros)
- 4 de fevereiro de 2010, Processo n.º 234/09.2TBVCT.G1 (Isabel Rocha)

Tribunal da Relação de Lisboa

- 4 de junho de 2015, Processo n.º 143342/14.6YIPRT.L1-8 (Sacarrão Martins)
- 5 de junho de 2014, Processo n.º 3881/12.1TJLSB.L1-6 (Maria de Deus Correia)
- 27 de maio de 2014, Processo n.º 1004/12.6TJLSB.L1-1 (Maria Adelaide Domingos)
- 26 de fevereiro de 2013, Processo n.º 122/09.2TJLSB.L1-7 (Gouveia de Barros)
- 15 de novembro de 2012, Processo n.º 3058/08.0YXLSB.L1-8 (Rui da Ponte Gomes)

¹³⁰ Todos os acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

- 5 de julho de 2012, Processo n.º 7855/10.9TBOER.L (Teresa Prazeres Pais)
- 5 de junho de 2012, Processo n.º 3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)
- 8 de março de 2012, Processo n.º 497/10.0TCFUN.L1-8 (Ferreira de Almeida)
- 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 2881/08.0YXLSB.L1-7 (Luís Espírito Santo)
- 29 de novembro de 2011, Processo n.º 370/06.7YXLSB.L1-7 (Rosa Maria Ribeiro Coelho)
- 30 de junho de 2011, Processo n.º 1410/08.0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras)
- 30 de junho de 2011, Processo n.º 779/04.0TCSNT.L1-6 (Fátima Galante)
- 21 de junho de 2011, Processo n.º 264/06.6YXLSB.L1-7 (Luís Espírito Santo)
- 16 de junho de 2011, Processo n.º 28934/03.3YXLSB.L1-6 (Aguiar Pereira)
- 14 de junho de 2011, Processo n.º 3044/08.0YXLSB.L1-1 (Eurico Reis)
- 7 de junho de 2011, Processo n.º 2360/06.0YXLSB.L1-7 (Luís Lameiras)
- 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 3084/08.0YXLSB-A.L2-7 (Gouveia de Barros)
- 21 de outubro de 2010, Processo n.º 4529/07.1TVLSB.L1-8 (Carlos Marinho)
- 27 de maio de 2010, Processo n.º 4294/06.0YXLSB.L1-2 (Neto Neves)
- 25 de fevereiro de 2010, Processo n.º 1591/08.3TVLSB.L1-6 (Márcia Portela)

Tribunal da Relação do Porto

- 10 de novembro de 2015, Processo n.º 170314/13.5YIPRT.P1 (José Igreja Matos)
- 26 de maio de 2015, Processo n.º 169640/13.8YIPRT.P1 (João Diogo Rodrigues)
- 7 de maio de 2015, Processo n.º 134839/12.3YIPRT.P1 (Leonel Serôdio)
- 28 de abril de 2015, Processo n.º 95926/13.0YIPRT.P1 (Vieira e Cunha)
- 24 de fevereiro de 2015, Processo n.º 28627/14.6YIPRT.P1 (M. Pinto dos Santos)
- 21 de outubro de 2014, Processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1 (Henrique Araújo)
- 26 de junho de 2014, Processo n.º 28496/12.0YIPRT.P1 (Pedro Lima Costa)
- 20 de maio de 2014, Processo n.º 83925/13.6YIPRT.P1 (Anabela Dias da Silva)
- de 13 de maio de 2014, Processo n.º 203179/12.2YIPRT.P1 (Rodrigues Pires)
- 8 de abril de 2014, Processo n.º 1801/12.2TBPVZ.P1 (Anabela Dias da Silva)
- 1 de abril de 2014, Processo n.º 82657/13.0YIPRT.P1 (José Igreja Matos)
- 13 de abril de 2010, Processo n.º 24180/03.4TJPRT.P1 (Canelas Brás)
- 15 de outubro de 2009, Processo n.º 3883/07.0TJVNF.P1 (Filipe Carço)

Sentenças do Julgado de Paz

- Porto, de 11 de abril de 2014, Processo n.º 582/2013 (Luís Filipe Guerra)
- Lisboa, de 30 de outubro de 2013, Processo n.º 662/2013 (Maria Judite Matias)
- Lisboa, de 7 de maio de 2013, Processo n.º 179/2013 (João Chumbinho)
- Setúbal, de 31 de outubro de 2011, Processo n.º 247/2012 (António Carreiro)

Sentenças do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo¹³¹

- 4 de junho de 2015 (Jorge Morais Carvalho)
- 12 de março de 2015 (Jorge Morais Carvalho)
- 27 de novembro de 2013 (Patrícia da Guia Pereira)
- 23 de julho de 2012 (Ana Prata)

¹³¹ Disponíveis em <http://www.arbitragemdeconsumo.org/arbitragem.php>.