

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Direito do Consumo

2015 - 2017

JURISDIÇÃO CIVIL

JULHO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





Depois da edição em 2014 do e-book "Direito do Consumo"* , o Centro de Estudos Judiciários não deixou de acompanhar os desenvolvimentos que esta matéria continuou a assumir, nomeadamente ao nível da litigância nos Tribunais portugueses.

O presente e-book é o reflexo das acções de formação desde essa altura realizadas, com as quais se pretendeu a promoção da reflexão sobre novas e velhas questões cuja resposta é necessário dar numa área cada vez mais dinâmica, complexa e desafiante.

O mundo dos negócios, das empresas e da procura do lucro, conjugado com o dos cidadãos consumidores, exige equilíbrios que por vezes se traduzem em proibições ou normas de protecção.

Os textos e vídeos que se seguem abordam, quer o papel do Ministério Público, quer a contratação dos serviços públicos essenciais, quer os desafios do mercado digital, quer a legalidade das cláusulas de fidelização, quer a venda de bens de consumo e os "black friday", quer ainda as cláusulas contratuais gerais no âmbito dos serviços financeiros e as comissões bancárias.

Enfim, uma panóplia de temas que, pelo seu interesse, actualidade e qualidade dos textos produzidos, justificam esta edição da "Coleção Formação Contínua", agora disponibilizada a toda a Comunidade Jurídica.

(ETL)

* Aqui disponível: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/ebook_Direito_Consumo.pdf

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito do Consumo - 2015-2017

Jurisdição Civil:

Gabriela Cunha Rodrigues (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Laurinda Gemas (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Estrela Chaby (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Margarida Paz (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Ana Rita Pecorelli (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Patrícia Helena Costa (Juíza de Direito e Docente do CEJ) **

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2014/2015:

“Direito do Consumidor: Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (transposição da Diretiva Europeia n.º 2011/83/EU)” – 3 de julho de 2015 ([programa](#))

Plano de Formação 2015/2016:

“Temas de Direito Civil e Direito Processual Civil” – 22 de janeiro de 2016) ([programa](#))

Plano de Formação 2016/2017:

“Temas de Direito Civil e Processual Civil (Direito do Consumo)” – 17 e 24 de março ([programa](#))

Conceção e organização:

Margarida Paz

Gabriela Cunha Rodrigues

Laurinda Gemas

Ana Rita Pecorelli

Intervenientes:

Jorge Dias Duarte (Procurador da República e Coordenador Regional do Centro de Estudos Judiciários)

Margarida Paz

Jorge Morais Carvalho (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

Paulo Mota Pinto (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Paulo Fonseca (Diretor do Departamento Jurídico da DECO)

Fátima Baptista (Procuradora-Adjunta do Núcleo de Propositura de Ações da Procuradoria Cível de Lisboa)

Maria Isabel Menéres Campos (Professora da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica)

** Desde 15 de setembro de 2017.

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 06/07/2018	

Direito do Consumo

2015-2017

Índice

1. O papel do Ministério Público na defesa do consumidor Jorge Dias Duarte	9
2. A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais Margarida Paz	59
3. Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo Jorge Morais Carvalho	109
4. Períodos de fidelização: as recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas Margarida Paz	145
5. A venda de bens de consumo Paulo Mota Pinto	217
6. BLACK FRIDAY: Verdadeiras promoções? Paulo Fonseca	221
7. Cláusulas contratuais gerais no âmbito dos serviços financeiros Fátima Baptista	235
8. Comissões bancárias Maria Isabel Menéres Campos	251

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1.

O papel do Ministério Público na defesa do consumidor

Jorge Dias Duarte



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR¹

Jorge Dias Duarte*

Caracterizando-se as sociedades modernas por serem, por definição, “sociedades de mudanças constantes, rápidas e permanentes”² em que todos os dias surgem novos produtos de consumo, seja nas lojas e nos supermercados, seja no “mundo virtual”, podemos dizer³ que se passou de uma “sociedade de produtores”, caracterizada pela preocupação sobre a qualidade e durabilidade dos produtos, fabricados de forma limitada, para uma “sociedade de consumidores”, caracterizada pela possibilidade de consumo rápido, na óptica dos produtos descartáveis, em que os produtos vão rapidamente para o lixo, e em que podemos dizer “consumo, logo existo”⁴...

E sendo seguro que as questões de consumo assumem actualmente novos e ainda indefinidos contornos, nomeadamente quando vários estudos apontam para o enorme “poder de compra” das crianças⁵, ou quando se colocam questões até agora inusitadas ao nível do “e-consumo”, o presente trabalho debruça-se, na sua singeleza e como o próprio título o indica, ao papel que também o Ministério Público, pode/deve desempenhar na tutela do “consumidor tradicional”.

Referindo-se aos **Direitos dos Consumidores**, o artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece expressamente que:

«1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

¹ O presente texto tem como base intervenção efectuada nas *Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Consumo*, realizadas a 31 de Janeiro de 2012 no Palácio da Justiça de Vila Nova de Gaia, que, por sua vez, deu origem a trabalho homónimo, publicado na *Revista Luso-Brasileira do Direito do Consumo*, n.º 7, Setembro de 2012. Tal como anteriormente, presta-se aqui justo e devido tributo ao Exmº Senhor Procurador-Geral Adjunto Dr. João Ferreira Pinto e ao Exmº Senhor Procurador da República Dr. João Pires Cardoso Alves, cujos conhecimentos e ensinamentos representam sempre uma enormíssima mais-valia e de cujos trabalhos o signatário se permitiu colher os exemplos práticos apresentados a final.

* Procurador da República e Coordenador Regional do Centro de Estudos Judiciários.

² Cfr. Stuart Hall, “A identidade cultural na pós-modernidade”, Rio de Janeiro: DP&A, 2004, pág. 14, apud Agostinho Oli Koppe Pereira e Cleide Calgaro, em “A modernidade e o hiperconsumismo: políticas públicas para um consumo ambientalmente sustentável”, in “Relações de Consumo – Políticas Públicas (6.ª edição – internacional)”, obra coordenada por Agostinho Oli Koppe Pereira e Luiz Fernando Del Rio Horn, e disponível também em formato electrónico em <http://www.plenum.com.br>.

³ Cfr. Agostinho Oli Koppe Pereira e Cleide Calgaro, em “A modernidade e o hiperconsumismo: políticas públicas para um consumo ambientalmente sustentável”, in “Relações de Consumo – Políticas Públicas (6.ª edição – internacional)”, op. cit..

⁴ Ibidem nota anterior.

⁵ Assim sendo frequentes as campanhas das grandes superfícies comerciais especificamente dirigidas *aos mais pequenos*, atenta a grande capacidade de persuasão que, consabidamente, os mesmos (de)têm sobre os adultos...

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.».

Paralelamente, e sob a epígrafe de **Incumbências prioritárias do Estado**, dispõe o Artigo 81.º da CRP, na sua alínea f) que «Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”, acrescentando a alínea i) do mesmo normativo que é, também, incumbência prioritária do Estado “Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”.

Importa, também aqui referir o **TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA** (cfr. versões consolidadas do *Tratado da União Europeia* e do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (JOUE C83, de 30 de Março de 2010), após o **Tratado Lisboa**, assinado a 13 de Outubro de 2007 (JOUE C306, de 17 de Dezembro de 2007) que dispõe que:

TÍTULO XV
A DEFESA DOS CONSUMIDORES

Artigo 169.º (ex-artigo 153.º TCE)

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

Também com relevo nesta matéria, a actual redacção do artigo 114.º do mesmo tratado é a seguinte:

Artigo 114.º (ex-artigo 95.º TCE)

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 26.º o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

...

3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

Por sua vez, a **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA**⁶ (proclamada a 12/12/2000 em Estrasburgo, pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão (JO C 303 de 14.12.2007); alterada pelo *Tratado de Lisboa* (JOUE C83, 30 Março de 2010) dispõe que:

Artigo 38.º

Defesa dos consumidores

“As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

⁶ Com interesse nesta matéria, anteriormente artigos I-14.º, II-98.º; III-120.º, III-172.º e III-235.º da **Constituição Europeia** (cfr. JOUE, C310, de 16 de Dezembro de 2004).

Caracterizando-se, tradicionalmente, o Ministério Público português pela riqueza e diversidade das funções que lhe são cometidas, verifica-se que, actualmente, o n.º 1 do artigo 221.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece que “ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar...”, sendo que, em paralelo, o artigo 3.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto do Ministério Público⁷ dispõe que “compete especialmente ao Ministério Público: ... assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos⁸”, acrescentando que, de acordo com a alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º do mesmo Estatuto, em tais casos “o Ministério Público tem intervenção principal nos processos”.

Importa, a este propósito, referir que, sob a epígrafe de “Acções para a tutela de interesses difusos”, o artigo 31.º do Código de Processo Civil dispõe que “Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, **bem como à protecção do consumo de bens e serviços**, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos casos previstos na lei”.

Sendo estas as primeiras normas convocáveis para definirmos a actuação do Ministério Público na tutela dos direitos dos consumidores, importa, no estrito âmbito da presente intervenção, reter dois diplomas que expressamente se referem à intervenção do Ministério Público nesta área, quais sejam, a **Lei de Defesa do Consumidor (LDC)**, ou seja, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, aqui referida na sua redacção actual, ou seja a decorrente da Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, e o **Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais**⁹ (RJCCG), plasmado no D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, sucessivamente alterado pelo D.L. n.º 220/95, de 31 de Agosto, objecto da Declaração de rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto, pelo D.L. n.º 249/99, de 7 de Julho e pelo D.L. n.º 323/2001, de 17 de Dezembro¹⁰.

⁷ Aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, republicado pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, sucessivamente alterado, e aqui seguido na sua versão actual, decorrente da última alteração operada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril.

⁸ Da leitura da alínea a) do n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa resulta que a expressão interesses difusos integra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural. “não estando afastada a qualificação como difusos de outros interesses supra-individuais”, como assinala João Pires Cardoso Alves, in “O Ministério Público e a Protecção dos Consumidores – presente e futuro”, em *A Responsabilidade Comunitária da Justiça, O Papel do Ministério Público*, VII Congresso, Edição do SMMP, 2008, pp 191 a 196. Conforme refere Cunha Rodrigues – in “Em Nome do Povo”, Coimbra Editora, 1999, pp. 171 a 172 – “Do ponto de vista subjectivo, os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação e fungibilidade e, na perspectiva do objecto, pela natureza colectiva e infungível do bem. Emergem de do seio de uma colectividade indiferenciada que, pela falta de características de estabilidade, se não configura como uma entidade”, sendo que, segundo o mesmo autor, “O reconhecimento ao Ministério Público de um papel relevante em matéria de defesa dos interesses colectivos e difusos surge na tradição de uma magistratura ligada à promoção de objectivos sociais. Anote-se que as leis têm cometido ao Ministério Público, nos últimos anos, novos papéis na protecção destes interesses, nomeadamente na defesa do ambiente, do património histórico e cultural e dos interesses colectivos dos consumidores”.

⁹ As CCG são “proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adoptou” – cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I*, Coimbra, 2000, pág. 118.

¹⁰ Mais se referem aqui o **D.L. n.º 67/2003**, de 8 de Abril, alterado pelo D.L. n.º 84/2008, de 21 de Maio, que se refere à **Venda de bens de consumo e às garantias a ela relativas**, o **D.L. N.º 24/2014**, de 14 de Fevereiro, que se refere os **Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial**, assim como a **Lei n.º 23/96**, de 26 de Julho, que cria **mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais**.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da **Lei de Defesa do Consumidor**¹¹, “considera-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”, importando referir que o âmbito da Lei em referência se estende, também, aos bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos, tal como dispõe o n.º 2 do normativo citado.

Continuando a seguir a mesma Lei, verifica-se que o consumidor tem os direitos consagrados no respectivo artigo 3.º, ou seja:

- Direito à qualidade dos bens e serviços (cfr., também, artigo 4.º);
- Direito à protecção da saúde e da segurança física (cfr., também, artigo 5.º);
- Direito à formação e educação para o consumo (cfr., também artigo 6.º);
- Direito à informação para o consumo (cfr., também, artigos 7.º e 8.º);
- Direito à protecção dos direitos económicos (cfr., também, artigo 9.º);
- Direito à prevenção e reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogéneos, colectivos ou difusos (cfr. artigos 10.º a 13.º);
- Direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta (cfr. artigo 14.º), e
- Direito à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses (cfr. artigo 15.º).

Reportando-me ao papel que o Ministério Público português pode/deve desempenhar na defesa do consumidor, impõe-se referir que, quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos e de harmonia com o disposto na alínea c), do artigo 13.º da *LDC*, o **Ministério Público** (tal como a *Direcção-Geral do Consumidor*) **tem legitimidade activa para intentar as acções previstas nos artigos 10.º a 12.º da mesma lei**, e designadamente a acção inibitória, a qual, como resulta do n.º 1 do artigo 10.º da lei em referência, se destina “...a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;

¹¹ Refira-se, também, que o n.º 1 do artigo 1.º da mesma Lei, com a epígrafe de *Dever geral de protecção*, impõe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais o dever de proteger o consumidor, nomeadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo.

b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;

c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei”.

Retenha-se que, de acordo com o n.º 2 da mesma norma “A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”.

Referindo-me, antes do mais, à legitimidade do Ministério Público para intervir e sendo seguro que a mesma apenas se verificará apenas quando estejam em causa **interesses individuais homogéneos**¹², **colectivos**¹³ ou **difusos** – e sendo certo, todavia, que a maioria das solicitações efectuadas ao Ministério Público, se referem a casos individuais em que o consumidor mais não deseja que reclamar uma indemnização – importa repetir que, em tais situações o Ministério Público não actua em representação, mas em nome próprio, por a lei lhe impor que assuma um interesse de carácter social que, por natureza, se não mostra determinado do ponto de vista subjectivo, assim se tratando de uma intervenção oficiosa, no exercício de uma competência específica, para agir no interesse da colectividade.

Nestes casos, o Ministério Público exerce um verdadeiro poder de intervenção nas relações jurídico-privadas, que o ordenamento jurídico, em certas circunstâncias reserva ao Estado Colectividade. Este vai, pois, actuar através do Ministério Público como verdadeiro substituto processual dos titulares das relações jurídico-privadas controvertidas, solicitando uma providência jurisdicional com reflexo na esfera dos particulares, com vista à realização directa do interesse público (cfr. Lopes do Rego, *Revista do Ministério Público*, Ano 11º, n.º 41, pág. 48 e 49).

A acção inibitória, no âmbito da *LDC*, visa a defesa de interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos, com o objectivo de prevenir, corrigir e/ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, sendo admissível procedimento cautelar, nos termos gerais; no que se refere ao tribunal competente, aplicam-se as regras gerais – cfr. artigos 85.º, 86.º e 87.º do Código de Processo Civil.

¹² Não obstante a ainda exígua bibliografia existente acerca do conceito de *interesses individuais homogéneos*, vem sendo entendido (cfr. Ac. STJ de 23/9/93, Proc. n.º 503/97, 2ª Secção), que o mesmo representa todos aqueles casos em que os membros de uma classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de facto, ou de direito, pedindo-se, para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico. Ou seja, com a crescente complexidade da vida social, ganha raízes a autonomização da figura daqueles interesses que naturalmente radicam em *necessidades colectivas individualmente sentidas*, hoje com enfática tradução nos interesses individuais homogéneos, cuja tutela colectiva se justifica pela relevância social que revestem. Assim, utilizando a delimitação conceptual proposta por Carlos Adérito da Silva Teixeira (*Boletim dos Interesses Difusos*, Procuradoria -Geral da República, n.º 14 – Dez. 97, pág. 33) poder-se-á admitir que **interesses difusos** são aqueles que apresentam, no plano da sua titularidade, uma pluralidade de sujeitos, tendencialmente indeterminada e, nessa medida, se distinguindo dos chamados **interesses colectivos**, posicionados na titularidade de uma categoria de pessoas (normalmente) ligadas por um vínculo jurídico, e que se caracterizam, no plano da sua natureza, pela insusceptibilidade de apropriação individual (exclusiva) do bem em causa, distinguindo-se, neste pormenor, dos chamados **interesses individuais homogéneos**, interesses que, apresentando uma origem comum, têm, no entanto, uma tradução concreta individual, dada a divisibilidade do bem, com a correspondente titularidade determinada.

¹³ “Os *interesses colectivos dizem respeito a um grupo, uma categoria um conjunto de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica (pertença a uma associação a uma classe, a uma categoria)*”, Liz, Jorge Pegado.

Conforme resulta do acima referido, as alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 10.º da LDC são meramente exemplificativas, existindo uma relação de especialidade entre a alínea b) daquele normativo – “... práticas lesivas dos direitos dos consumidores ... que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas...” – e o artigo 25.º do *RJCCG*; importa, a este propósito, referir que pode haver cumulação de causas de pedir, maxime, quando estamos perante uma cláusula nula e uma prática comercial proibida por lei¹⁴.

De harmonia com a redacção original do n.º 1 artigo 11.º da LDC, **a acção inibitória tem o valor equivalente ao da alçada da Relação mais €0,01, seguindo os termos do processo sumário, e estando isenta de custas**, sendo que “A decisão especificará o âmbito da abstenção ou correcção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta” – cfr. n.º 2 do mesmo normativo.

Acresce, ainda, que, de harmonia com o n.º 3 do normativo em referência, “Transitada em julgado, a decisão condenatória será publicitada a expensas do infractor, nos termos fixados pelo juiz, e será registada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente lei”, sendo que “Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplicar-se-á ainda o disposto nos artigos 31.º¹⁵ e 32.º¹⁶ do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto” – cfr. n.º 4 do artigo citado.

Do acima exposto resulta nítida a intenção do legislador em facilitar este tipo de acções, maxime ao estabelecer que a acção inibitória segue os termos do processo sumário, estando isenta de custas.

No que estritamente concerne à **isenção de custas** e sendo seguro que inexistem dúvidas que que o Ministério Público está isento do respectivo pagamento¹⁷, assumiu-se já anteriormente o entendimento de que a isenção de custas em referência apenas abrangia o(s) Autor(es), atenta a especial natureza das entidades que têm legitimidade activa, aqui se notando, uma vez mais, um “estímulo” do legislador em assegurar a efectiva tutela dos direitos dos consumidores.

Assim sendo, em caso de procedência da acção deveriam o(s) Réu(s) pagar as custas da respectiva responsabilidade, não se afigurando que exista base legal nem qualquer motivo que possa(pudesse) justificar tal isenção¹⁸.

¹⁴ Retenha-se, também, que os direitos dos consumidores assumem **carácter injuntivo**, assim dispondo expressamente o n.º 1 do artigo 16.º da LDC que “sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula”.

¹⁵ Proibição provisória.

¹⁶ Proibição definitiva.

¹⁷ Cfr. alínea a) do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais, que dispõe que o Ministério Público está isento de custas, na parte que ora releva “nos processos em que age em nome próprio na defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados por lei...”.

¹⁸ Note-se, todavia, que tal não tem sido entendimento jurisprudencial pacífico; embora reportado ao D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro (diploma que institui o regime das cláusulas contratuais gerais, mas no qual se regulamenta, de forma muito semelhante esta questão) e no âmbito do anterior Código das Custas Judiciais, por acórdão datado de 23 de Novembro de 2000, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que os réus estavam, também, isentos de custas; em idêntico sentido, também, os Acórdãos de 2 de Novembro de 2004, da Relação de

Tal questão, todavia, tem actualmente de ser encarada à luz do disposto no n.º 1 do artigo 25.º do D.L. n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro, que taxativamente dispõe que “São revogadas as isenções de custas previstas em qualquer lei, regulamente ou portaria e conferidas a entidades públicas ou privadas, que não estejam previstas no presente decreto-lei”.

Assim sendo e quando não sejam entidades que se possam enquadrar nas alíneas f) e/ou g) do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais, deverão os Autores (e naturalmente, também os Réus/demandados) pagar as custas da respectiva responsabilidade, o que, se por um lado se traduz no desaparecimento prático de um importante estímulo à efectiva tutela do consumidor, mais reforça a responsabilidade e o papel que o Ministério Público, também nesta específica área, deve assumir...

No que se refere à **forma do processo**, importa reter que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, desapareceu a forma de processo sumário, pois que agora o processo apenas pode ser comum ou especial, sendo que o processo comum de declaração segue forma única – cfr. artigos 546.º a 549.º do Código de Processo Civil – sublinhando-se aqui o dever de adequação formal consagrado no artigo 547.º do Código de Processo Civil, segundo o qual “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada à especificidade da causa e adaptar o conteúdo e forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

Conforme se referiu já, o valor destas acções excede em 0,01 euros o valor da alçada do Tribunal da Relação com o que se visa possibilitar sempre o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça uma vez que está vocacionado para apreciar estas questões, ou seja, matéria de direito.

Tal como também já referido, transitada em julgado, a sentença condenatória será publicitada a expensas do autor, nos moldes fixados pelo juiz, cumprindo aqui referir que o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 360/01¹⁹, de 12 de Julho de 2001, decidiu julgar não inconstitucional a norma do n.º 2, do artigo 30.º, do Decreto-Lei 446/85, norma esta que prevê, de forma similar, a publicitação da sentença condenatória.

A acção inibitória pode ser acompanhada de **sanção pecuniária compulsória** (artigo 10.º, n.º 2, da LDC e artigo 829.º-A Código Civil) dado tratar-se de obrigações de facto positivo ou negativo infungíveis.

Coimbra (CJ, 2004, V, pág. 13), de 19 de Outubro de 2000, da Relação de Lisboa, (CJ,2000, IV, pág. 127) e do STJ, de 11 de Outubro de 2001 (CJ, 2001, STJ, III, pág. 81). No sentido da condenação do Réu em caso de decaimento, vejam-se os Acórdãos do STJ, de 17 de Junho de 1999 (CJ, 1999, STJ, II, pág. 150), da Relação de Lisboa, de 24 de Junho de 2004 (CJ, 2004, III, pág. 126) e do STJ, de 13 de Janeiro de 2005 (Processo 048196, www.dgsi.pt). Mais recentemente, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de 20 de Outubro de 2011, Processo 2466/07.9TBOER.L1-6, em que foi considerada a isenção de custas, por aplicação do artigo 29.º do RJCCG, e o Acórdão da Relação de Coimbra, de 23 de Setembro de 2010, Processo 2206/99, 2.ª Secção, em que a recorrida foi condenada em custas, por se entender expressamente que “a isenção objectiva de custas da acção inibitória foi objecto de revogação (art.º 29.º da LCCG e 25.º, n.º 1, do D.L. n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro”.

¹⁹ Proferido no processo n.º 292/2001 e publicado no DR, IIª Série, n.º 264, de 14 de Novembro de 2011, páginas 18789/18790.

A sanção pecuniária compulsória “... é a ameaça de uma sanção pecuniária, ordenada pelo juiz, para a hipótese de o devedor não obedecer à condenação principal, visando o cumprimento das obrigações e a eficácia da decisão do tribunal”²⁰, tendo uma “... dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis”²¹.

O seu objectivo não é o de indemnizar os danos sofridos pelo credor, mas forçar o devedor a cumprir, vencendo a sua oposição, desleixo, indiferença ou negligência, daí se estipular no artigo 10.º, n.º 2, da LDC (parte final) que será fixada “sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”, sendo que a sua aplicação pelo juiz dá lugar à obrigação acessória de pagar uma quantia por cada dia de atraso ou por cada infracção, com possibilidade de futura execução.

Na fixação do valor da sanção pecuniária compulsória o artigo 829.º-A, n.º 2, do Código Civil, estipula que “será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”, apelando-se pois, a um juízo de equidade (artigo 4.º, alínea a), do Código Civil); no entanto, na fixação da quantia deve atender-se à capacidade económico-financeira do réu, nível de resistência, vantagens e lucros resultantes do incumprimento, de forma a dissuadi-lo de pagar a sanção pecuniária compulsória e a indemnização em vez de cumprir a obrigação principal.

O termo inicial da sanção pecuniária compulsória deve ser fixado na data do trânsito em julgado da sentença condenatória, dado o carácter acessório da sanção em relação à condenação principal; atento este mesmo carácter acessório, em caso de verdadeira impossibilidade de cumprimento da obrigação principal (caso fortuito, força maior, imputável ao devedor ou a terceiro), a sanção pecuniária compulsória não produz efeitos.

Em relação ao termo final, não deverá ser fixado pelo juiz dados os objectivos da sanção pecuniária compulsória, sob pena de limitação do seu papel coercivo.

No que se refere às **cláusulas contratuais gerais**²²⁻²³, dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 26.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, que o Ministério Público dispõe de legitimidade activa para intentar “acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais”, assim podendo actuar oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado, afirmando o n.º 2 da mesma norma que o Ministério Público (tal como as demais

²⁰ Silva, João Calvão da, BMJ 359, pág. 64.

²¹ Cfr. n.º 5 do preâmbulo do D.L. n.º 262/83 de 16 de Junho.

²² Quanto à definição de cláusulas contratuais gerais e âmbito de aplicação do diploma agora em referência, e para além do já adiantado na Nota 3, vejam-se os respectivos artigos 1.º a 3.º.

²³ No que concerne ao uso de CCG podemos encontrar, como **vantagens**, os seguintes pontos: Racionalização e especialização; Eficácia, rapidez e diminuição de custos; Adequação do regime dos contratos à crescente especialização da sua actividade económica, sendo que casos há em que se regista, de facto, a impossibilidade prática de negociação individual por parte de uma empresa que tenha milhões de clientes (ex: Carris, Metro). Paralelamente, do lado das **desvantagens**, verifica-se que a: liberdade da contraparte fica limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder interferir, de forma significativa no conteúdo negocial que lhe é proposto; o anonimato e despersonalização; a dispersão dos enunciados contratuais, assim como o risco de empresas em situação de força no mercado poderem valer-se da situação dominante para inserir cláusulas abusivas ou injustas.

entidades ali referidas) actua em nome próprio, “embora faça(m) valer um direito alheio pertencente, em conjunto aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada”.

À semelhança do que prevê a *LDC*, o n.º 1 do artigo 29.º do *RJCCG* estatui que “a acção destinada a proibir²⁴ o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais que se considerem abusivas segue os termos do processo sumário e está isenta de custas”, acrescentando o n.º 2 do mesmo normativo que “o valor da acção excede (euro) 0,01 ao fixado para a alçada da Relação”, aqui valendo, *mutatis mutandis*, o que anteriormente se referiu a este propósito em relação ao anteriormente disposto no n.º 1 do artigo 11.º da *LDC*.

Também o n.º 2 do artigo 30.º do mesmo regime prevê que, a pedido do autor, pode o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, prevendo o artigo 33.º do mesmo regime a sanção pecuniária compulsória.

Valendo para a acção inibitória agora em referência, e prevista no artigo 25.º do *RJCCG*, a generalidade do anteriormente dito quanto a idêntica acção prevista na *LDC*, refira-se que, também aqui o Ministério Público visa a defesa de interesses individuais homogêneos, colectivos e difusos, com o objectivo de obter a proibição judicial de cláusulas que violem os artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º da *RJCCC*, a boa-fé (artigos 22.º e 762.º, n.º 2, do Código Civil), a ordem pública (artigo 280.º do Código Civil), e o abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil).

Realce-se que o artigo 31.º do *RJCCG* expressamente prevê a possibilidade de ser requerida uma **proibição provisória**, seguindo-se, com as necessárias adaptações o regime dos procedimentos cautelares não especificados.

No que toca ao tribunal competente, rege o artigo 28.º do mesmo diploma, assim atribuindo competência ao “tribunal da comarca onde se localiza o centro da actividade principal do demandado ou, não se situando ele em território nacional, o da comarca da sua residência ou sede”, sendo que, caso estas se localizem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas gerais foram propostas ou recomendadas.

Uma breve referência ao regime da **sanção pecuniária compulsória** no *RJCCG*:

²⁴ Estamos no âmbito da acção inibitória – cfr. artigo 25.º do diploma em referência – que é uma acção de condenação em prestação de facto negativo e actua de modo definitivo, dado que tem como objecto a imposição imediata de um comportamento – cfr. artigo 32.º do mesmo diploma. A acção inibitória pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de facto negativo: não utilização ou não recomendação de CCG proibidas. Consequentemente, a sentença proíbe ou não certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redacção da cláusula. Neste caso, o controlo das CCG deve efectuar-se abstractamente e não em concreto, deve fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias. “O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva”. A consequência da inobservância das regras respeitantes à inclusão das condições gerais no contrato é a exclusão destas do contrato celebrado (artigo 8.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro), permanecendo o contrato válido e eficaz no restante.

Na verdade, a leitura do teor do artigo 33.º do D.L. n.º 446/85 deixa a impressão que, só depois da violação da obrigação de abstenção de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva, por decisão transitada em julgado, é que a sanção pecuniária pode ser requerida e decretada. A ser assim, não passaria de uma verdadeira multa, punindo um comportamento ilícito passado.

Atento o teor do artigo 10.º, n.º 2, da LDC, a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada pelo tribunal na própria sentença que iniba o uso ou a recomendação de cláusulas proibidas por lei, assim, “... o art. 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85 deve ter-se por revogado pelos artigos. 10º, n.º 2, e 11º, n.º 4, da Lei n.º 24/96”.

Em relação à legitimidade passiva, e de harmonia com o disposto no n.º 1 do artigo 27.º do RJCCG, pode a acção inibitória ser proposta contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos e contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros.

Salienta-se, ainda, neste campo, a possibilidade de a acção poder ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas, ainda que a coligação implique infracção da regra geral que fixa a competência territorial dos tribunais – cfr. n.º 2 da norma anteriormente citada.

Facilita-se, assim, a coligação de demandados, o que reduz o risco de haver decisões judiciais contraditórias sobre a mesma matéria.

#

Surgindo a **intervenção do Ministério Público** por impulso próprio ou porque tal intervenção lhe foi solicitada externamente, a sua acção inicia-se, desde logo, pela abertura de um Processo Administrativo, o qual mais não é que um dossier de trabalho e no qual são realizadas todas as diligências adequadas a aferir da concreta necessidade de tutela do interesse concretamente em questão, assim como aferir da melhor forma de, em concreto, actuar.

Procurará, assim, o Ministério Público recolher todos os elementos necessários a tomar uma decisão, qual seja a de arquivar o Processo Administrativo (maxime, por entender, à luz dos elementos recolhidos que a pretensão expressa por um particular não é justificada ou que não se justifica dar entrada de uma acção em juízo, porque, por exemplo, a entidade que usava formulários contendo cláusulas contrárias à lei, entretanto, mudou os mesmos, não mais se verificando qualquer fundamento para eventual interposição da acção de inibição), ou a de introduzir os factos em juízo.

Todavia, importa reter que, tal como assinala Cunha Rodrigues²⁵, o Ministério Público "**se encontra desprovido de meios, no foro cível, para a realização de diligências de averiguação, pois os particulares não estão obrigados a cooperar. No Brasil, onde o Ministério Público tem funções semelhantes na protecção dos interesses difusos, a "acção civil pública" pode ser antecedida de um "inquérito público", em relação ao qual existe um dever geral de cooperação**".

Tal situação contrasta fortemente com aquela que é outorgada à Direcção-Geral do Consumidor que, para a prossecução das suas atribuições é considerado autoridade pública, assim gozando dos poderes referidos no n.º 2 do artigo 21.º da LDC, e desde logo o de solicitar e obter informações, elementos e diligências necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores – cfr. respectiva alínea a) – assim como, e para além do mais, “ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição de fornecimentos de bens ou prestações de serviços que, independentemente de prova de uma perda ou de um prejuízo real, pelo seu objecto, forma ou fim, acarretem ou possam acarretar riscos para a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores” – cfr. alínea d) da norma em referência.

A título histórico importa, também, referir que, pela Circular n.º 3/94, foi veiculado pela PGR um despacho (datado de 15 de Março de 1994), de cumprimento obrigatório para todos os magistrados do Ministério Público que, assim, deviam providenciar pelo envio sistemático e expedito, ao seu Gabinete, de fotocópias das intervenções processuais do Ministério Público e das decisões judiciais das várias instâncias que fossem sendo produzidas, na área dos interesses difusos, o que deu origem a um *Boletim de Interesses Difusos*, que começou a ser editado em Março de 1994, sendo trimestralmente distribuído por todos os Magistrados do Ministério Público que tinham, ou podiam vir a ter, intervenção nessa área.

O Boletim em referência deixou de ser publicado em Outubro de 2001, tendo sido editados 21 números.

Posteriormente e através do despacho de 2006.05.19, a referida **Circular** foi revogada (cfr. Despacho veiculado pela Circular n.º 6/2006, da Procuradoria-Geral Distrital do Porto) tendo sido criado um **«portal denominado "Interesses Difusos" (disponível no endereço electrónico: www.interessesdifusos.com.pt) constituído por uma área de informação de acesso público, e uma outra, de acesso restrito a magistrados do Ministério Público, que integre cumulativamente informação sobre processos e peças processuais que se afigurem especialmente significativas, bem como outros elementos de apoio à acção dos senhores magistrados»**, tendo, simultaneamente, sido criado o Núcleo de Coordenação de Interesses Difusos, sediado no Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC), da Procuradoria-Geral da República.

²⁵ Op. cit., pág. 42.

Actualmente, no portal interno do Ministério Público na internet – Sistema de Informação do Ministério Público (SIMP)²⁶ – está disponível, no campo “SIMP Temáticos” uma área de grande utilidade prática, intitulada *Interesses Difusos e Colectivos*.

Impondo-se realçar que, no terreno, o Ministério Público tem, de facto, assumido um muito relevante papel na tutela dos interesses dos consumidores, maxime, através de inúmeras acções interpostas nas mais diversas comarcas/círculos, aqui me permitindo destacar a acção do “Núcleo de Contencioso do Estado”, da área cível de Lisboa, que tem, frequentissimamente, interposto acções na concreta tutela/defesa dos interesses dos consumidores.

A este propósito e valendo-me de exemplos coligidos pelo Exm^o Senhor Procurador-Geral Adjunto, Dr. João Ferreira Pinto, refiro aqui as seguintes situações:

1) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Oeiras, contra "AGFA – Gevaert, Lda" e contra "KODAK Portuguesa, Lda", na qual estava em causa a utilização de uma cláusula inscrita no verso dos sacos para transporte e identificação dos filmes, dispondo ela que, se as películas se extrviassem ou fossem estragados pela Kodak, ou por qualquer companhia subsidiária, a sua responsabilidade se limitava, exclusivamente, à substituição por igual metragem de película virgem.

Na perspectiva do Ministério Público, a exclusão ou limitação da responsabilidade, operada pela cláusula citada, violava o disposto na alínea c) do artigo 18.º da LCCG, segundo a qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave.

A acção foi julgada procedente e, em recurso, confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 27 de Abril de 1999, que considerou que ***“o equilíbrio contratual, o princípio da protecção da confiança, o critério da proporcionalidade, a proibição de se convencionar a irresponsabilidade contratual do devedor e a proibição do abuso da posição dominante são princípios que não foram salvaguardados”*** na cláusula em causa, e, como tal, a tornam(tornavam) nula.

2) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra " Companhia de Seguros Império, S. A.".

Para o Ministério Público a Ré incluía, e utilizava, nos seus contratos de seguro, pré-elaborados, cláusulas abusivas, tais como, as que lhe permitiam resolver o contrato sem alegação de qualquer motivo justificativo, fundado na lei ou previsto no próprio contrato, e as que predispunham, para as situações em que a resolução contratual ocorresse por iniciativa do

²⁶ E cuja consulta diária se mostra obrigatória em todas as unidades do Ministério Público, a partir de 1 de Setembro de 2013, nos termos da Directiva de 1 de Julho de 2013, de Sua Excelência a Conselheira Procuradora-Geral da República, Dra. Joana Marques Vidal.

tomador do seguro, uma cláusula penal que possibilitava à seguradora reter 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.

As primeiras violavam o artigo 22.º, n.º 1, alínea b), da LCCG, (segundo a qual são proibidas as cláusulas que permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção), e as segundas o disposto no artigo 19.º, alínea c), da mesma Lei, (são proibidas as cláusulas que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir).

A acção foi julgada improcedente, no despacho saneador/sentença, mas o Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 4 de Fevereiro de 1999, revogou essa decisão e condenou a Ré a **"abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais supra referidas em todos os contratos de seguro (facultativos) por si comercializados e que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes e a dar publicidade, desta proibição, através de anúncio a publicar em dois jornais diários de maior tiragem em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos"**.

3) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Benavente, contra a "Caixa de Crédito Agrícola Mútuo", de Samora Correia, relativa a cláusula inserta em contrato de mútuo, com vista à aquisição de imóveis.

Do clausulado, pré-elaborado, constava a imposição à parte contratante de uma obrigação pecuniária, de montante certo e exagerado, para as despesas relativas ao incumprimento, e impunha-lhe, também, a renúncia a contestar a liquidação da quantia por ela, arbitrariamente, estabelecida.

No entender do Ministério Público, as cláusulas mencionadas violavam o disposto nos artigos 2.º, 3.º e 50.º, todos do Código de Processo Civil (os dois primeiros estabelecem, respectivamente, a garantia de acesso aos tribunais e o direito ao exercício do contraditório e o último diz que os documentos assinados perante notário, e que imponham uma obrigação, só são títulos executivos se forem acompanhados dos correspondentes documentos de despesa), e o disposto nos artigos 67.º e 69.º do Código Civil (ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica, sendo que a renúncia supra referida constitui uma limitação da capacidade jurídica dos mutuários), tudo com referência ao artigo 18.º, do D.L. n.º 446/85.

4) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca do Porto, contra "REMOVELAR" – Centro de compras familiares.

A REMOVELAR foi condenada, por sentença de 23 de Março de 1993, a abster-se de usar determinadas cláusulas por serem nulas.

Era o caso das cláusulas em que o cliente se comprometia a fazer compras num valor determinado, em que a Removelar tinha um poder discricionário no que chamava de "concessão de crédito" e em que não admitia a responsabilidade por actos dos seus auxiliares ou representantes em caso de dolo ou de culpa grave.

Tais cláusulas violavam o princípio da boa fé pelo desequilíbrio das prestações (artigos 9.º, n.º 2, 14.º e 16.º, do D.L. n.º 446/85, na sua primitiva redacção) e a cláusula que não admitia a responsabilidade violava, também, o artigo 18.º, alínea d), do mesmo diploma, segundo a qual são em absoluto proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave.

5) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na comarca de Lisboa, contra "OMNIVIP – Comercialização de Cartões Turísticos, Lda.", dadas as cláusulas que certificavam que o adquirente ficava ciente dos aspectos jurídicos e das questões materiais decorrentes do contrato de forma a impedi-lo de, futuramente, invocar a invalidade de alguma das suas cláusulas, que estabeleciam um período longo de vigência do contrato, atendendo ao objecto e à natureza do produto comercializado, e que atribuíam competência exclusiva à comarca de Lisboa para as acções judiciais decorrentes do contrato.

A primeira cláusula violava o disposto no artigo 21.º, alínea e), (atesta conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em aspectos materiais); a segunda o artigo 22.º, alínea a), (prevê prazos excessivos para a vigência do contrato), e a última o disposto no artigo 19.º, alínea g), (estabelece um foro competente que envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem), todos da LCCG.

6) Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra a "Caixa Económica Montepio Geral", por, nos contratos de emissão e de utilização de cartões de débito, aquela utilizar cláusulas abusivas.

As cláusulas foram elaboradas de antemão pela Ré, limitando-se cada candidato a preencher, nos espaços em branco a isso destinados e constantes do rosto do impresso, a sua identidade e a assinar o mesmo contrato sem que se verificasse qualquer negociação individual, entre a Ré e a contraparte, quanto ao teor das "**condições gerais de utilização**".

Tendo em conta que algumas dessas cláusulas eram abusivas, o Ministério Público pediu que a Ré fosse condenada a abster-se de as utilizar, nomeadamente as que procediam à inversão do regime legal do risco, as que modificavam os critérios legais de repartição do ónus da prova, as que permitiam a resolução do contrato sem motivo justificativo e as que definiam o foro convencional.

Com efeito, elas violavam o disposto no artigo 21.º, alínea f) (altera as regras respeitantes à distribuição do risco, dado o disposto nos artigos 1205.º, 1206.º, 1144.º, 796.º, n.º 1, do Código Civil, pois, sendo o depósito bancário um depósito irregular e passando as quantias depositadas a ser propriedade do banco, "o perecimento ou deterioração da coisa, por causa não imputável ao alienante, corre por risco do adquirente"), a segunda o disposto no artigo 21.º, alínea g), e a terceira o artigo 22.º, n.º 1, alínea b) (permite resolver o contrato sem motivo justificativo previamente conhecido pelo outro contraente ou fundado na lei), todos da LCCG.

Outro exemplo²⁷:

No âmbito de um Processo Administrativo, colocava-se a questão de arquivar o mesmo, ou de elaborar a pertinente contestação, estando em causa um contrato de seguro, denominado “... Lar, multi-riscos habitação”, ao abrigo do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro.

A questão objecto do requerimento consiste essencialmente em saber se estavam cobertos pelo seguro os danos verificados num veículo que se encontrava na garagem, através da análise do contrato, atentas as respectivas condições particulares e gerais.

No contrato de seguro constava um quadro cuja epígrafe se referia a “Capitais” e, dentro deste, a seguradora especificou quais os objectos abrangidos pela cobertura base, e que eram:

- Edifício;
- Conteúdo.

Seguidamente, era mencionada a expressão “Assistência na Habitação”, por baixo da qual a seguradora especificou as “Coberturas Opcionais”, das quais faziam parte:

- Veículos em Garagem;
- Fenómenos sísmicos.

Contudo, no verso daquele contrato, em letras destacadas, estava escrito como título “Coberturas”, sendo que, por baixo do mesmo título, a seguradora colocou em primeiro lugar “Cobertura Base” e, imediatamente a seguir, identificou uma a uma, as situações que se encontravam abrangidas por ela, sendo que ali constava expressamente “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”.

Em segundo lugar, escreveu “Cobertura Opcional”, e dentro desta incluiu uma única situação:

- Fenómenos sísmicos.

Ou seja, no rosto do contrato de seguro identificavam-se como objectos seguros pela cobertura base, o edifício e conteúdo e como objectos seguros pelas coberturas opcionais, os veículos em garagem e fenómenos sísmicos. Por outro lado, no verso do mesmo contrato eram descritos, de forma detalhada, os riscos abrangidos pela cobertura base e opcional, sendo que na denominada cobertura base se encontrava incluído o risco por veículos em garagem - valor venal.

²⁷ Exemplo colhido de preciosos apontamentos elaborados pelo Exm^o Senhor Procurador da República Dr. João Alves, verdadeiro mestre nesta temática e que tem desenvolvido uma muito persistente acção em prol da defesa dos direitos do consumidor.

Em virtude do sinistro ocorrido a seguradora pronunciou-se no sentido de que a “cobertura de «Veículos em Garagem» era uma cobertura de carácter opcional que não foi, na circunstância subscrita pelo segurado, negando o pagamento do dano.

No que respeita à interpretação da declaração negocial dispõe o artigo 236.º do Código Civil que a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal colocado na posição do real declaratário possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. “ O alcance decisivo da declaração será aquele que em abstracto lhe atribuiria um declaratário razoável, medianamente inteligente, diligente e sagaz, colocado na posição concreta do declaratário real, em face das circunstâncias que este efectivamente conheceu e das outras que podia ter conhecido...” (J. Calvão da Silva, Estudos de Direito Comercial, 1996, págs. 102 e seg. e 217).

A interpretação da declaração negocial não pode em negócios formais (caso do contrato de seguro, regulado pela legislação comercial), acolher um sentido que não tenha no texto um mínimo de correspondência (artigo 238.º, n.º 1, do Código Civil). A interpretação das cláusulas dos contratos de seguro resume-se à descoberta do sentido objectivo da declaração negocial (Acórdão da RC de 16/1/79, CJ, 1979, 1º -19).

Ora, uma pessoa medianamente instruída e diligente, colocada na posição do declaratário real, face ao contrato em referência, onde constava como risco abrangido na cobertura base “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”, iria subscrever uma cobertura opcional para “Veículos em Garagem”?

Tal situação não se afigura crível, pois que o declaratário normal pensaria ser desnecessário subscrever uma cobertura opcional, que implica maiores custos, quando o veículo está (estava) abrangido pela cobertura base.

No entanto, independentemente desta interpretação efectuada ao abrigo dos artigos 236.º e seguintes do Código Civil, era aplicável ao caso o artigo 11.º do D.L. n.º 446/85, que no n.º 2 estatui que “... na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente”. Isto é, em caso de dúvida funciona a regra da interpretação mais favorável à contraparte o utilizador de cláusulas contratuais gerais – *in dubio contra stipulatorem*, já que quem introduz unilateralmente cláusulas contratuais gerais tem que suportar o risco de uma certa ambiguidade.

Primeira conclusão: É (era) juridicamente sustentável, atenta a interpretação efectuada, defender que o risco respeitante ao veículo que se encontrava na garagem estava abrangido pela cobertura base do contrato subscrito.

O expoente defende que o Ministério Público deveria intentar acção inibitória com fundamento no disposto nos artigos 15.º e 16.º do D.L. n.º 446/85.

Importa referir que o controlo abstracto (ou preventivo) é levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares, trata-se do recurso à acção inibitória em que se

pretende que os utilizadores de cláusulas contratuais gerais sejam condenados a abster-se do seu uso.

A acção inibitória ***visa tutelar interesses colectivos e difusos*** e tem uma estrutura processual (legitimidade, caso julgado) diferente do regime geral do Código de Processo Civil, pois que pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de facto negativo – não utilização ou não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas – e, conseqüentemente, a sentença proíbe, ou não, certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redacção da cláusula.

Neste caso, ***o controlo das cláusulas contratuais gerais deverá efectuar-se abstractamente e não em concreto, ou seja, deverá fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo, e não isoladamente ou em função do caso concreto.***

Segunda conclusão: O Ministério Público não tem (tinha) legitimidade para, por esta factualidade, intentar acção inibitória (aliás, já tinha intentado acção inibitória relativamente às cláusulas nulas constantes das condições particulares e gerais), uma vez que se tratava de um problema de interpretação do contrato em que o lesado teria que intentar a respectiva acção declarativa de condenação com vista a ser ressarcido dos danos causados ao veículo, e onde invocaria a existência de contrato que cobre o risco, nos termos e segundo a interpretação acima exposta.

O requerente pedia, ainda, que a seguradora fosse condenada em indemnização pelos prejuízos cobertos pelo contrato de seguro. A acção inibitória tem uma finalidade preventiva e não visa dirimir os conflitos suscitados pela efectiva celebração dos contratos que integrem cláusulas contratuais gerais, uma vez que a acção inibitória incide sobre as propostas negociais de adesão e não sobre os contratos singulares e que essas cláusulas contratuais gerais se incluem.

Terceira conclusão: Ainda que, no caso, fosse intentada acção inibitória o Ministério Público não podia deduzir pedido de indemnização atenta a natureza jurídica da acção inibitória. Por outro lado, não existe base legal que permita ao Ministério Público representar o requerente no âmbito da acção declarativa a intentar.

Por tudo o exposto, e uma vez que as cláusulas consideradas nulas nos clausulados constantes dos autos já tinham sido objecto da interposição da respectiva acção inibitória e o novo clausulado apresentado pela seguradora, com excepção da que foi objecto da acção inibitória, não suscitava questões de legalidade, foi o Processo Administrativo em questão arquivado.

#

Não queria finalizar esta intervenção sem fazer duas brevíssimas referências ao relevantíssimo papel que, também aqui, o Ministério Público é chamado a desempenhar, em duas vertentes distintas:

– A primeira é o da representação de ausentes, incertos ou incapazes, em sede de acção, contestação ou dedução de embargos – cfr. artigos 21.º, 22.º e 23º do Código de Processo Civil

– (Defesa de interesses individuais. Exemplo: de acordo com o artigo 8.º, alínea d), do D.L. n.º 446/85 consideram-se excluídos dos contratos singulares as cláusulas contratuais gerais inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes) . Ressalva: Se na defesa de incapazes a defesa poderá ser de facto e de direito (podem, por exemplo, ter sido contactados por um familiar que forneceu factos), na defesa de ausentes ou incertos a defesa só pode ser de direito).

– A segunda referência que cumpre efectuar reporta-se à acção, que também com incidência nesta temática, o Ministério Público desempenha no foro criminal, designadamente tendo em atenção o regime do **D.L. n.º 28/84, de 20 de Janeiro**²⁸, bem como o teor dos **artigos 270.º (pesos e medidas falsos), 282.º (corrupção de substâncias alimentares ou medicinais) e 217.º (burla), do Código Penal**, podendo/devendo ser deduzido pedido de indemnização cível no processo penal (ex. burla através de chamadas telefónicas de valor acrescentado), pedido esse que segue os termos da lei civil e desde que se trate de interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos (cfr. artigos 76.º, n.º 3, do Código de Processo Penal²⁹, artigos 23.º, 24.º e 31.º do Código de Processo Civil, artigos 12.º, 13.º, alínea c), e 20.º, da Lei n.º 24/96).

Finalmente, não posso deixar de referir o relevantíssimo papel que, também nesta área, o Ministério Público pode/deve desempenhar nas tantas vezes “malqueridas” (porque incómodas...) funções de atendimento ao público...

Vídeo



Les poulets font la taille1

→ https://www.youtube.com/watch?v=A_lYRvz9UU

²⁸ Diploma que aprova o regime das *Infracções Antieconómicas e Contra a Saúde Pública* e no qual se colocam também questões directamente relacionadas com a protecção de interesses colectivos dos consumidores, tais como a saúde pública, a genuinidade dos produtos, a lealdade nas vendas, a garantia de abastecimento e a correcção na formação dos preços.

²⁹ Norma que expressamente dispõe que “Compete ao Ministério Público formular o pedido de indemnização civil em representação do Estado e de outras pessoas e interesses cuja representação lhe seja atribuída por lei”.

Apresentação Power Point

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Caracterizando-se as sociedades modernas por serem sociedades de mudanças constantes, rápidas e permanentes, em que todos os dias surgem novos produtos de consumo, seja nas lojas e nos supermercados, seja no “mundo virtual”, podemos dizer que se passou de uma “sociedade de produtores”, caracterizada pela preocupação sobre a qualidade e durabilidade dos produtos, fabricados de forma limitada, para uma “sociedade de consumidores”, caracterizada pela possibilidade de consumo rápido, na óptica dos produtos descartáveis, em que os produtos vão rapidamente para o lixo, e em que podemos dizer “consumo, logo existo”...

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Direitos dos Consumidores

Artigo 60.º da CRP

- «1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.».

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Incumbências prioritárias do Estado

Artigo 81.º da CRP

«Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

...

f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;

...

i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores;

...».

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

(cfr. versões consolidadas do *Tratado da União Europeia* e do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (JOUE C83, de 30 de Março de 2010), após ***Tratado Lisboa***, assinado a 13 de Outubro de 2007 (JOUE C306, de 17 de Dezembro de 2007)

TÍTULO XV

A DEFESA DOS CONSUMIDORES

Artigo 169.º (ex-artigo 153.º TCE)

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

Artigo 114.º (ex-artigo 95.º TCE)

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 26.º o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

...

3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

...

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

(proclamada a 12/12/2000 em Estrasburgo, pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão (JO C 303 de 14.12.2007);
alterada pelo *Tratado de Lisboa* (JOUE C83, 30 Março de 2010).

Artigo 38.º

Defesa dos consumidores

“As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

Anteriormente: v. artigos I-14.º, II-98.º; III-120.º, III-172.º e III-235.º da

Constituição Europeia (cfr. JOUE, C310, de 16 de Dezembro de 2004)

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Caracterizando-se, tradicionalmente, o Ministério Público português pela riqueza e diversidade das funções que lhe são cometidas, verifica-se que, actualmente, o nº 1 do artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece que “ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar...”, sendo que, em paralelo, o artigo 3.º, nº 1, alínea e), do *Estatuto do Ministério Público* dispõe que “compete especialmente ao Ministério Público: ... assumir, nos casos previstos na lei, a **defesa de interesses colectivos e difusos**”, acrescentando que, de acordo com a alínea e) do nº 1 do artigo 5.º do mesmo Estatuto, em tais casos “**o Ministério Público tem intervenção principal nos processos**”.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Da leitura da alínea a) do nº 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa resulta que a expressão *interesses difusos* integra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural, “não estando afastada a qualificação como difusos de outros interesses supra-individuais” – cfr. João Pires Cardoso Alves, in “O Ministério Público e a Protecção dos Consumidores – presente e futuro”, em *A Responsabilidade Comunitária da Justiça, O Papel do Ministério Público*, VII Congresso, Edição do SMMP, 2008, pp. 191 a 196.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

“Do ponto de vista subjectivo, os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação e fungibilidade e, na perspectiva do objecto, pela natureza colectiva e infungível do bem. Emergem de do seio de uma colectividade indiferenciada que, pela falta de características de estabilidade, se não configura como uma entidade”, sendo que **“O reconhecimento ao Ministério Público de um papel relevante em matéria de defesa dos interesses colectivos e difusos surge na tradição de uma magistratura ligada à promoção de objectivos sociais...”** – cfr. Cunha Rodrigues, “Em Nome do Povo”, Coimbra Editora, 1999, pp. 171 a 172.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acções para a tutela de interesses difusos

Artigo 31.º do Código de Processo Civil

“Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, **bem como à protecção do consumo de bens e serviços**, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o **Ministério Público, nos casos previstos na lei**”.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Sendo estas as primeiras normas convocáveis para definirmos a actuação do Ministério Público na tutela dos direitos dos consumidores, importa reter dois diplomas que expressamente se referem à intervenção do Ministério Público nesta área, quais sejam, a **Lei de Defesa do Consumidor (LDC) – Lei nº 24/96**, de 31 de Julho, na redacção actual resultante das alterações introduzidas pela Lei N.º 47/2014, de 28 de Julho, e o **Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (RJCCG) – D.L. nº 446/85**, de 25 de Outubro, sucessivamente alterado pelo D.L. nº 220/95, de 31 de Agosto, objecto da Declaração de rectificação nº 114-B/95, de 31 de Agosto, pelo D.L. nº 249/99, de 7 de Julho e pelo D.L. nº 323/2001, de 17 de Dezembro.

Mais se referem aqui o **D.L. nº 67/2003**, de 8 de Abril, alterado pelo D.L. nº 84/2008, de 21 de Maio, que se refere à **Venda de bens de consumo e às garantias a ela relativas**, o **D.L. N.º 24/2014**, de 14 de Fevereiro, que se refere os **Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial**, assim como a **Lei nº 23/96**, de 26 de Julho, que cria **mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais**.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

“Considera-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” – artigo 2.º, n.º 1, da LDC.

Artigo 2.º, n.º 2: “Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”.

Refira-se, também, que o nº 1 do artigo 1.º da mesma Lei, com a epígrafe de *Dever geral de protecção*, impõe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais o dever de proteger o consumidor, nomeadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Direitos do Consumidor (cfr. Artigo 3.º da LDC):

- direito à qualidade dos bens e serviços (cfr., também, artigo 4.º);
- direito à protecção da saúde e da segurança física (cfr., também, artigo 5.º);
- direito à formação e educação para o consumo (cfr., também, artigo 6.º);
 - direito à informação para o consumo (cfr., também, artigos 7.º e 8.º);
 - direito à protecção dos direitos económicos (cfr., também, artigo 9.º);
- direito à prevenção e reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogéneos, colectivos ou difusos (cfr. artigos 10.º a 13.º);
- direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta (cfr. artigo 14.º), e
 - direito à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses (cfr. artigo 15.º).

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos e de harmonia com o disposto na alínea c), do artigo 13.º da *LDC*, o **Ministério Público** (tal como a *Direcção-Geral do Consumidor*) **tem legitimidade activa para intentar as acções previstas nos artigos 10.º a 12.º da mesma lei**, e designadamente a ***acção inibitória***, a qual, como resulta do n.º 1 do artigo 10.º, se destina "...a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;
- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei".

"A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar" – cfr. artigo 10.º, n.º 2, da *LDC*.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Referindo-me, antes do mais, à legitimidade do Ministério Público para intervir e sendo seguro que a mesma apenas se verificará apenas quando estejam em causa **interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos** – e tendo-se igualmente por certo que, todavia, a maioria das solicitações efectuadas ao Ministério Público se referem a casos individuais em que o consumidor mais não deseja que reclamar uma indemnização – importa repetir que, **em tais situações o Ministério Público não actua em representação, mas em nome próprio**, por a lei lhe impor que assumam um interesse de carácter social que, por natureza, se não mostra determinado do ponto de vista subjectivo, assim se tratando de uma intervenção oficiosa, no exercício de uma competência específica, para agir no interesse da colectividade.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Nestes casos, “... o Ministério Público exerce um verdadeiro poder de intervenção nas relações jurídico-privadas, que o ordenamento jurídico, em certas circunstâncias, reserva ao Estado Colectividade. Este vai, pois, actuar através do Ministério Público como verdadeiro substituto processual dos titulares das relações jurídico-privadas controvertidas, solicitando uma providência jurisdicional com reflexo na esfera dos particulares, com vista à realização directa do interesse público” (cfr. Lopes do Rego, *Revista do Ministério Público*, Ano 11º, nº 41, pág. 48 e 49).

...

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Referindo-se a lei a “*interesses individuais, homogéneos, colectivos ou difusos*”, adere-se ao entendimento de que o conceito de “**interesses individuais homogéneos**” (cfr. Acórdão do STJ de 23/9/93, Proc. nº 503/97, 2ª Secção), abarca todos os casos em que os membros de uma classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de facto, ou de direito, pedindo-se, para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico. Ou seja, com a crescente complexidade da vida social, ganha raízes a autonomização da figura daqueles interesses que naturalmente radicam em *necessidades colectivas individualmente sentidas*, hoje com enfática tradução nos interesses individuais homogéneos, cuja tutela colectiva se justifica pela relevância social que revestem.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Pode-se, assim, admitir que **interesses difusos** são aqueles que apresentam, no plano da sua titularidade, uma pluralidade de sujeitos, tendencialmente indeterminada e, nessa medida, se distinguindo dos chamados **interesses colectivos**, posicionados na titularidade de uma categoria de pessoas (normalmente) ligadas por um vínculo jurídico, e que se caracterizam, no plano da sua natureza, pela insusceptibilidade de apropriação individual (exclusiva) do bem em causa, distinguindo-se, neste pormenor, dos chamados **interesses individuais homogêneos**, interesses que, apresentando uma origem comum, têm, no entanto, uma tradução concreta individual, dada a divisibilidade do bem, com a correspondente titularidade determinada – cfr. delimitação conceptual proposta por Carlos Adérito da Silva Teixeira (*Boletim dos Interesses Difusos*, Procuradoria-Geral da República, nº 14 – Dez. 97, pág. 33)

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A acção inibitória, no âmbito da LDC, visa a defesa de interesses individuais homogêneos, colectivos e difusos, com o objectivo de prevenir, corrigir e/ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, sendo admissível procedimento cautelar, nos termos gerais; no que se refere ao tribunal competente, aplicam-se as regras gerais (cfr. artigos 64.º a 67.º do Código de Processo Civil).

Retenha-se que as alíneas a), b) e c) do nº 1 do artigo 10.º da LDC são meramente exemplificativas, existindo uma relação de especialidade entre a alínea b) daquele normativo – “... práticas lesivas dos direitos dos consumidores ... que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas...” – e o artigo 25.º do RJCCG; importa, a este propósito, referir que pode haver cumulação de causas de pedir, máxime, quando estamos perante uma cláusula nula e uma prática comercial proibida por lei.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

“A acção inibitória tem o valor equivalente ao da alçada da Relação mais 0.01€, segue os termos do processo sumário, e está isenta de custas” – cfr. n.º 1 do artigo 11.º da LDC – sendo que “A decisão especificará o âmbito da abstenção ou correcção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta” – cfr. n.º 2 do mesmo normativo.

De harmonia com o n.º 3 do mesmo normativo, “Transitada em julgado, a decisão condenatória será publicitada a expensas do infractor, nos termos fixados pelo juiz, e será registada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente lei”, sendo que “Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplicar-se-á ainda o disposto nos artigos 31.º (proibição provisória) e 32.º (proibição definitiva) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto” – cfr. n.º 4 do mesmo artigo.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Da redacção do artigo 11.º da LDC resultava nítida a intenção do legislador em facilitar este tipo de acções, importando reter, todavia que actualmente já não poderá seguir os termos do processo sumário, forma processual entretanto desaparecida! – cfr. artigos 546.º e 548.º do Código de Processo Civil.

No que se refere à isenção de custas inexistem dúvidas que o Ministério Público está isento do respectivo pagamento – cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais – importando referir que, actualmente, a mesma isenção genérica, ou objectiva, não se verificará, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 25.º do D.L. 34/2008, de 26 de Fevereiro, que aprovou o Regulamento das Custas Processuais, em relação quer a eventuais Autores, quer aos eventuais Réus.

Terá, assim, desaparecido um importante estímulo à efectiva tutela dos consumidores, o que reforça a importância do papel que, também neste âmbito, competirá ao Ministério Público assegurar...

Conforme se referiu já, o valor destas acções excede em 0,01 euros o valor da alçada do Tribunal da Relação com o que se visa possibilitar sempre o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça uma vez que o mesmo está vocacionado para apreciar estas questões, ou seja, matéria de direito.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A acção inibitória pode ser acompanhada de **sanção pecuniária compulsória** (artigo 10.º, nº 2, da LDC e artigo 829.º-A Código Civil), dado tratar-se de obrigações de facto positivo ou negativo infungíveis, retendo-se que a sanção pecuniária compulsória “... é a ameaça de uma sanção pecuniária, ordenada pelo juiz, para a hipótese de o devedor não obedecer à condenação principal, visando o cumprimento das obrigações e a eficácia da decisão do tribunal”, tendo uma “... dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis” (cfr. Silva, João Calvão da, BMJ 359, pág. 64).

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

O objectivo da acção pecuniária compulsória não é o de indemnizar os danos sofridos pelo credor, mas forçar o devedor a cumprir, vencendo a sua oposição, desleixo, indiferença ou negligência, daí se estipular no artigo 10.º, nº 2, da LDC (parte final) que será fixada “*sem prejuízo da indemnização a que houver lugar*”, sendo que a sua aplicação pelo juiz dá lugar à obrigação acessória de pagar uma quantia por cada dia de atraso ou por cada infracção, com possibilidade de futura execução.

Na fixação do valor da sanção pecuniária compulsória o artigo 829.º-A, nº 2, do Código Civil, estipula que “*será fixada segundo critérios de razoabilidade*”, apelando-se pois, a um juízo de equidade (artigo 4.º, alínea a), do Código Civil); no entanto, na fixação da quantia deve atender-se à capacidade económico-financeira do réu, nível de resistência, vantagens e lucros resultantes do incumprimento, de forma a dissuadi-lo de pagar a sanção pecuniária compulsória e a indemnização em vez de cumprir a obrigação principal.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

O **termo inicial** da sanção pecuniária compulsória deve ser fixado na data do trânsito em julgado da sentença condenatória, dado o carácter acessório da sanção em relação à condenação principal; atento este mesmo carácter acessório, em caso de verdadeira impossibilidade de cumprimento da obrigação principal (caso fortuito, força maior, imputável ao devedor ou a terceiro), a sanção pecuniária compulsória não produz efeitos.

Em relação ao **termo final**, não deverá ser fixado pelo juiz dados os objectivos da sanção pecuniária compulsória, sob pena de limitação do seu papel coercivo.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Cláusulas contratuais gerais

– Vantagens:

- racionalização e especialização;
- eficácia, rapidez e diminuição de custos;
- adequação do regime dos contratos à crescente especialização da sua actividade económica, sendo que casos há em que se regista, de facto, a impossibilidade prática de negociação individual por parte de uma empresa que tenha milhões de clientes (ex: Carris, Metro).

– Desvantagens:

- liberdade da contraparte fica limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder interferir, de forma significativa no conteúdo negocial que lhe é proposto; o anonimato e despersonalização;
- a dispersão dos enunciados contratuais, assim como o risco de empresas em situação de força no mercado poderem valer-se da situação dominante para inserir cláusulas abusivas ou injustas.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Cláusulas contratuais gerais

Definição: artigos 1.º a 3.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro (*RJCCG*).

Acção Inibitória – Artigo 25.º;

Legitimidade activa – Artigo 26.º, n.º 1, alínea c):

“A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:

...

Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado”.

N.º 2 da mesma norma: o Ministério Público (tal como as demais entidades ali referidas) actua em nome próprio, “embora faça(m) valer um direito alheio pertencente, em conjunto aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada”.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

À semelhança do que prevê a *LDC*, o nº 1 do artigo 29.º do *RJCCG* estatui que “a acção destinada a proibir o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais que se considerem abusivas segue os termos do processo sumário e está isenta de custas” – aqui valendo o que anteriormente se referiu quanto ao artigo 11.º da *LDC* – acrescentando o nº 2 do mesmo normativo que “o valor da acção excede (euro) 0,01 ao fixado para a alçada da Relação”.

Também o nº 2 do artigo 30.º do mesmo regime prevê que, a pedido do autor, pode o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, prevendo o artigo 33.º do mesmo regime a sanção pecuniária compulsória.

Tribunal competente: artigo 28.º.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Estamos no âmbito da **acção inibitória** – cfr. artigo 25.º – que é uma acção de condenação em prestação de facto negativo e actua de modo definitivo, dado que tem como objecto a imposição imediata de um comportamento – cfr. artigo 32.º.

A acção inibitória pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de facto negativo: não utilização ou não recomendação de CCG proibidas.

Consequentemente, **a sentença proíbe ou não certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redacção da cláusula.**

Neste caso, o controlo das CCG deve efectuar-se abstractamente e não em concreto, deve fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias. “O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva”. A consequência da inobservância das regras respeitantes à inclusão das condições gerais no contrato é a exclusão destas do contrato celebrado – cfr. artigo 8.º – permanecendo o contrato válido e eficaz no restante.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Também aqui o Ministério Público visa a defesa de interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos, com o objectivo de obter a proibição judicial de cláusulas que violem os artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º da *RJCCC*, a boa-fé (artigos 227.º e 762.º, nº 2, do Código Civil), a ordem pública (artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil), e o abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil).

Realce-se que o artigo 31.º do *RJCCG* expressamente prevê a possibilidade de ser requerida uma **proibição provisória**, seguindo-se, com as necessárias adaptações o regime dos procedimentos cautelares não especificados.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Uma breve referência ao regime da sanção pecuniária compulsória no *RJCCG*: na verdade, a leitura do teor do artigo 33.º do D.L. nº 446/85 deixa a impressão que, só depois da violação da obrigação de abstenção de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva, por decisão transitada em julgado, é que a sanção pecuniária pode ser requerida e decretada. A ser assim, a mesma não passaria de uma verdadeira multa, punindo um comportamento ilícito passado.

Atento o teor do artigo 10.º, nº 2, da *LDC*, a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada pelo tribunal na própria sentença que iniba o uso ou a recomendação de cláusulas proibidas por lei, assim, “... o art. 33.º do Decreto-Lei nº 446/85 deve ter-se por revogado pelos artigos. 10º, nº 2, e 11º, nº 4, da Lei nº 24/96”.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Em relação à legitimidade passiva, e de harmonia com o disposto no nº 1 do artigo 27.º do *RJCCG*, a acção inibitória “pode ser intentada contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos”, assim como “contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros”.

Salienta-se, ainda, neste campo, a possibilidade de a acção poder ser intentada, “em conjunto, contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas”, ainda que a coligação implique infracção da regra geral que fixa a competência territorial dos tribunais – cfr. nº 2 da norma anteriormente citada – assim se facilitando a coligação de demandados, o que reduz o risco de haver decisões judiciais contraditórias sobre a mesma matéria.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Surgindo a **intervenção do Ministério Público** por impulso próprio ou porque tal intervenção lhe foi solicitada externamente, a sua acção inicia-se, desde logo, pela abertura de um Processo Administrativo, o qual mais não é que um *dossier de trabalho* e no qual são realizadas todas as diligências adequadas a aferir da concreta necessidade de tutela do interesse concretamente em questão, assim como aferir da melhor forma de, em concreto, actuar.

Procurará, assim, o Ministério Público recolher todos os elementos necessários a tomar uma decisão, qual seja a de arquivar o Processo Administrativo (máxime, por entender, à luz dos elementos recolhidos que a pretensão expressa por um particular não é justificada ou que não se justifica dar entrada de uma acção em juízo, porque, por exemplo, a entidade que usava formulários contendo cláusulas contrárias à lei, entretanto, mudou os mesmos, não mais se verificando qualquer fundamento para eventual interposição da acção de inibição), ou a de introduzir os factos em juízo.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Todavia, importa reter que, tal como assinala Cunha Rodrigues, o Ministério Público "*se encontra desprovido de meios, no foro cível, para a realização de diligências de averiguação, pois os particulares não estão obrigados a cooperar. No Brasil, onde o Ministério Público tem funções semelhantes na protecção dos interesses difusos, a "acção civil pública" pode ser antecedida de um "inquérito público", em relação ao qual existe um dever geral de cooperação*".

Tal situação contrasta fortemente com aquela que é outorgada à Direcção-Geral do Consumidor que, para a prossecução das suas atribuições é considerado autoridade pública, assim gozando dos poderes referidos no nº 2 do artigo 21.º da LDC, e desde logo o de solicitar e obter informações, elementos e diligências necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores – cfr. respectiva alínea a) – assim como, e para além do mais, "ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição de fornecimentos de bens ou prestações de serviços que, independentemente de prova de uma perda ou um prejuízo real, pelo seu objecto, forma ou fim, acarretem ou possam acarretar riscos para a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores" – cfr. alínea d) da norma em referência.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Exemplos práticos:

(cfr. elementos coligidos pelo Exm^o Senhor Procurador-Geral Adjunto, Dr. João Ferreira Pinto)

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Oeiras, contra "AGFA – Gevaert, Lda." e contra "KODAK Portuguesa, Lda.", na qual estava em causa a utilização de uma cláusula inscrita no verso dos sacos para transporte e identificação dos filmes, dispondo que, se as películas se extraviassem ou fossem estragados pela Kodak, ou por qualquer companhia subsidiária, a sua responsabilidade se limitava, exclusivamente, à substituição por igual metragem de película virgem.

Na perspectiva do Ministério Público, a exclusão ou limitação da responsabilidade, operada pela cláusula citada, violava o disposto na alínea c) do artigo 18.º do RJCCG, segundo a qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A acção foi julgada procedente e, em recurso, confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 27 de Abril de 1999, que considerou que *"o equilíbrio contratual, o princípio da protecção da confiança, o critério da proporcionalidade, a proibição de se convencionar a irresponsabilidade contratual do devedor e a proibição do abuso da posição dominante são princípios que não foram salvaguardados"* na cláusula em causa, e, como tal, a tornam(tornavam) nula.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra "Companhia de Seguros Império, S. A.":

Para o Ministério Público a Ré incluía, e utilizava, nos seus contratos de seguro, pré-elaborados, cláusulas abusivas, tais como, as que lhe permitiam resolver o contrato sem alegação de qualquer motivo justificativo, fundado na lei ou previsto no próprio contrato, e as que predisponham, para as situações em que a resolução contratual ocorresse por iniciativa do tomador do seguro, uma cláusula penal que possibilitava à seguradora reter 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.

As primeiras violavam o artigo 22.º, n.º 1, alínea b), do RJCCG, (segundo a qual são proibidas as cláusulas que permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção), e as segundas o disposto no artigo 19º, alínea c), da mesma Lei, (são proibidas as cláusulas que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir).

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A acção foi julgada improcedente, no despacho saneador/sentença, mas o Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 4 de Fevereiro de 1999, revogou essa decisão e condenou a Ré a *"abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais supra referidas em todos os contratos de seguro (facultativos) por si comercializados e que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes e a dar publicidade, desta proibição, através de anúncio a publicar em dois jornais diários de maior tiragem em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos"*

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Benavente, contra a "Caixa de Crédito Agrícola Mútuo", de Samora Correia, relativa a cláusula inserta em contrato de mútuo, com vista à aquisição de imóveis:

Do clausulado, pré-elaborado, constava a imposição à parte contratante de uma obrigação pecuniária, de montante certo e exagerado, para as despesas relativas ao incumprimento, e impunha-lhe, também, a renúncia a contestar a liquidação da quantia por ela, arbitrariamente, estabelecida.

No entender do Ministério Público, as cláusulas mencionadas violavam o disposto nos artigos 2.º, 3.º e 50.º, todos do Código de Processo Civil (os dois primeiros estabeleciam, respectivamente, a garantia de acesso aos tribunais e o direito ao exercício do contraditório e o último diz que os documentos assinados perante notário, e que imponham uma obrigação, só são títulos executivos se forem acompanhados dos correspondentes documentos de despesa), e o disposto nos artigos 67.º e 69.º do Código Civil (ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica, sendo que a renúncia supra referida constitui uma limitação da capacidade jurídica dos mutuários), tudo com referência ao artigo 18.º do D.L. nº 446/85.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca do Porto, contra "REMOVELAR" – Centro de compras familiares:

A "REMOVELAR" foi condenada, por sentença de 23 de Março de 1993, a abster-se de usar determinadas cláusulas por serem nulas.

Era o caso das cláusulas em que o cliente se comprometia a fazer compras num valor determinado, em que a Removelar tinha um poder discricionário no que chamava de "concessão de crédito" e em que não admitia a responsabilidade por actos dos seus auxiliares ou representantes em caso de dolo ou de culpa grave.

Tais cláusulas violavam o princípio da boa fé pelo desequilíbrio das prestações (artigos 9.º, n.º 2, 14.º e 16.º, do D.L. nº 446/85, na sua primitiva redacção) e a cláusula que não admitia a responsabilidade violava, também, o artigo 18.º, alínea d), do mesmo diploma, segundo a qual são em absoluto proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na comarca de Lisboa, contra "OMNIVIP – Comercialização de Cartões Turísticos, Lda." dadas as cláusulas que certificavam que o adquirente ficava ciente dos aspectos jurídicos e das questões materiais decorrentes do contrato de forma a impedi-lo de, futuramente, invocar a invalidade de alguma das suas cláusulas, que estabeleciam um período longo de vigência do contrato, atendendo ao objecto e à natureza do produto comercializado, e que atribuíam competência exclusiva à comarca de Lisboa para as acções judiciais decorrentes do contrato.

A primeira cláusula violava o disposto no artigo 21.º, alínea e), (atesta conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em aspectos materiais); a segunda o artigo 22.º, alínea a), (prevê prazos excessivos para a vigência do contrato), e a última o disposto no artigo 19.º, alínea g), (estabelece um foro competente que envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem), todos do *RJCCG*.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Acção inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra a "Caixa Económica Montepio Geral", por, nos contratos de emissão e de utilização de cartões de débito, aquela utilizar cláusulas abusivas.

As cláusulas foram elaboradas de antemão pela Ré, limitando-se cada candidato a preencher, nos espaços em branco a isso destinados e constantes do rosto do impresso, a sua identidade e a assinar o mesmo contrato sem que se verificasse qualquer negociação individual, entre a Ré e a contraparte, quanto ao teor das "*condições gerais de utilização*".

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Tendo em conta que algumas dessas cláusulas eram abusivas, o Ministério Público pediu que a Ré fosse condenada a abster-se de as utilizar, nomeadamente as que procediam à inversão do regime legal do risco, as que modificavam os critérios legais de repartição do ónus da prova, as que permitiam a resolução do contrato sem motivo justificativo e as que definiam o foro convencional.

Com efeito, elas violavam o disposto no artigo 21.º, alínea f) – altera as regras respeitantes à distribuição do risco, dado o disposto nos artigos 1205.º, 1206.º, 1144.º, 796.º, n.º1, do Código Civil, pois, sendo o depósito bancário um depósito irregular e passando as quantias depositadas a ser propriedade do banco, "o perecimento ou deterioração da coisa, por causa não imputável ao alienante, corre por risco do adquirente" – a segunda o disposto no artigo 21.º, alínea g), e a terceira o artigo 22.º, n.º1, alínea b) – permite resolver o contrato sem motivo justificativo previamente conhecido pelo outro contraente ou fundado na lei – todos do *RJCCG*.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Exemplo prático:

(colhido de trabalho do Ex.º Procurador da República, Dr. João Alves)

No âmbito de um Processo Administrativo, colocava-se a questão de arquivar o mesmo, ou de elaborar a pertinente contestação, estando em causa um contrato de seguro, denominado "... Lar, multi-riscos habitação", ao abrigo do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro.

A questão objecto do requerimento consistia essencialmente em saber se estavam cobertos pelo seguro os danos verificados num veículo que se encontrava na garagem, através da análise do contrato, atentas as respectivas condições particulares e gerais.

No contrato de seguro constava um quadro cuja epígrafe se referia a "Capitais" e, dentro deste, a seguradora especificou quais os objectos abrangidos pela cobertura base, e que eram:

- Edifício;
- Conteúdo.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Seguidamente, era mencionada a expressão “Assistência na Habitação”, por baixo da qual a seguradora especificou as “Coberturas Opcionais”, das quais faziam parte:

- Veículos em Garagem;
- Fenómenos sísmicos.

Contudo, no verso daquele contrato, em letras destacadas, estava escrito como título “Coberturas”, sendo que, por baixo do mesmo título, a seguradora colocou em primeiro lugar “Cobertura Base” e, imediatamente a seguir, identificou uma a uma, as situações que se encontravam abrangidas por ela, sendo que ali constava expressamente “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”.

Em segundo lugar, escreveu “Cobertura Opcional”, e dentro desta incluiu uma única situação:

- Fenómenos sísmicos.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Ou seja, no rosto do contrato de seguro identificavam-se como objectos seguros pela cobertura base, o edifício e conteúdo e como objectos seguros pelas coberturas opcionais, os veículos em garagem e fenómenos sísmicos. Por outro lado, no verso do mesmo contrato eram descritos, de forma detalhada, os riscos abrangidos pela cobertura base e opcional, sendo que na denominada cobertura base se encontrava incluído o risco por veículos em garagem – valor venal.

Em virtude do sinistro ocorrido a seguradora pronunciou-se no sentido de que a “cobertura de «Veículos em Garagem» era uma cobertura de carácter opcional que não foi, na circunstância subscrita pelo segurado, negando o pagamento do dano.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

No que respeita à interpretação da declaração negocial dispõe o artigo 236.º do Código Civil que a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal colocado na posição do real declaratório possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. “O alcance decisivo da declaração será aquele que em abstracto lhe atribuiria um declaratório razoável, medianamente inteligente, diligente e sagaz, colocado na posição concreta do declaratório real, em face das circunstâncias que este efectivamente conheceu e das outras que podia ter conhecido...” (J. Calvão da Silva, *Estudos de Direito Comercial*, 1996, pág. 102 e seg. e 217).

A interpretação da declaração negocial não pode em negócios formais (caso do contrato de seguro, regulado pela legislação comercial), acolher um sentido que não tenha no texto um mínimo de correspondência (artigo 238.º, nº 1, do Código Civil). A interpretação das cláusulas dos contratos de seguro resume-se à descoberta do sentido objectivo da declaração negocial, (Acórdão da RC de 16/1/79, CJ, 1979, 1º -19).

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Ora, uma pessoa medianamente instruída e diligente, colocada na posição do declaratório real, face ao contrato em referência, onde constava como risco abrangido na cobertura base “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”, iria subscrever uma cobertura opcional para “Veículos em Garagem”?

Tal situação não se afigura crível, pois que o declaratório normal pensaria ser desnecessário subscrever uma cobertura opcional, que implica maiores custos, quando o veículo está(estava) abrangido pela cobertura base.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

No entanto, independentemente desta interpretação efectuada ao abrigo dos artigos 236.º e seguintes do Código Civil, era aplicável ao caso o artigo 11.º do D.L. nº 446/85, que no nº 2 estatui que "... na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente". Isto é, em caso de dúvida, funciona a regra da interpretação mais favorável à contraparte do utilizador de cláusulas contratuais gerais – *in dubio contra stipulatorem* – já que quem introduz unilateralmente cláusulas contratuais gerais tem que suportar o risco de uma certa ambiguidade.

Primeira conclusão: É (era) juridicamente sustentável, atenta a interpretação efectuada, defender que o risco respeitante ao veículo que se encontrava na garagem estava abrangido pela cobertura base do contrato subscrito.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

O exponente defendia que o Ministério Público deveria intentar acção inibitória com fundamento no disposto nos artigos 15.º e 16.º do D.L. nº 446/85.

Importa referir que o controlo abstracto (ou preventivo) é levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares, pois trata-se do recurso à acção inibitória em que se pretende que os utilizadores de cláusulas contratuais gerais sejam condenados a abster-se do seu uso.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A acção inibitória ***visa tutelar interesses colectivos e difusos*** e tem uma estrutura processual (legitimidade, caso julgado) diferente do regime geral do Código de Processo Civil, pois que pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de facto negativo – não utilização ou não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas – e, conseqüentemente, a sentença proíbe, ou não, certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redacção da cláusula.

Neste caso, ***o controlo das cláusulas contratuais gerais deverá efectuar-se abstractamente e não em concreto, ou seja, deverá fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo, e não isoladamente ou em função do caso concreto.***

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Segunda conclusão: O Ministério Público não tem(tinha) legitimidade para, por esta factualidade, intentar acção inibitória (aliás, já tinha intentado acção inibitória relativamente às cláusulas nulas constantes das condições particulares e gerais), uma vez que se tratava de um problema de interpretação do contrato em que o lesado teria que intentar a respectiva acção declarativa de condenação com vista a ser ressarcido dos danos causados ao veículo, e onde invocaria a existência de contrato que cobre o risco, nos termos e segundo a interpretação acima exposta.

O requerente pedia, ainda, que a seguradora fosse condenada em indemnização pelos prejuízos cobertos pelo contrato de seguro. A acção inibitória tem uma finalidade preventiva e não visa dirimir os conflitos suscitados pela efectiva celebração dos contratos que integrem cláusulas contratuais gerais, uma vez que a acção inibitória incide sobre as propostas negociais de adesão e não sobre os contratos singulares em que essas cláusulas contratuais gerais se incluem.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Terceira conclusão: Ainda que, no caso, fosse intentada acção inibitória o Ministério Público não podia deduzir pedido de indemnização atenta a natureza jurídica da acção inibitória. Por outro lado, não existe base legal que permita ao Ministério Público representar o requerente no âmbito da acção declarativa a intentar.

Por tudo o exposto, e uma vez que as cláusulas consideradas nulas nos clausulados constantes dos autos já tinham sido objecto da interposição da respectiva acção inibitória e o novo clausulado apresentado pela seguradora, com excepção da que foi objecto da acção inibitória, não suscitava questões de legalidade, foi o Processo Administrativo em questão arquivado.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

A existência de um contrato de crédito não pressupõe, em qualquer caso, a identificação dos bens ou serviços a adquirir, resultando do artigo 6.º, n.º 3, do D.L. 359/91, de 21-09, que essa identificação só é exigida no caso de o crédito se destinar a financiar a aquisição de bens, ou de serviços, em que o pagamento seja feito em prestações.

Tal contrato está sujeito à forma escrita, nos termos do artigo 6.º do DL 359/91 de 22-12, e deve conter, designadamente, os elementos indicados no n.º 2 desse preceito legal, em especial a TAEG, e as condições de reembolso do crédito.

A falta de indicação desses elementos é, nos termos do artigo 7.º, nºs 1 e 4 do mesmo diploma, causa de nulidade do contrato, que se presume imputável ao credor e só pode ser invocada pelo consumidor, que pode fazer a prova do contrato por qualquer meio.

E se consumidor quiser fazer prevalecer-se do contrato nulo, a situação é regulada nos termos do n.º 6 do mesmo artigo, nos termos do qual a sua obrigação de pagamento fica reduzida ao montante do crédito concedido, sem outros acréscimos, mantendo ainda o direito de realizar o pagamento nas condições acordadas.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 7 de Julho de 2011, Processo n.º 40582/03.3TJLSB.L1-2

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Tendo os funcionário do Banco informado a cliente A., de acordo com as exactas instruções superiores por si recebidas, que a emissão do papel comercial em questão podia ser subscrita com toda a segurança, que o próprio Banco se responsabilizava pelo retorno no prazo do vencimento, garantindo o pagamento do mesmo e o pagamento dos respectivos juros, não comportando, por isso, qualquer risco, que o produto tinha, afinal, o mesmo valor que um depósito a prazo, e que a A. podia pedir o pagamento do capital e do juro que estivesse vencido antecipadamente, pode concluir-se que o Banco se vinculou, perante a A., a co-assumir a obrigação de reembolso do capital subscrito e respectivos juros que sobre a entidade emitente do dito papel comercial recaía, assegurando o pagamento como directo responsável por ela.

Ainda que assim se não entenda, e tendo em conta que o produto financeiro em questão não tinha as reais características descritas, sempre se terá de concluir que o Banco violou de forma grosseira o dever de informação a que estava obrigado, convencendo desse modo a A. a subscrever o papel comercial que, de outro modo, a mesma não subscreveria, o que o torna responsável pelos prejuízos causados à A., quer pela sua actuação na formação do contrato, quer na celebração e execução do mesmo.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 10 de Março de 2015, Processo n.º 153/13.8TVLSB.L1-7

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Crédito ao consumo induzido pelo vendedor

Quando um bem seja vendido a quem sofra de problemas mentais, com recurso à contratação simultânea de um crédito, o mútuo e a respectiva garantia são anuláveis por incapacidade do comprador, sempre que esta seja notória e do conhecimento do vendedor. Nessas circunstâncias é o vendedor quem induz o comprador e o respectivo fiador a concretizarem a compra e a contratação do crédito, levando-os a subscreverem os respectivos contratos sem terem qualquer consciência do seu significado e consequências.

Nos contratos de crédito ao consumo celebrados directamente com o vendedor do bem, este atua em representação do Banco que concede o financiamento. Como tal é na pessoa do representante, o vendedor, que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que possam influir nos efeitos do negócio.

É, assim, irrelevante que o Banco não tenha tido qualquer contacto directo com o comprador e mutuário, nem tido a possibilidade de se aperceber da sua incapacidade. Basta que o vendedor, seu representante, não tenha podido deixar de se aperceber da mesma e, ainda assim, se aproveitado dessa situação para concretizar o negócio.

Acórdão da Relação de Coimbra, de 10 de Setembro de 2013, Processo N.º 4898/06.0TVLSB.C1

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Nos termos do D.L. n.º 67/2003, de 8 de Abril, os meios que o comprador que for consumidor tem ao seu dispor para reagir contra a venda de um objecto defeituoso, não tem qualquer hierarquização ou precedência na sua escolha. Segundo o n.º 5 do artigo 4.º do referido diploma legal, essa escolha está apenas limitada pela impossibilidade do meio ou pela natureza abusiva da escolha nos termos gerais.

Tratando-se de compra e venda de um automóvel novo de gama média/alta que, após várias substituições de embraiagem, de software e de volante do motor, continuava a apresentar defeitos de embraiagem, pode o comprador consumidor recusar nova proposta de substituição da embraiagem – a terceira – e requerer a resolução do contrato, sem incorrer em abuso de direito.

Apurando-se que o veículo vendido, apesar dos defeitos não eliminados, continuou a circular sem limitações na respectiva capacidade de circulação e sem afectar a segurança dos passageiros, percorrendo em três anos e meio, 59 mil quilómetros, a devolução do valor do veículo a efectuar pelo vendedor, em consequência da resolução e como corresponsável da devolução do carro, deve limitar-se ao valor deste, na data do trânsito em julgado.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2015
Processo N.º 1725/12.3TBRG.G1.S1

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Breves referências, ainda, quanto ao relevantíssimo papel que, também aqui, o Ministério Público é chamado a desempenhar, em distintas vertentes :

– a primeira é o da representação de ausentes, incertos ou incapazes (em sede de acção, contestação ou dedução de embargos) – cfr. artigos 21.º, 22.º e 23.º do Código de Processo Civil – (Defesa de interesses individuais. Exemplo: de acordo com a alínea d) do artigo 8.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, *consideram-se excluídas dos contratos singulares as cláusulas contratuais gerais inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes*) – em que o Ministério Público pode assumir a representação em termos de facto e de direito.

Ressalva: Se na defesa de incapazes a defesa poderá ser de facto e de direito (podem, por exemplo, ter sido contactados por um familiar que forneceu factos), na defesa de ausentes ou incertos a defesa, tenderá a ser, apenas, de direito.

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

– a segunda referência que cumpre efectuar reporta-se à acção, que também com incidência nesta temática, o Ministério Público desempenha no foro criminal, designadamente tendo em atenção o regime do **D.L. nº 28/84**, de 20 de Janeiro (diploma que aprova o regime das Infracções Antieconómicas e Contra a Saúde Pública e no qual se colocam também questões directamente relacionadas com a protecção de interesses colectivos dos consumidores, tais como a saúde pública, a genuinidade dos produtos, a lealdade nas vendas, a garantia de abastecimento e a correcção na formação dos preços);

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Ainda ao nível da “intervenção criminal”, importa referir os artigos **270.º** (pesos e medidas falsos), **282.º** (corrupção de substâncias alimentares ou medicinais) e **217.º** (burla), **do Código Penal**, podendo/devendo ser deduzido pedido de indemnização cível no processo penal (ex. burla através de chamadas telefónicas de valor acrescentado), pedido esse que segue os termos da lei civil e desde que se trate de interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos (cfr. artigos 76.º, nº 3, do Código de Processo Penal – norma que expressamente dispõe que “Compete ao Ministério Público formular o pedido de indemnização civil em representação do Estado e de outras pessoas e interesses cuja representação lhe seja atribuída por lei” – artigos 23.º e 24.º do Código de Processo Civil, artigos 12.º, 13.º, alínea c), e 20.º, da Lei nº 24/96).

O Ministério Público e a defesa do Consumidor

Refira-se, ainda, que, na sequência da Circular n.º 3/94, a Procuradoria-Geral da República editou, entre Março de 1994 e Outubro de 2001 e num total de 21 números, o *Boletim de Interesses Difusos*, sendo que, actualmente se encontra disponível no SIMP Temáticos uma área de grande utilidade prática, intitulada *Interesses Difusos e Colectivos*.

Finalmente, não posso deixar de referir o relevantíssimo papel que, também nesta área, o Ministério Público pode/deve desempenhar nas tantas vezes “malqueridas” (porque frequentemente sentidas como *incómodas...*) funções de atendimento ao público!

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
 Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Direito do Consumidor
 Jorge Dias Duarte, Procurador da República da Secção de Família e Menores da Comarca Centro de Estudos Judiciários - Auditório
 Por... 03.07.2015 15:15

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
 Jorge Dias Duarte

FCT
 Produção para a Ciência e a Tecnologia
 Instituto Nacional de Estatística

FCCN
 Centro de Estudos Judiciários

www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/ey659g2d5/flash.html?locale=pt>

2.

A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais

Margarida Paz



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS ¹

Margarida Paz*

1. Introdução
 2. Definição e âmbito dos serviços públicos essenciais
 3. Os princípios que norteiam os serviços públicos essenciais
 4. O serviço de comunicações electrónicas
 5. A prescrição relativa aos serviços telefónicos
 - 5.1. A versão originária da Lei n.º 23/96
 - 5.2. A Lei n.º 5/2004 (LCE)
 - 5.3. A Lei n.º 12/2008 (primeira alteração à Lei n.º 23/96)
 6. A cláusula penal relativa ao incumprimento do contrato de serviços de telecomunicações
 7. Os juros
 8. A caducidade prevista no artigo 10.º, n.º 4, da Lei n.º 23/96
 9. Conclusões
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

1. Introdução

A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, criou no ordenamento jurídico mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais.

A Lei n.º 23/96 foi alterada pelas Leis n.ºs 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

O presente texto, analisando o âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96, assim como os seus princípios estruturantes, versa essencialmente, numa perspetiva prática, sobre a prescrição e caducidade (previstas no artigo 10.º da Lei n.º 23/96) do serviço de telecomunicações.

2. Definição e âmbito dos serviços públicos essenciais

O n.º 1 do artigo 1.º, relativo ao objeto e âmbito da Lei n.º 23/96, refere que a “lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente”.

Não definindo *serviços públicos essenciais*, a lei limita-se, no n.º 2 do artigo 1.º, a elencá-los. Assim, os serviços públicos abrangidos são:

¹ O presente texto corresponde à apresentação realizada no auditório do Montepio Geral, no dia 22 de janeiro de 2016, na ação de formação “Temas de Direito Civil e Processual Civil” do Centro de Estudos Judiciários, no âmbito do Plano de Formação Contínua 2015/2016, devidamente atualizado.

* Procuradora da República e Docente do Centro de Estudos Judiciários.

- a) Serviço de fornecimento de água;
- b) Serviço de fornecimento de energia elétrica;
- c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;
- d) Serviço de comunicações eletrónicas²;
- e) Serviços postais;
- f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais; e
- g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

Numa tentativa de aproximação à definição de *serviços públicos essenciais*, podemos afirmar que são serviços considerados imprescindíveis na vida dos cidadãos, independentemente de serem fornecidos, ou não, por uma entidade pública³.

Na verdade, o n.º 4 do artigo 1.º define como *prestador dos serviços* abrangidos pela lei toda a entidade pública ou *privada* que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão⁴.

Assim, *serviço público essencial* não se confunde com “serviço de interesse geral”, nem com “serviço de interesse económico geral”, ambos de matriz europeia, embora deles se aproxime, pois é inegável a tangência dos três conceitos⁵.

Nos termos e para os efeitos da Lei n.º 23/96, considera-se *utente* a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo (n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 23/96).

² Na redação originária da Lei n.º 23/96, a alínea d) dizia: “Serviço de telefone”. A atual redação foi introduzida pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro.

³ No mesmo sentido, cfr. FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*, Lisboa: Almedina, 2012, p. 71. JORGE MORAIS CARVALHO refere que “[o] requisito de essencialidade remete, principalmente, para a sua relevância na vida dos cidadãos” (*Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 320).

⁴ A este respeito, vide o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.11.2015 [Processo n.º 87/15.1YRCBR; *CJ* n.º 266, ano XL, tomo V/2015, pp. 19-22; e www.dgsi.pt], com o seguinte sumário: “1. A Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96 de 26/7) não é aplicável somente à fase do fornecimento de tais serviços e que pressupõe a prévia celebração de um contrato formal entre a concessionária e o utilizador de tais serviços, mas a toda a relação que se estabelece entre ambos, abrangendo a fase pré-contratual e os serviços prestados pela concessionária com vista ao estabelecimento das condições necessárias à celebração do contrato de fornecimento e à disponibilização de um sistema de abastecimento. 2. O litígio entre a concessionária e o proprietário de um imóvel, referente ao pagamento de uma obrigação pecuniária decorrente da instalação de um ramal de ligação à rede pública, é um litígio de consumo no âmbito de um serviço público essencial, podendo ser sujeito a arbitragem necessária, ao abrigo do disposto no artigo 15.º da LSPE”.

⁵ Para melhor desenvolvimento dos três conceitos, cfr. FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 13-15; e ELIONORA CARDOSO, *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52.

3. Os princípios que norteiam os serviços públicos essenciais

Antes de enunciar os princípios orientadores dos serviços públicos essenciais, a Lei n.º 23/96 consagra, no artigo 2.º, o *direito de participação* quanto aos atos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos.

Na verdade, as organizações representativas dos utentes têm o direito de ser consultadas quanto aos atos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais atos de natureza genérica que venham a ser celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias e as entidades concessionárias (n.º 1).

Para esse efeito, estatuí o n.º 2 do artigo 1.º, as entidades públicas que representem o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias nos atos referidos no número anterior devem comunicar atempadamente às organizações representativas dos utentes os respetivos projetos e propostas, de forma que aquelas se possam pronunciar sobre estes no prazo que lhes for fixado e que não será inferior a 15 dias.

Por fim, o n.º 3 do mesmo artigo 1.º refere que as organizações referidas no n.º 1 têm ainda o direito de ser ouvidas relativamente à definição das grandes opções estratégicas das empresas concessionárias do serviço público, nos termos referidos no n.º 2, desde que este serviço seja prestado em regime de monopólio.

Relativamente aos princípios que regem os serviços públicos essenciais, a Lei n.º 23/96 elenca-os nos artigos 3.º a 9.º.

Logo no artigo 3.º é enunciado o princípio geral de *boa fé* que enquadra a contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais.

Na verdade, *o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger.*

Em primeiro lugar, a atuação do prestador do serviço deve pautar-se de acordo com os ditames da boa fé, numa clara emanção do princípio geral da boa fé que deve presidir nos contratos privados, como disso são exemplo as disposições legais constantes do Código Civil (CC) referentes à boa fé, designadamente, entre outros, os artigos 227.º, 334.º, 437.º e 762.º.

Porém, a norma legal em causa postula igualmente que o prestador de serviços deve atuar em conformidade com os ditames que decorram da *natureza pública* do serviço.

Na verdade, não são meros contratos privados que estão em causa, uma vez que a regulamentação autónoma dos serviços públicos essenciais justifica-se pela existência de

serviços imprescindíveis para o utente, em regra, *consumidor*⁶, na definição constante do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor (LDC)⁷.

Entendemos que a referência, na parte final do artigo 3.º, à *importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger* está relacionada com a proteção devida ao contraente mais débil do contrato, mas está intimamente ligada com a natureza pública do serviço.

Com efeito, a natureza pública do serviço obriga à observância dos princípios subjacentes à prossecução dos interesses públicos relacionados com os serviços em questão.

Neste sentido, FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA consideram que os deveres públicos que devem ser respeitados pelo prestador de serviços são: universalidade, igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade e segurança, e transparência⁸.

Defendemos que a proteção devida ao utente dos serviços públicos essenciais é particularmente ampliada, pois decorre, por um lado, de todo o acervo legislativo atinente à proteção do consumidor, *maxime* a LDC⁹, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais¹⁰, o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais¹¹, o regime jurídico dos contratos celebrados à distância¹², o direito de participação procedimental e de ação popular¹³ e o Código da Publicidade¹⁴, entre outros. Por outro, o utente beneficia ainda do regime de proteção conferido pela Lei n.º 23/96, dada a natureza *imprescindível* dos serviços que lhe são prestados¹⁵.

Na sequência do ditame geral da boa fé, que deve reger todo o comportamento contratual do prestador do serviço, os artigos 4.º a 9.º concretizam, nas várias vertentes, a regra geral contida no artigo 3.º.

⁶ Considera-se *consumidor* todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios. No mesmo sentido, vide ELIONORA CARDOSO, *Os serviços públicos essenciais...*, cit., pp. 30-31.

⁷ Aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com as seguintes alterações: Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro; Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro; Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril; Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro; e Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

⁸ *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 72-75.

⁹ Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, “O serviço público essencial de telefone móvel – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2010, de 3.12.2009, Proc. 216/09”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 34, abril/junho 2011, p. 45.

¹⁰ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e alterada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

¹¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro.

¹² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, e alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

¹³ Aprovado pela Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, retificado pela Declaração de Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

¹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 74/93, de 10 de março, 6/95, de 17 de janeiro, e 61/97, de 25 de março, pela Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho, pelos Decretos-Leis n.ºs 275/98, de 9 de setembro, 51/2001, de 15 de fevereiro, e 332/2001, de 24 de dezembro, pela Lei n.º 32/2003, de 22 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 224/2004, de 4 de dezembro, pela Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril.

¹⁵ Porém, importa ter presente, como bem salienta JORGE MORAIS CARVALHO, que relativamente ao âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96 “não estão em causa apenas contratos de consumo” (“O serviço público essencial de telefone móvel...”, cit., p. 45).

Assim, o artigo 4.º, relativo ao *dever de informação*, impõe ao prestador do serviço o dever de informar, de forma clara e conveniente, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido, devendo prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias (n.º 1).

Por outro lado, o prestador do serviço informa diretamente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis pelos serviços prestados, disponibilizando-lhes informação clara e completa sobre essas tarifas (n.º 2).

Por fim, o n.º 3 obriga os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas a informar regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à Internet e à televisão por cabo.

O artigo 5.º ocupa-se da *suspensão do fornecimento do serviço público*, proibindo a suspensão sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior (n.º 1), num claro afloramento do *princípio da continuidade*¹⁶.

Porém, em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só pode ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar (n.º 2).

Nesta advertência, para além de justificar o motivo da suspensão, o utente deve ser informado dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

De acordo com o n.º 4, a prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma fatura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis¹⁷.

O Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de junho¹⁸, estabelece a proibição de exigência de *caução*¹⁹ para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do fornecimento dos serviços públicos

¹⁶ FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 88.

¹⁷ Um exemplo de *serviço funcionalmente indissociável* corresponde ao serviço de fornecimento de água e de tratamento de águas residuais, “uma vez que a taxa de tratamento de águas residuais varia em função do consumo de água efectuado” (FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 103).

¹⁸ O Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de junho foi alterado pelos seguintes diplomas legais: Decreto-Lei n.º 100/2007, de 2 de abril, Decreto-Lei n.º 2/2015, de 6 de janeiro, e Decreto-Lei n.º 7/2016, de 22 de fevereiro.

¹⁹ Relativamente às *cauções*, importa ter presente os seguintes Despachos: Despacho n.º 18.578/2007, de 6 de julho de 2007, do Instituto Regulador de Águas e Resíduos (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 159, de 20 de agosto de 2007), que fixa os prazos e as condições referentes à lista dos consumidores do serviço de fornecimento de água a quem a caução não foi restituída; Despacho n.º 18.837/2007, de 12 de julho de 2007, da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 161, de 22 de agosto de 2007), que aprova o prazo e as condições para a elaboração da lista de consumidores a quem não foi restituída a caução prestada aos prestadores dos serviços de fornecimento de energia elétrica e de gás natural; e Despacho n.º 32.515/2008, de 12 de dezembro de 2008, da Direção-Geral de Energia e Geologia (publicado no Diário da

essenciais previstos na Lei n.º 23/96, exceto nas situações de restabelecimento do serviço na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor.

Quanto à suspensão de serviços de comunicações eletrónicas prestados a *consumidores*, o n.º 5 do artigo 5.º remete para a Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE)²⁰, nomeadamente para o artigo 52.º-A²¹, o qual tem a seguinte redação:

1 – Quando esteja em causa a prestação de serviços a assinantes que sejam consumidores, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público devem, na falta de pagamento dos valores constantes da fatura, emitir um pré-aviso ao consumidor, concedendo-lhe um prazo adicional para pagamento, de 30 dias, sob pena de suspensão do serviço e de, eventualmente, haver lugar à resolução automática do contrato, nos termos do n.ºs 3 e 7, respetivamente.

2 – O pré-aviso a que se refere o número anterior é comunicado por escrito ao consumidor no prazo de 10 dias após a data de vencimento da fatura, devendo indicar especificamente a consequência do não pagamento, nomeadamente a suspensão do serviço e a resolução automática do contrato, e informá-lo dos meios ao seu dispor para as evitar.

3 – As empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público devem obrigatoriamente, no prazo de 10 dias após o fim do prazo adicional previsto no n.º 1, suspender o serviço, por um período de 30 dias, sempre que, decorrido aquele prazo, o consumidor não tenha procedido ao pagamento ou não tenha celebrado com a empresa qualquer acordo de pagamento por escrito com vista à regularização dos valores em dívida.

4 – A suspensão do serviço não tem lugar nas situações em que os valores da fatura sejam objeto de reclamação por escrito junto da empresa, com fundamento na inexistência ou na inexigibilidade da dívida, até à data em que deverá ter início a suspensão.

5 – À suspensão prevista no presente artigo é aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo anterior.

6 – O consumidor pode fazer cessar a suspensão, procedendo ao pagamento dos valores em dívida ou à celebração de um acordo de pagamento por escrito com a

República, 2.ª série, n.º 246, de 22 de dezembro de 2008), que aprova o plano de devolução das cauções prestadas pelos consumidores às entidades distribuidoras e comercializadoras de gases de petróleo liquefeitos canalizados.

²⁰ Aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, retificada pela Declaração de Retificação n.º 32-A/2004, de 10 de abril, e alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n.º 35/2008, de 28 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro, pelas Lei n.ºs 46/2011, de 24 de junho, 51/2011, de 13 de setembro, 10/2013, de 28 de janeiro, 42/2013, de 3 de julho, 82-B/2014, de 31 de dezembro, 127/2015, de 3 de setembro, 15/2016, de 17 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de julho.

²¹ O artigo 52.º-A da LCE foi aditado pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

empresa que oferece redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, casos em que esta deve repor a prestação do serviço imediatamente ou, quando tal não seja tecnicamente possível, no prazo de cinco dias úteis a contar da data do pagamento ou da celebração do acordo de pagamento, consoante aplicável.

7 – 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.

8 – A resolução prevista no número anterior não prejudica a cobrança de uma contrapartida a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização, nos termos e com os limites do disposto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de junho.

9 – A falta de pagamento de qualquer das prestações acordadas no acordo de pagamento importa obrigatoriamente a resolução do contrato, mediante pré-aviso escrito ao consumidor com a antecedência prevista no n.º 5 do artigo 52.º, aplicando-se o disposto no número anterior.

10 – O incumprimento do disposto no presente artigo por parte da empresa que oferece redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, nomeadamente a continuação da prestação do serviço em violação do disposto no n.º 3 ou a emissão de faturas após o momento em que a prestação do serviço deve ser suspensa, determina a não exigibilidade, ao consumidor, das contraprestações devidas pela prestação do serviço e a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito.

11 – O disposto no número anterior não é aplicável à emissão de faturas após a suspensão da prestação do serviço que respeitem a serviços efetivamente prestados em momento anterior à suspensão ou às contrapartidas legalmente previstas em caso de resolução antecipada do contrato.

12 – Aplica-se à suspensão do serviço por motivos não relacionados com o não pagamento de faturas o disposto no n.º 1 do artigo 52.º.”

Por sua vez, o artigo 6.º regula o *direito a quitação parcial*, referindo que não pode ser recusado o pagamento de um serviço público, ainda que faturado juntamente com outros, tendo o utente direito a que lhe seja dada quitação daquele, salvo o disposto na parte final do n.º 4 do artigo 5.º (serviços funcionalmente indissociáveis).

O artigo 7.º ocupa-se dos *padrões de qualidade*, estabelecendo que a prestação de qualquer serviço deverá obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de

satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões.

Neste particular, importa mencionar o artigo 4.º da LDC, referente ao direito à qualidade dos bens e serviços, estatuidando que *os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.*

O artigo 8.º, atinente aos *consumos mínimos e contadores*, proíbe no n.º 1 a imposição e a cobrança de consumos mínimos.

O n.º 2 do artigo 8.º, aditado pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, proíbe a cobrança aos utentes de:

- a) Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspeção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados;
- b) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada;
- c) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência direta com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efetivamente incorra, com exceção da contribuição para o audiovisual;
- d) Qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, exceto quando expressamente solicitada pelo consumidor.

Não constituem consumos mínimos, de acordo com o n.º 3, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável.

Por fim, o artigo 9.º, relativo à *faturação*, consagra, no n.º 1, o direito do utente a fatura que especifique devidamente os valores que apresenta²².

Por sua vez, o n.º 2 refere que a fatura deve ter uma periodicidade mensal, devendo discriminar os serviços prestados e as correspondentes tarifas.

²² O artigo 787.º do CC, relativo ao *direito à quitação*, estabelece que:

1. Quem cumpre a obrigação tem o direito de exigir quitação daquele a quem a prestação é feita, devendo a quitação constar de documento autêntico ou autenticado ou ser provida de reconhecimento notarial, se aquele que cumpriu tiver nisso interesse legítimo.
2. O autor do cumprimento pode recusar a prestação enquanto a quitação não for dada, assim como pode exigir a quitação depois do cumprimento.

No caso do serviço de comunicações eletrónicas, e a pedido do interessado, a fatura deve traduzir com o maior pormenor possível os serviços prestados, sem prejuízo do legalmente estabelecido em matéria de salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações (n.º 3).

O n.º 4 ocupa-se do serviço de fornecimento de energia elétrica, devendo a fatura discriminar, individualmente, o montante referente aos bens fornecidos ou serviços prestados, bem como cada custo referente a medidas de política energética, de sustentabilidade ou de interesse económico geral (geralmente denominado de custo de interesse económico geral), e outras taxas e contribuições previstas na lei.

Por fim, o n.º 5 do artigo 9.º estipula que a discriminação da fatura relativa ao serviço de fornecimento de energia elétrica, prevista no n.º 4, não poderá constituir um acréscimo do valor da fatura.

4. O serviço de comunicações eletrónicas

A alínea *d)* do n.º 2 do artigo 2.º inclui o *serviço de comunicações eletrónicas* como serviço público essencial.

Por outro lado, existem algumas regras específicas na Lei n.º 23/96 atinentes ao serviço de comunicações eletrónicas, nomeadamente nos artigos 4.º, n.º 3, e 9.º, n.º 3.

Já tivemos oportunidade de referir que na redação originária da Lei n.º 23/96, anterior à Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, constava “serviço de telefone” na alínea *d)*.

Nos termos da alínea *ff)* do artigo 3.º da LCE, “serviço de comunicações eletrónicas” é o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo diploma legal.

Verifica-se, assim, que o conceito de serviço de comunicações eletrónicas é mais amplo do que o conceito de serviço de telefone²³, mas este conceito está englobado naquele. Aliás, a alínea *ii)* do artigo 3.º da LCE vem definir “serviço telefónico acessível ao público” como o serviço ao dispor do público que permite fazer e receber, direta ou indiretamente, chamadas nacionais ou internacionais e internacionais através de um número ou de números incluídos num plano nacional ou internacional de numeração.

²³ No serviço de comunicações eletrónicas cabem igualmente os serviços de televisão por cabo e de internet, para além de outros (FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 38).

Não há, pois, qualquer dúvida que no conceito de serviço de comunicações eletrónicas se inclui o serviço de telefone, incluindo o telefone móvel²⁴.

Com efeito, no âmbito da redação primitiva da Lei n.º 23/96 gerou-se uma controvérsia jurisprudencial no sentido de saber se o conceito de “serviço de telefone” abrangia, para além do serviço telefónico *fixo*, o serviço de telefone *móvel*.

Não entrando em profundidade na discussão gerada por esta questão²⁵, sobretudo por estar ultrapassada, diremos apenas que concordamos inteiramente com JOÃO CALVÃO DA SILVA quando afirma que “básico, fundamental e essencial para os utentes em geral é o serviço de telefone, independentemente da rede (fixa ou móvel) que o suporte e transporte, melhor, *independentemente do sistema (fixo ou móvel) de acesso* de assinante, pelo que não faria sentido deixar o telemóvel fora do âmbito (ditado pelo fim de protecção) da lei n.º 23/96”²⁶.

No mesmo sentido se pronunciou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 04.10.2007²⁷, referindo que a “satisfação das necessidades básicas e de interesse geral que o telefone prossegue, é alcançada quer pelo serviço fixo, quer pelo serviço móvel, pelo que este deverá ser igualmente considerado um serviço de telecomunicações de uso público, estando os respectivos serviços sob a alçada da protecção da Lei n.º 23/96, de 26.07”.

Por sua vez, o acórdão do TRL de 20.05.2008²⁸ referiu que “[n]a Proposta de Lei que antecedeu a Lei 23/96, de 26/7, constava a expressão «serviço de telefone fixo», precisamente alterada para nela se poder incluir também o serviço telefónico móvel. Ora, o legislador reflectiu na dualidade da situação e perante eventual opção, veio a considerar deliberadamente alteração da Proposta da Lei nesse domínio, passando a incluir no quadro das matérias abrangidas o serviço telefónico móvel”.

Por fim, fazendo já a contraposição com a primeira alteração legislativa da Lei n.º 23/96 (operada pela Lei n.º 12/2008, de 28.02), o acórdão do TRL de 21.04.2009²⁹ menciona que “[e]stando em causa a prestação de um serviço de telecomunicações de uso público, não faz sentido restringir o âmbito de aplicação da Lei 23/96 de 26/7 ao serviço fixo de telefone, devendo ser abrangido o serviço móvel de telefone. Aliás, a nova redacção da alínea d) do art. 1.º da Lei 23/96 introduzida pela Lei 12/2008 de 26/2 contempla o serviço de comunicações electrónicas e este, face ao disposto no art. 3.º al cc) e x) da Lei 5/2004 de 10/2 (Lei das Comunicações Electrónicas), inclui o serviço de telefone (fixo ou móvel)”.

²⁴ No mesmo sentido, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, “O serviço público essencial de telefone móvel...”, cit., p. 47. FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 35 e pp. 37-38. Ver ainda a referência, n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 23/96, às redes fixa e móvel.

²⁵ Vide FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 28-32, quanto aos exatos termos da controvérsia.

²⁶ “Aplicação da Lei n.º 23/96 ao serviço móvel de telefone e natureza extintiva da prescrição referida no art. 10.º”, *RLJ*, n.ºs 3901-3902, ano 132, agosto/setembro 1999, p. 143.

²⁷ Processo n.º 5643/2007-2; www.dgsi.pt.

²⁸ Processo n.º 2023/2008-7; www.dgsi.pt.

²⁹ Processo n.º 6315/06.7THLSB.L1-1; www.dgsi.pt.

Por outro lado, a LCE, na versão originária da Lei n.º 5/2004, veio excluir, no artigo 127.º, n.º 2, o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96.

Na verdade, a redação do artigo 127.º, n.º 2, anterior à Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro (que entretanto revogou este n.º 2), era a seguinte: “O serviço de telefone é excluído do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho”.

Suscitou-se a questão de saber se tal norma de exclusão do serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96 tinha ou não carácter retroativo, isto é, se a sua natureza era interpretativa.

O já referido acórdão do TRL de 20.05.2008 entendeu que a “Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, que no seu artigo 127º, nº 2, exclui o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, não tem aplicação retroactiva, em conformidade com o disposto no art. 12, nº 1, do Código Civil”³⁰.

No mesmo sentido, FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA entendem que esta exclusão não teve efeitos retroativos, “não existindo qualquer fundamento para lhe atribuir natureza interpretativa”³¹.

5. A prescrição relativa aos serviços telefónicos

A prescrição no âmbito da Lei n.º 23/96, em especial a atinente aos serviços telefónicos, é revestida de alguma complexidade, não apenas devido ao teor da lei, mas em virtude de entretanto terem entrado em vigor outros diplomas legais interligados com esta lei, nomeadamente a LCE. Por esse motivo, várias foram as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que surgiram em torno da prescrição dos serviços de telecomunicações. Desde logo, é possível estabelecer três períodos temporais relativamente aos prazos de prescrição no âmbito dos serviços telefónicos, nos seguintes termos, adiante melhor desenvolvidos:

1.º Momento: prazo de seis meses (de 26.10.1996 a 10.02.2004);

2.º Momento: prazo de cinco anos (de 11.02.2004 a 25.05.2008);

3.º Momento: prazo de seis meses (de 26.05.2008 em diante)³².

³⁰ No mesmo sentido, vide os acórdãos, ambos do TRL, de 12.03.2009 (Processo n.º 9022/2008-1; www.dgsi.pt) e de 21.04.2009 (acima referido).

³¹ *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 34.

³² No mesmo sentido, FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 39. Cfr. ainda o acórdão do TRL de 28.10.2010, que decidiu no seguinte sentido: “1 - Aos créditos resultantes de serviços telefónicos móveis prestados antes da entrada em vigor da Lei n.º 5/2004 (11/2/2004) é aplicável o prazo prescricional de seis meses após a sua prestação, previsto nos arts. 9º, n.º 4, do DL n.º 381-A/97, de 30/12 e 10º, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26/7. 2 - Aos serviços telefónicos prestados entre 11.2.2004 (data da entrada em vigor da Lei n.º 5/2004) e 26.5.2008 (data da entrada em vigor da Lei n.º 12/2008), como é o caso dos autos, aplica-se o prazo

5.1. A versão originária da Lei n.º 23/96

O n.º 1 do artigo 10.º da versão originária da Lei n.º 23/96 tinha a seguinte redação: “O direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação”.

A Lei n.º 23/96, publicada em 26 de julho, entrou em vigor no dia 26 de outubro de 1996, nos termos do artigo 14.º³³.

Por outro lado, importa ainda ter presente o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de dezembro, entretanto revogado nos termos adiante melhor explicitados. Este diploma legal regulava o regime de acesso à atividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviço de telecomunicações de uso público.

O n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97 estabelecia que: “O direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação”. Por sua vez o n.º 5 do artigo 9.º do mesmo diploma legal estabelecia que “para os efeitos do número anterior, tem-se por exigido o pagamento com a apresentação de cada factura”.

Assim, de acordo com o disposto nas disposições conjugadas do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 e do artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 381-A/97, o *direito de exigir o pagamento do serviço prestado prescrevia no prazo de seis meses após a sua prestação*, sendo certo que a interpelação ocorria com o envio da fatura³⁴.

Entretanto, o acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) n.º 1/2010³⁵ veio estabelecer definitivamente que *nos termos do disposto na redação originária do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, e no n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação*³⁶.

Concordando inteiramente com JOÃO CALVÃO DA SILVA, o fundamento para um prazo tão curto de prescrição “é de ordem pública, da chamada *ordem pública de protecção* ou *ordem pública social*, própria da reluzente temática da tutela do consumidor, tirado da *necessidade de*

prescricional de cinco anos decorrente do art. 310, al. g) do Cód. Civil. 3 - Aos serviços telefónicos prestados após 26/5/2008, data da entrada em vigor da Lei n.º 12/2008, aplica-se o prazo de seis meses após a sua prestação” (Processo n.º 387822/08.0YIPRT-8; www.dgsi.pt).

³³ O artigo 14.º, na versão primitiva, tinha a seguinte redação: “O presente diploma entra em vigor 90 dias após a sua publicação, com excepção do disposto nos artigos 5.º, n.º 5, e 13.º, n.º 2.º.”.

³⁴ Neste sentido, FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 190.

³⁵ Publicado no Diário da República, I Série, de 21.01.2010.

³⁶ JORGE MORAIS CARVALHO considera que o regime fixado no Decreto-Lei n.º 381-A/97 é especial em relação ao fixado no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, não se confundindo com este. Assim, entende que “[f]ace ao DL n.º 381-A/97, o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado só prescrevia se a factura não fosse apresentada dentro desse prazo” (“O serviço público essencial de telefone móvel...”, cit., p. 50).

*prevenir a acumulação de dívidas, que o utente pode (deve) pagar periodicamente mas encontrará dificuldades em solver se excessivamente agregadas*³⁷.

Este prazo de prescrição de seis meses decorreu no período compreendido entre 26 de outubro de 1996 e 10 de fevereiro de 2004, pois em 11 de fevereiro de 2004 entrou em vigor a LCE.

Importa ainda referir a polémica surgida em torno do tipo de prescrição estabelecida no n.º 1 do artigo 10.º: se constituía uma prescrição *extintiva* ou uma prescrição *presuntiva*, assim como saber se a prescrição em causa se reportava ao direito a exigir judicialmente o pagamento do preço ou, pelo contrário, era relativo ao prazo para apresentar a fatura.

Referindo sucintamente os argumentos das várias teses³⁸, os defensores da *prescrição presuntiva* consideravam que “o direito de exigir o pagamento” previsto no n.º 1 do artigo 10.º era relativo apenas ao prazo para a apresentação da fatura, que tinha de ocorrer seis meses após a prestação do serviço. Se no prazo de seis meses após a prestação do serviço não fosse enviada a fatura, ocorria a prescrição presuntiva³⁹. Se a fatura fosse enviada naquele prazo, “o direito de exigir o pagamento tinha sido tempestivamente exercido, passando a prescrição a ser a prescrição extintiva de cinco anos prevista no CC”⁴⁰. Segundo esta tese, a fatura constituía, não apenas a função de interpelar o devedor, mas desempenhava a função de liquidação do preço⁴¹.

Defendendo que “o direito de exigir o pagamento” era relativo à apresentação da fatura (e não ao direito a exigir judicialmente o pagamento do preço), uma segunda tese considerava, em dissonância à primeira tese acima referida, que a prescrição prevista no n.º 1 do artigo 10.º não era presuntiva, mas sim extintiva. Assim, o acórdão do STJ de 24.05.2007⁴² decidiu que:

“I – A prescrição a que se refere o n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26-07, tem natureza extintiva.

II – A prescrição do direito de exigir o pagamento do preço respeitante ao fornecimento de energia eléctrica, referida naquele indicado normativo, reporta-se ao prazo limite conferido ao prestador do serviço, para proceder ao envio ao respectivo utente da competente factura.

³⁷ “Aplicação da Lei n.º 23/96...”, cit., p. 154. Vide ainda ELIONORA CARDOSO, *Os serviços públicos essenciais...*, cit., p. 112.

³⁸ Para maior desenvolvimento, vide FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 190-194.

³⁹ Nos termos do artigo 312.º do CC, a prescrição presuntiva funda-se na presunção de cumprimento. Assim, de acordo com o n.º 1 do artigo 313.º do CC, a presunção de cumprimento pelo decurso do prazo só pode ser ilidida por confissão do devedor originário ou daquele a quem a dívida tiver sido transmitida por sucessão. A prescrição presuntiva tem carácter excepcional.

⁴⁰ FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 191-192.

⁴¹ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Prescrição de Créditos das Entidades Prestadoras de Serviços Públicos Essenciais”, *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 328-330. Na jurisprudência, vide, por todos, o acórdão do TRP de 31.03.2008 (Processo n.º 0850545; www.dgsi.pt).

⁴² Processo n.º 07A716; www.dgsi.pt.

III – No caso de tal facturação não ser recepcionada no decurso do indicado prazo, o utente goza da faculdade de invocar a prescrição extintiva do crédito do prestador.

IV – Em caso de atempado envio da referida factura, inicia-se, a partir do incumprimento do pagamento da mesma constante, o decurso do prazo quinquenal a que alude a al. g) do art. 310.º do CC”.

Por fim, pela tese da *prescrição extintiva*, à qual aderimos, o prazo previsto no artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 constitui um prazo de prescrição extintiva (liberatória). Isto significa que o prestador do serviço de telecomunicações só pode exigir judicialmente o pagamento do preço nos seis meses após a prestação do serviço. Importa realçar que o início do prazo ocorre com a prestação do serviço e não com o envio da fatura, cujo escopo é a interpelação do devedor. “Deste modo, o prazo semestral a que se referia o n.º 1 do art. 10.º dizia respeito não apenas à apresentação da factura mas também à invocação do direito em juízo, sob pena de extinção do mesmo”⁴³. Com a apresentação da fatura não ocorria a interrupção da prescrição, nos termos do n.º 1 do artigo 323.º do CC⁴⁴.

Neste sentido ver, entre muitos outros, os seguintes acórdãos: STJ de 06.11.2002⁴⁵, TRL de 20.01.2009⁴⁶, TRL de 12.03.2009⁴⁷, acima mencionado, e TRL de 25.09.2008⁴⁸.

⁴³ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Aplicação da Lei n.º 23/96...”, cit., pp. 152-157. Vide FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 190.

⁴⁴ Uma última tese, que não vingou nos tribunais, considerava que a fatura interrompia a prescrição, distinguindo dois momentos distintos: um prazo inicial de seis meses para a apresentação da fatura, a qual, uma vez enviada ao utente, fazia interromper o prazo prescricional. Após, iniciava-se novo prazo de seis meses de prescrição, desta vez para exigir judicialmente o pagamento do preço (FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 193-194).

⁴⁵ Processo n.º 03B1032; www.dgsi.pt.

⁴⁶ Processo n.º 10791/2008-7; www.dgsi.pt.

⁴⁷ Neste acórdão foi decidido que: “A finalidade da Lei n.º 23/96, de 26/07, indicada no seu artigo 1º, n.º 1, é a de proteger o utente ou utilizador de qualquer dos bens ou serviços públicos nela enumerados. Com a entrada em vigor dessa Lei, os créditos provenientes da prestação de serviços públicos essenciais, como é o serviço de telefone (artigo 1º, n.º 2, alínea d)), passaram a prescrever no prazo de 6 meses após a sua prestação - cfr. artigo 10º, n.º 1. 2. Estabelecido que «o direito de exigir o pagamento do preço prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação», os próprios termos literais desse normativo inculcam que o crédito e respectiva obrigação se extinguem; e constituindo a prescrição extintiva a regra e a presuntiva a excepção, esta só funciona nos casos expressamente previstos, o que não é o caso daquele artigo 10º. 3. Atenta, ainda, a finalidade da Lei referida, tem-se concluído que no seu artigo 10º, n.º 1, se consagrou uma prescrição extintiva ou liberatória, e não meramente presuntiva. 4. O envio da factura ao consumidor funciona, quanto muito, como interpelação para pagamento e, consoante artigo 805º, n.º 1 do Código Civil, constituirá o devedor em mora, mas não importa ou determina a interrupção do prazo prescricional. 5. Deve prevalecer o regime especialmente previsto para a prestação de serviços de telecomunicações ou para o serviço de telefone e deve considerar-se que o direito ao pagamento do preço se extingue, por prescrição, seis meses após a prestação de cada serviço prestado. 6. A apresentação da factura valerá como interpelação para pagar, significando que o devedor se constitui em mora se não cumprir após o fim do prazo indicado na factura; não marca, todavia, o início da contagem do prazo de prescrição, que começa com a realização da prestação correspondente ao preço pedido. 7. O prazo prescricional inicia-se após a prestação mensal do serviço, sem que a apresentação da factura tenha efeito interruptivo do mesmo e sendo inaplicáveis os prazos de prescrição previstos no Código Civil, sob pena de se sujeitar o utente a um prazo prescricional, no mínimo de cinco anos e seis meses (seis meses para o envio da factura mais cinco anos para a prescrição extintiva). 8. O direito ao pagamento do preço do serviço de telefone fixo extingue-se, por prescrição, seis meses após a prestação de cada serviço prestado, desde que seja apresentada a correspondente factura, sem que, porém, a apresentação da factura marque o início da contagem do prazo de prescrição - que começa com a realização da prestação correspondente ao preço pedido - valendo apenas como interpelação para pagar, isto é, significando somente que o devedor se constitui em mora se não cumprir após o fim do prazo indicado na factura”.

⁴⁸ Processo n.º 6207/2008-2; www.dgsi.pt.

5.2. A Lei n.º 5/2004 (LCE)

A LCE, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, entrou em vigor no dia 11 de fevereiro de 2004, nos termos do artigo 128.º⁴⁹.

Já referimos anteriormente que o n.º 2 do artigo 127.º, na redação originária da Lei n.º 5/2004, exclui o serviço telefónico do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96.

Por sua vez, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 127.º revogou o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de dezembro.

Assim, excluído o serviço de telecomunicações do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96, deixa de ser aplicável a este serviço o prazo de prescrição de seis meses previsto no n.º 1 do artigo 10.º deste diploma legal.

Consequentemente, o prazo de prescrição para exigir o pagamento do preço pelo serviço de telecomunicações volta a ser de cinco anos, nos termos da alínea *g*) do artigo 310.º do CC⁵⁰, como sucedia antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/96.

Como acima mencionado, entendemos que a Lei n.º 5/2004 não teve natureza interpretativa, pelo que a não aplicação da Lei n.º 23/96 aos serviços telefónicos não teve efeitos retroativos. Este prazo de prescrição de cinco anos decorreu no período compreendido entre 11 de fevereiro de 2004 e 25 de maio de 2008, data da entrada em vigor da Lei n.º 12/2008, diploma que alterou, pela primeira vez, a Lei n.º 23/96⁵¹.

5.3. A Lei n.º 12/2008 (primeira alteração à Lei n.º 23/96)

Entretanto, em 26 de fevereiro de 2008 foi publicada a Lei n.º 12/2008, primeiro diploma legal a alterar a Lei n.º 23/96.

No que concerne aos serviços de telecomunicações, duas alterações significativas ocorreram com a Lei n.º 12/2008.

Em primeiro lugar, as *comunicações eletrónicas* ficam a constar no elenco dos serviços públicos essenciais [alínea *d*] do n.º 1 do artigo 1.º].

Em segundo lugar, o n.º 1 do artigo 10.º passou a ter a seguinte redação: “O direito ao recebimento do preço⁵² do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.”.

⁴⁹ O artigo 128.º da LCE tem a seguinte redação: “1 - A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. 2 - A TMDP, consagrada no artigo 106.º, entra em vigor nos 90 dias seguintes à publicação da presente lei.”.

⁵⁰ Nos termos da alínea *g*) do artigo 310.º do CC, prescrevem no prazo de cinco anos quaisquer outras prestações periodicamente renováveis. A natureza desta prescrição é extintiva.

⁵¹ Tecendo críticas a esta alteração legislativa, cfr. FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 32-34.

A Lei n.º 12/2008 entrou em vigor no dia 26 de maio de 2008, nos termos do artigo 4.º⁵³.

Assim, em resultado da alteração da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 1.º, a Lei n.º 23/96 voltou a incluir “os serviços de telefone – fixos ou móveis – nos serviços abrangidos por este diploma”⁵⁴.

Com a alteração produzida pela Lei n.º 12/2008, o prazo de prescrição para exigir o pagamento do preço pelo serviço de telecomunicações volta a ser de seis meses, como sucedia na versão primitiva da Lei n.º 23/96. Como referem FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, “o direito a que se refere o n.º 1 do artigo 10.º é o direito a receber o preço”⁵⁵.

Atualmente, não há, pois, qualquer dúvida que o prazo de prescrição do direito de exigir o recebimento do preço do serviço de telecomunicações é de seis meses⁵⁶.

Por outro lado, a prescrição prevista na redação atual do n.º 1 do artigo 10.º tem natureza extintiva⁵⁷, sendo certo que a “apresentação da factura não é suficiente para impedir a prescrição”⁵⁸.

Como bem explica JORGE MORAIS CARVALHO, “[p]ara efeitos da prescrição, o momento relevante é o último dia do período mensal de referência para efeitos de facturação e não o envio da factura ou de qualquer outra forma de exigência do pagamento”⁵⁹.

Relativamente à natureza interpretativa da nova redação do n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, acompanhamos a posição assumida no acórdão do TRL de 21.04.2009, acima referido, que refere que a “nova redacção do art. 10º nºs 1, 3 e 4 da Lei 23/96 resultante das alterações introduzidas pela Lei 12/2008 de 26/2 e pela Lei 24/2008 de 2/6, reveste natureza interpretativa para os serviços de telefone fixo ou telemóvel prestados *antes* da entrada em vigor da Lei 5/2004 pelo que se aplica a estes a prescrição semestral do direito de exigir judicialmente o pagamento do preço” (itálico nosso)⁶⁰.

Tal significa que a natureza interpretativa da Lei n.º 12/2008 abrange somente o período temporal relativo à redação originária da Lei n.º 23/96 (de 26.10.1996 até 10.02.2004), mas não o período de vigência da LCE, isto é, o período compreendido entre 11.02.2004 e 25.05.2008.

⁵² E não, como na redação anterior, o “direito de exigir o pagamento do preço”.

⁵³ O artigo 4.º estipula que a lei entra em vigor 90 dias após a sua publicação.

⁵⁴ Acórdão do TRP de 26.01.2010 (Processo n.º 2040/08.2TBMAI-A.P1; www.dgsi.pt). Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, “O serviço público essencial de telefone móvel...”, cit., pp. 47-48.

⁵⁵ *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 195.

⁵⁶ JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Serviços Públicos Essenciais: Alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.ºs 12/2008 e 24/2008”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, n.º 3948, 2008, pp. 176-177.

⁵⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., pp. 335-336. JORGE MORAIS CARVALHO, “Prescrição do direito de exigir o pagamento do preço nos contratos relativos a serviços públicos essenciais”, *Scientia Iuridica*, Braga, tomo LX, n.º 325, janeiro/abril 2011, pp. 89-91. ELIONORA CARDOSO, *Os serviços públicos essenciais...*, cit., p. 110.

⁵⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Prescrição do direito...”, cit., p. 88.

⁵⁹ “Prescrição do direito...”, cit., p. 92.

⁶⁰ No mesmo sentido, FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., pp. 196-197, embora não referindo especificamente as comunicações eletrónicas, mas sim todos os serviços públicos essenciais.

Entretanto, a Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, que alterou a LCE, revogou o n.º 2 do artigo 127.º da LCE, que tinha suprimido o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96. Com esta revogação expressa⁶¹, fica definitivamente assente que o serviço de telecomunicações está incluído no regime legal da Lei n.º 23/96, nomeadamente quanto ao prazo de prescrição de seis meses previsto no n.º 1 do artigo 10.º.

Este prazo de prescrição de seis meses teve início em 26 de maio de 2008 e perdura até hoje.

Por sua vez, quanto à *aplicação no tempo*, o artigo 3.º da Lei n.º 12/2008 refere que a lei se aplica às relações que subsistam à data da sua entrada em vigor. De acordo com o n.º 2 do artigo 12.º do CC, *quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor*. Na verdade, “o que o legislador pretende é que a nova redacção da Lei se aplique também aos contratos que tenham por objecto a prestação de serviços públicos essenciais que já se constituíram à luz da Lei anterior mas que subsistam à data da sua entrada em vigor”⁶².

Nesta matéria, importa convocar o n.º 1 do artigo 297.º do CC⁶³ relativamente ao serviço de telecomunicações prestado antes de 26 de maio de 2008. Assim, se o (restante) prazo de prescrição for inferior a seis meses, tendo como referência a data da entrada em vigor da Lei n.º 12/2008, aplica-se o prazo de prescrição antigo⁶⁴. Se, pelo contrário, o prazo de prescrição for superior a seis meses, igualmente reportado à data da entrada em vigor da Lei n.º 12/2008, aplica-se o prazo de prescrição de seis meses reintroduzido por esta Lei.

De referir que, de acordo com o artigo 303.º do CC, *o tribunal não pode suprir, oficiosamente, a prescrição, devendo ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público*.

No que tange ao Ministério Público, importa salientar a importância da sua atuação no âmbito da defesa dos réus ausentes, nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea c), e

⁶¹ De qualquer forma, consideramos que com as alterações introduzidas pela Lei n.º 12/2008 tinha ocorrido uma *revogação tácita* do n.º 2 do artigo 127.º da LCE. A revogação expressa, apesar de ter ocorrido alguns anos após a entrada em vigor da Lei n.º 12/2008, teve o mérito de desfazer qualquer dúvida que pudesse subsistir a este respeito.

⁶² FERNANDO DIAS SIMÕES e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais...*, cit., p. 195.

⁶³ Dispõe o n.º 1 do artigo 297.º do CC que: “A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar”.

⁶⁴ Na prática, esta situação nunca ocorrerá nesta sucessão de leis. Com efeito, a LCE entrou em vigor em 11.02.2004, enquanto a Lei 12/2008 entrou em vigor a 26.05.2008. Ora, decorreram apenas *quatro* anos entre ambas as leis, pelo que o prazo de prescrição de cinco anos nunca ocorrerá antes de 26.11.2008 (fim do prazo de seis meses após a entrada em vigor da Lei n.º 12/2008). Importa relembrar que os serviços de telecomunicações prestados *antes* de 11.02.2004 ficam a coberto do prazo de prescrição de seis meses, ao abrigo da redacção originária da Lei n.º 23/96, atenta a natureza interpretativa da Lei n.º 12/2008.

4, alínea *a*), do Estatuto do Ministério Público (EMP) e dos artigos 21.º e 568.º, alínea *b*), do Código de Processo Civil (CPC)⁶⁵.

Com efeito, uma das principais exceções invocadas pelo Ministério Público é precisamente a prescrição no âmbito dos serviços de telecomunicações.

Neste ponto, assume particular importância o n.º 2 do artigo 323.º do CC, que estipula o seguinte: “Se a citação ou notificação se não fizer dentro de cinco dias depois de ter sido requerida, por causa não imputável ao requerente, tem-se a prescrição por interrompida logo que decorram os cinco dias”.

Esta norma legal, de carácter excecional relativamente à regra geral consagrada no n.º 1⁶⁶ do mesmo artigo 323.º do CC, é frequentemente, senão sempre, utilizada nas ações em que o Ministério Público representa o réu ausente, considerando o lapso temporal relativamente longo entre a propositura da ação e a citação do Ministério Público para contestar a ação, devido às diligências realizadas no processo com o intuito de localizar o paradeiro do réu.

Por outro lado, também no âmbito da representação do Estado português, nos termos do artigo 219.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, dos artigos 3.º, n.º 1, alínea *a*), e 5.º, n.º 1, alínea *a*), do EMP e do artigo 24.º, n.º 1, do CPC, incumbe ao Ministério Público invocar a exceção da prescrição, caso esteja verificada.

6. A cláusula penal relativa ao incumprimento do contrato de serviços de telecomunicações

Por fim, relativamente à prescrição, cumpre dar conta da atual controvérsia jurisprudencial.

Na verdade, estando pacificamente aceite que o prazo de prescrição do direito a exigir o pagamento dos serviços de telecomunicações é de seis meses, coloca-se a questão de saber se a indemnização decorrente da violação da cláusula relativa ao período de fidelização⁶⁷, estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico em caso de incumprimento do

⁶⁵ Para maior desenvolvimento quanto à defesa dos ausentes pelo Ministério Público, cfr. MARGARIDA PAZ, “Os Principais Desafios para o Ministério Público com o Novo Código de Processo Civil”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 141, janeiro-março 2015, p. 10 e pp. 65-66.

⁶⁶ O n.º 1 do artigo 323.º do CC estabelece que *a prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, seja qual for o processo a que o ato pertence e ainda que o tribunal seja incompetente*.

⁶⁷ JORGE MORAIS CARVALHO define *período de fidelização* como “o período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, durante o qual os contraentes não lhe podem pôr fim por via de denúncia” (“Períodos de Fidelização”, *I Congresso de Direito do Consumo*, coord. Jorge Morais Carvalho, Coimbra: Almedina, 2016, p. 51). Refere ainda este autor que “[a]lém de definir o período de duração mínima do contrato (elemento relativo ao tempo), a cláusula relativa ao período de fidelização pressupõe a determinação do valor a pagar em caso de incumprimento desse período mínimo”, sendo discutível a “qualificação desse valor como *preço* (contrapartida da prestação do serviço relativamente ao conjunto do período de duração mínima do contrato, descontando o que já tiver sido pago pelo consumidor) ou como *indemnização* (cláusula penal)” (“Períodos...”, cit., p. 53). Na verdade, a “natureza da cláusula só pode ser avaliada em concreto, dependendo da interpretação das declarações das partes (artigos 236.º a 238.º do Código Civil e 1.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85)”, isto é, se o valor a pagar equivaler “à soma do montante das mensalidades acordadas como contrapartida da prestação do serviço até ao termo do período de fidelização, esse valor deverá ser, em princípio, qualificado como *preço*”, tratando-se de cláusula penal se o valor for inferior (JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos...”, cit., p. 53).

período contratual mínimo (muitas vezes associada à dívida relativa ao não pagamento dos serviços de telecomunicações propriamente dito), está ou não abrangida pelo prazo de seis meses fixado no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96.

Numa primeira posição jurisprudencial, entende-se que não é aplicável à indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico o prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, mas antes o prazo ordinário da prescrição de vinte anos previsto no artigo 309.º do CC. Segundo esta tese, a fixação da cláusula penal não tem como “obrigação principal o crédito sobre o preço da prestação dos serviços telefónicos, mas sim a própria obrigação de subsistência do vínculo contratual, em função do qual foram disponibilizados, em condições especiais e vantajosas para o cliente, diversos equipamentos de telefone móveis” (acórdão do TRL de 21.06.2011⁶⁸).

Neste sentido, indicam-se os seguintes acórdãos, todos do TRL e disponíveis em www.dgsi.pt: acórdãos de 16.03.2010⁶⁹, 15.02.2011⁷⁰, 07.06.2011⁷¹ e 21.06.2011, acima referido.

Numa segunda posição, o entendimento é o de que, estando prescrito o direito ao pagamento do preço do serviço prestado (obrigação principal), caduca o direito a exigir o pagamento do valor da pena convencional. Na verdade, a cláusula penal fixada para o caso de incumprimento do contrato é acessória em relação à obrigação principal de pagamento do preço dos serviços telefónicos.

Indicam-se os seguintes acórdãos, todos disponíveis em www.dgsi.pt: acórdãos do TRL de 25.02.2010⁷², 16.06.2011⁷³, 29.11.2011⁷⁴, 04.06.2015⁷⁵ e ainda o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 21.10.2014⁷⁶.

Concordando com a última posição mencionada, consideramos que o direito de exigir o convencionalizado em cláusula penal estabelecida para o inadimplemento do contrato se extingue, não por prescrição, mas em virtude da extinção da obrigação principal, esta sim por prescrição.

Na verdade, a cláusula pela qual se fixa esta indemnização contratual assume a natureza de cláusula penal.

Na definição de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *cláusula penal* é a “convenção através da qual as partes fixam o montante da indemnização a satisfazer em caso de eventual inexecução do contrato”. Trata-se de “*liquidação convencional antecipada dos prejuízos*”⁷⁷.

⁶⁸ Processo n.º 264/06.6YXLSB.L1-7.

⁶⁹ Processo n.º 1405/08.4TJLSB.L1-1.

⁷⁰ Processo n.º 3084/08.0YXLSB-A.L2-7.

⁷¹ Processo n.º 2360/06.0YXLSB.L1-7.

⁷² Processo n.º 1591/08.3TVLSB.L1-6.

⁷³ Processo n.º 28934/03.3YXLSB.L1-6.

⁷⁴ Processo n.º 370/06.7YXLSB.L1-7.

⁷⁵ Processo n.º 143342/14.6YIPRT.L1-8.

⁷⁶ Processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1.

A estipulação da cláusula penal prende-se com a determinação pelas partes das consequências do incumprimento ou da mora no cumprimento de determinada obrigação. Nos termos do artigo 810.º, n.º 1, do CC, as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível.

Estamos perante a chamada *cláusula penal com função moratória ou compensatória*⁷⁸, a qual se destina à “reparação de danos mediante a fixação antecipada da indemnização em caso de não cumprimento definitivo ou de simples mora do devedor”⁷⁹, isto é, “fixa antecipadamente o valor da indemnização a pagar em caso de incumprimento”⁸⁰.

“Entre as características comuns às cláusulas penais compulsórias e às cláusulas indemnizatórias está a acessoriedade, dependência ou instrumentalidade relativamente a uma obrigação principal: a cláusula penal constitui um instrumento para compelir o devedor a cumprir a obrigação principal (cláusula penal compulsória) ou para liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento da obrigação principal (cláusula penal indemnizatória), pelo que a existência de uma obrigação principal constitui condição sine qua non da eficácia da cláusula penal. (...) Em segundo lugar, se o cumprimento da obrigação principal não for judicialmente exigível (p. ex., por virtude da prescrição), o pagamento da pena convencional também não o será”⁸¹.

Estabelece o n.º 2 do artigo 810.º do CC que a *cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação*, estando pois “ligada à obrigação de que previne o incumprimento: tem carácter *accessório*”⁸².

Com referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “[o] carácter acessório da cláusula não se reflecte apenas no efeito da *nulidade* da obrigação principal. Também no caso de a prestação se tornar impossível por causa não imputável ao devedor e de a obrigação se extinguir, a cláusula fica sem efeito. Ela só funciona (...) quando se não efectua a *prestação que é devida*. Se esta, por qualquer razão, deixa de ser devida, a cláusula caduca”⁸³.

Daqui resulta que as vicissitudes ocorridas com a obrigação principal se refletem, em igual medida, na obrigação acessória (a cláusula penal).

⁷⁷ *Direito das Obrigações*, reimpressão/7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 437-438.

⁷⁸ A cláusula penal com função moratória ou compensatória, a doutrina indica duas outras modalidades de cláusula penal: (1) a *cláusula penal em sentido estrito*, que “visa compelir o devedor ao cumprimento” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 609). “Esta estipulação substituiu o cumprimento ou substitui a indemnização” (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contrato-Promessa em Geral – Contratos-Promessa em Especial*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 154-155, n. 273); e (2) a *cláusula penal de natureza compulsória*, “como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não cumprimento” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal...*, cit., pp. 604-605). Neste caso, “as partes pretendem que a pena acresça à execução específica ou à indemnização calculada nos termos gerais” (ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, reimpressão/12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 794-795).

⁷⁹ Acórdão do STJ de 27.09.2011 (Processo n.º 81/1998.C1.S1; www.dgsi.pt).

⁸⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos...”, cit., p. 53.

⁸¹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato - Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 82-83.

⁸² ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 795.

⁸³ *Código Civil Anotado*, Volume II, reimpressão/4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 74-75.

Em consequência, ocorrendo a prescrição da obrigação principal, invariavelmente a dívida resultante da cláusula penal se extinguirá. Sublinha-se que a extinção da obrigação acessória ocorre *em virtude* da extinção da obrigação principal e não pelo facto de, por si própria, se encontrar prescrita.

Em suma, como se decidiu no referido acórdão do TRL de 29.11.2011:

“– A relação de acessoriedade que liga a cláusula penal à obrigação principal leva a que a invalidade ou a extinção desta última determine o desaparecimento da primeira; prescrita a obrigação principal, caduca a cláusula penal.

– Ainda que assim se não entendesse, não seria curial que duas obrigações emergentes do mesmo contrato tivessem prazos de prescrição distintos.

– Enquanto antecipação de todas as mensalidades que seriam devidas até ao termo do período de vinculação de permanência, a cláusula penal não deixa de conter em si mensalidades reportadas à prestação de um serviço que acabou por não ser executado, por virtude de o contrato haver findado.

Estritamente dependente da obrigação principal, faz todo o sentido que o prazo de prescrição seja idêntico para o crédito que a esta corresponde e para o crédito emergente da aplicação da cláusula penal”.

A este respeito, importa convocar dois importantes instrumentos legais europeus: os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law* – PECL) e o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), deles dando uma breve referência e enquadramento.

Os PECL surgiram com o intuito primordial de harmonizar o direito europeu dos contratos, sendo uma espécie de embrião do Código Civil europeu⁸⁴. A ideia fundamental subjacente aos PECL prendia-se com a facilitação do comércio europeu e, em particular, com o fortalecimento do mercado único europeu.

Constituindo *soft law*, um dos objetivos dos PECL era elucidar as partes contratantes, inclusivamente no sentido de escolherem este complexo normativo como lei aplicável ao contrato. Na verdade, os PECL podem ser entendidos como “modelos de regulação” destinados a serem incorporados nos contratos, enquanto cláusulas dos mesmos, desde que as partes assim estivessem de acordo⁸⁵.

Outros propósitos moveram o seu responsável Ole Lando, e a respetiva Comissão, a realizar este trabalho de harmonização do direito. Na verdade, pretendia-se que os PECL, enquanto

⁸⁴ Cujo objetivo talvez fosse aspirado pela Comissão Lando, que se encarregou de elaborar os PECL (MARTIJN W. HESSELINK, “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by The Lando Commission”, *The New European Private Law – Essays on the Future of Private Law in Europe*, ed. Martijn W. Hesselink, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 83).

⁸⁵ LUÍS LIMA PINHEIRO, *Direito comercial internacional*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 194.

instrumento fundamental na educação jurídica⁸⁶, fossem uma fonte inspiradora de legisladores ao nível nacional. Este objetivo foi, de certa forma, alcançado, pois os PECL inspiraram a produção de alguns instrumentos legislativos, não só europeus (por exemplo, a legislação alemã sobre direito das obrigações, de 2001), como de outros países fora da Europa (de que é exemplo o Chinese Contract Act de 1999)⁸⁷.

Os PECL, para além de revelarem uma genuína manifestação do direito europeu dos contratos, surgem como um modelo que se apresenta flexível e com capacidade para se desenvolver. Apesar de não terem alcançado o seu desígnio de Código Civil europeu, constituíram um marco fundamental no que concerne à harmonização e unificação do direito privado europeu, tendo aberto caminho para outros instrumentos legais, os quais, possivelmente, terão mais sucesso naquela concretização.

Ainda assim, parece existir uma certa abertura, por parte das autoridades europeias, à consagração de um modelo comum de regras, sendo o DCFR um exemplo disso, assemelhando-se a um conjunto de regras próximas a uma codificação de direito civil.

O DCFR constitui, à semelhança dos PECL, o resultado de trabalho comparativo das várias ordens jurídicas nacionais europeias, com vista a uma eventual unificação futura do direito dos contratos. É claramente inspirado nos PECL adotando muitas das regras ali previstas.

De acordo com o artigo 14:502 dos PECL e com o artigo 7:502 do DCFR, ambos com a mesma redação, *o prazo de prescrição do direito ao pagamento de juros, e outros créditos de natureza acessória, ocorre com o prazo de prescrição da obrigação principal*⁸⁸.

Em relação ao artigo 14:502 dos PECL, pode ler-se o seguinte comentário: *A prescrição ocorre ut sit finis litium. A lei pretende prevenir os litígios relativos a créditos antigos, por razões de interesse público, assim como para proteger o devedor. Este objetivo seria subvertido se o credor pudesse acionar o devedor quanto a créditos relacionados com outro já prescrito; relativamente à defesa do devedor, ele ver-se-ia certamente obrigado a contestar o mérito do crédito principal*⁸⁹.

Verifica-se, assim, que, de acordo com a referida regra dos PECL e do DCFR, é expressamente consagrada a extinção das obrigações acessórias uma vez ocorrida a prescrição da obrigação principal.

⁸⁶ ARTHUR HARTKAMP, "The Principles of European Contract Law (Lando Commission)", *Um Código Civil para a Europa*, org. Manuel Carlos Lopes Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 58.

⁸⁷ OLE LANDO, "Have the PECL Been a Success or a Failure?", *European Review of Private Law*, vol. 17, n.º 3, 2009, p. 373.

⁸⁸ A redação em inglês dos referidos artigos é a seguinte: *The period of prescription for a right to payment of interest, and other claims of an ancillary nature, expires not later than the period for the principal claim*. Esta disposição legal teve inspiração nas legislações alemã, grega, escocesa e suíça.

⁸⁹ Tradução livre do comentário ao artigo 14:502 dos PECL, *Principles of European Contract Law – Part III*, editado por Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann, The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 205.

Embora fora do âmbito do presente estudo, importa referir sucintamente qual o prazo de prescrição aplicável à cláusula de fidelização quando a obrigação principal não está prescrita⁹⁰.

Neste caso, JORGE MORAIS CARVALHO defende a prescrição da indemnização no prazo previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, referindo que “[e]mbora a lei se refira a «serviço prestado» (n.º 1) e determine que os seis meses são «contados após a prestação do serviço» (n.º 4), o espírito do regime inclui, na nossa perspetiva, a verba relativa a serviços não prestados eventualmente exigível antes do prazo por via do incumprimento da cláusula de fidelização”⁹¹.

Ainda a propósito da cláusula de fidelização, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.09.2012⁹² considerou que a “cláusula de um contrato de adesão, que tem por objecto o fornecimento de serviço telefónico móvel com cedência de equipamentos, pela qual o predisponente estabelece a penalização de pagamento do valor dos equipamentos cedidos, bem como das prestações de consumo mínimo em falta até ao fim do prazo do contrato, caso o contrato venha a ser incumprido pelo cliente ou resolvido por razão a este imputável, é nula, nos termos previstos nos artigos 12.º e 19.º, alínea c), do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, por consagrar cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir”.

Sumariamente, importa chamar a atenção para o Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de junho, que estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas bem como pela *rescisão do contrato durante o período de fidelização*, garantindo os direitos dos utentes nas comunicações eletrónicas e promovendo uma maior concorrência neste setor (artigo 1.º).

Assim, de acordo com o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 56/2010⁹³:

1 – É proibida a cobrança de qualquer contrapartida pela prestação do serviço de desbloqueamento dos equipamentos referidos no artigo anterior, findo o período de fidelização contratual.

2 – Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a:

⁹⁰ JORGE MORAIS CARVALHO refere que “[o] incumprimento da cláusula de fidelização por parte do consumidor só pode resultar da cessação do contrato, por causa não imputável ao profissional, antes do termo do período mínimo de vigência do contrato definido pelas partes”, ocorrendo este “em duas situações: denúncia do contrato pelo consumidor dentro do período de fidelização; resolução do contrato pela empresa com fundamento em incumprimento por parte do cliente” (“Períodos...”, cit., p. 62).

⁹¹ “Períodos...”, cit., p. 67. Para este autor, o prazo de seis meses deve ser contado a partir do momento “em que a cláusula de fidelização deve ser considerada definitivamente incumprida pelo consumidor”. Por outro lado, “[s]e o consumidor tiver denunciado o contrato antes do prazo, a prescrição conta-se a partir da data em que a denúncia produz efeitos. Se o consumidor tiver incumprido as suas obrigações, a prescrição conta-se a partir da data em que o prestador de serviço resolve o contrato” (“Períodos...”, cit., p. 68).

⁹² Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1; www.dgsi.pt.

⁹³ Para maior desenvolvimento, vide JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos...”, cit., pp. 63-64.

a) 100% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, 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 subsídio, 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 subsídio, 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.

3 – 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.

4 – Não existindo período de fidelização, pelo serviço de desbloqueamento do equipamento não pode ser cobrada uma quantia superior à diferença entre o valor do equipamento, à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, e o valor já pago pelo utente.

5 – Para efeitos do presente decreto-lei, entende-se por serviço de desbloqueamento o serviço prestado pelo operador ou prestador de serviços que consiste na descarga de um *software* que permite o acesso do equipamento a outros operadores ou prestadores de serviços.

7. Os juros

Para além da indemnização por incumprimento contratual, importa saber se os *juros* devidos estão, ou não, abrangidos pelo referido prazo de prescrição de seis meses.

jurisprudência mais recente tem entendido que a “prescrição de parte dos créditos de capital peticionados não determina a prescrição do direito da requerente aos juros de mora, quer dos que se venceram relativamente aos créditos prescritos, até à data da prescrição destes, quer dos vencidos e vincendos atinentes aos créditos não prescritos”, sendo aplicável o prazo de prescrição de cinco anos, relativamente à obrigação de juros, ao abrigo da alínea *d*) do artigo 310.º do CC⁹⁴ (acórdão do TRP de 24.02.2015⁹⁵).

⁹⁴ De acordo com a alínea *d*) do artigo 310.º do CC, prescrevem no prazo de cinco anos os juros convencionais ou legais, ainda que ilíquidos.

⁹⁵ Processo n.º 28627/14.6YIPRT.P1; www.dgsi.pt; e *CJ* n.º 260, ano XL, tomo I/2015, pp. 299-300 (apenas sumário).

Também os acórdãos do TRP de 21.10.2014 e do TRL de 04.06.2015, acima referidos, consideraram que a prescrição do direito a juros estava excluída do âmbito temporal previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96. Na verdade, consta no último acórdão mencionado que: “A prescrição dos juros de mora encontra-se submetida ao regime geral estabelecido no artigo 310º alº d) do Código Civil, segundo a qual aos juros legais prescrevem no prazo de cinco anos. A obrigação de juros é acessória da do capital, não podendo nascer ou constituir-se sem esta. No 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.”.

Não obstante o teor do artigo 561.º do CC⁹⁶, suscitam-se-nos algumas dúvidas quanto à autonomia do crédito de juros relativamente à obrigação principal.

Na verdade, a *ratio* que conduziu à consagração legal de um prazo de prescrição de seis meses relativamente aos serviços públicos essenciais – o risco de acumulação de dívidas – também se verifica quanto ao crédito de juros.

Por outro lado, o artigo 561.º do CC não tem aplicação automática, pois refere ‘*não fica necessariamente dependente*’. Propendemos a pensar que a autonomia dos juros estará apenas vocacionada para os casos de (in)cumprimento da obrigação principal⁹⁷.

8. A caducidade prevista no artigo 10.º, n.º 4, da Lei n.º 23/96

Nos termos do n.º 4 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, *o prazo para a propositura da ação ou da injunção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos.*

O n.º 4 do artigo 10.º foi introduzido pela Lei n.º 12/2008, tendo a Lei n.º 24/2008 acrescentado a possibilidade de propositura de injunção. Com efeito, na esmagadora maioria dos casos, o processo judicial é iniciado através da injunção, considerando a possibilidade de, não havendo oposição e sendo o requerido notificado, nos termos dos artigos 12.º a 13.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro, ser conferida força executória, de acordo com o artigo 14.º do mesmo Anexo.

A propósito do prazo fixado no n.º 4 do artigo 10.º pronunciou-se o acima referido acórdão do TRP de 24.02.2015, referindo que da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do artigo 10.º resulta, para além do mais, que “a ação ou a injunção destinada à efectivação de tais direitos de crédito devem ser propostas no prazo de seis meses, sob pena de caducidade do respectivo direito de acção”, sendo certo que o prazo começa a correr a partir da data da prestação dos serviços e não após

⁹⁶ O artigo 561.º do CC, com a epígrafe “autonomia do crédito de juros”, estatui que *desde que se constitui, o crédito de juros não fica necessariamente dependente do crédito principal, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se sem o outro.*

⁹⁷ No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos...”, cit., p. 70.

a data da emissão da fatura desses mesmos serviços. Assim, conclui, o “n.º 4 do art. 10.º da referida Lei não estabelece nenhuma causa de interrupção da prescrição prevista no n.º 1 do mesmo normativo, mas sim um prazo de caducidade para o exercício da acção”.

Importa ainda referir o acórdão do TRL de 08.10.2015⁹⁸, que entendeu que o “procedimento de injunção só é aplicável às obrigações pecuniárias directamente emergentes de contratos, e não a título de cláusula penal, por incumprimento”.

9. Conclusões

Aqui chegados, é possível formular as seguintes conclusões, muito sintéticas:

- A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que criou no ordenamento jurídico mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, abrange o serviço de telecomunicações (fixo e móvel);
- Atualmente, o prazo de prescrição para exigir o pagamento do preço pelo serviço de telecomunicações é de seis meses;
- A prescrição prevista na redação atual do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96 tem natureza extintiva;
- A apresentação da fatura não interrompe a prescrição, funcionando como interpelação do devedor.
- O prazo de prescrição inicia-se com a prestação do serviço (e não com a apresentação da fatura), isto é, começa no último dia do período temporal de referência para efeitos de faturação.
- Estando prescrito o direito ao pagamento do preço do serviço de telecomunicações prestado (obrigação principal), caduca o direito a exigir o pagamento da indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico;
- Também ocorre a extinção do crédito de juros associado à obrigação prescrita (obrigação principal relativa ao serviço de telecomunicações) e/ou à obrigação caducada (cláusula de fidelização);
- A ação ou a injunção destinada a exigir o pagamento do preço pelo serviço de telecomunicações deve ser proposta no prazo de seis meses, sob pena de caducidade do respetivo direito de ação.

⁹⁸ Processo n.º 154495/13.0YIPRT.L1-8; www.dgsi.pt.

Apresentação Power Point

A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais

CEJ, 22.01.2016
Temas de Direito Civil e Processual Civil
Margarida Paz

Conclusões

- A Lei 23/96 abrange o serviço de telecomunicações (fixo e móvel)
- O prazo de prescrição, de natureza extintiva, é de 6 meses
- O prazo de prescrição tem início com a prestação do serviço: último dia do período temporal de referência para efeitos de faturação
- A cláusula de fidelização extingue-se com a prescrição relativa ao serviço a que respeita.
- Os juros ... também se extinguem

Prezi

A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais

CEJ, 22.01.2016
Temas de Direito Civil e Processual Civil
Margarida Paz

Conclusões

- A Lei 23/96 abrange o serviço de telecomunicações (fixo e móvel)
- O prazo de prescrição, de natureza extintiva, é de 6 meses
- O prazo de prescrição tem início com a prestação do serviço: último dia do período temporal de referência para efeitos de faturação
- A cláusula de fidelização extingue-se com a prescrição relativa ao serviço a que respeita.
- Os juros ... também se extinguem

Prezi

Lei 23/96, 26.07

Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais

Alterações

- Lei 12/2008, 26.02
- Lei 24/2008, 02.06
- Lei 6/2011, 10.03
- Lei 44/2011, 22.06
- Lei 10/2013, 28.01

Prezi

Lei 23/96, 26.07

Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais

Alterações

- Lei 12/2008, 26.02
- Lei 24/2008, 02.06
- Lei 6/2011, 10.03
- Lei 44/2011, 22.06
- Lei 10/2013, 28.01

Prezi

Alterações

- Lei 12/2008, 26.02
- Lei 24/2008, 02.06
- Lei 6/2011, 10.03
- Lei 44/2011, 22.06
- Lei 10/2013, 28.01



Artigo 1.º Objeto e Âmbito

Objeto da lei:
consagra regras a que deve obedecer a
prestação de serviços públicos
essenciais em ordem à proteção do
utente

A presente Lei estabelece no âmbito da prestação de serviços públicos essenciais a proteção do utente.

Constitui objeto da presente Lei a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente.

Serviços públicos abrangidos

- Serviço de fornecimento de água
- Serviço de fornecimento de energia elétrica
- Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados
- Serviço de comunicações eletrónicas
- Serviços postais
- Serviço de recolha e tratamento de águas residuais
- Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos

De acordo com o disposto no artigo 1.º da presente Lei, a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente é objeto da presente Lei.



Conceito de Utente

A pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo



Prezi

Conceito de Prestador de Serviços

Toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços abrangidos pela lei, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão



Prezi

Serviços públicos abrangidos

- Serviço de fornecimento de água
- Serviço de fornecimento de energia elétrica
- Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados
- Serviço de comunicações eletrónicas
- Serviços postais
- Serviço de recolha e tratamento de águas residuais
- Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos

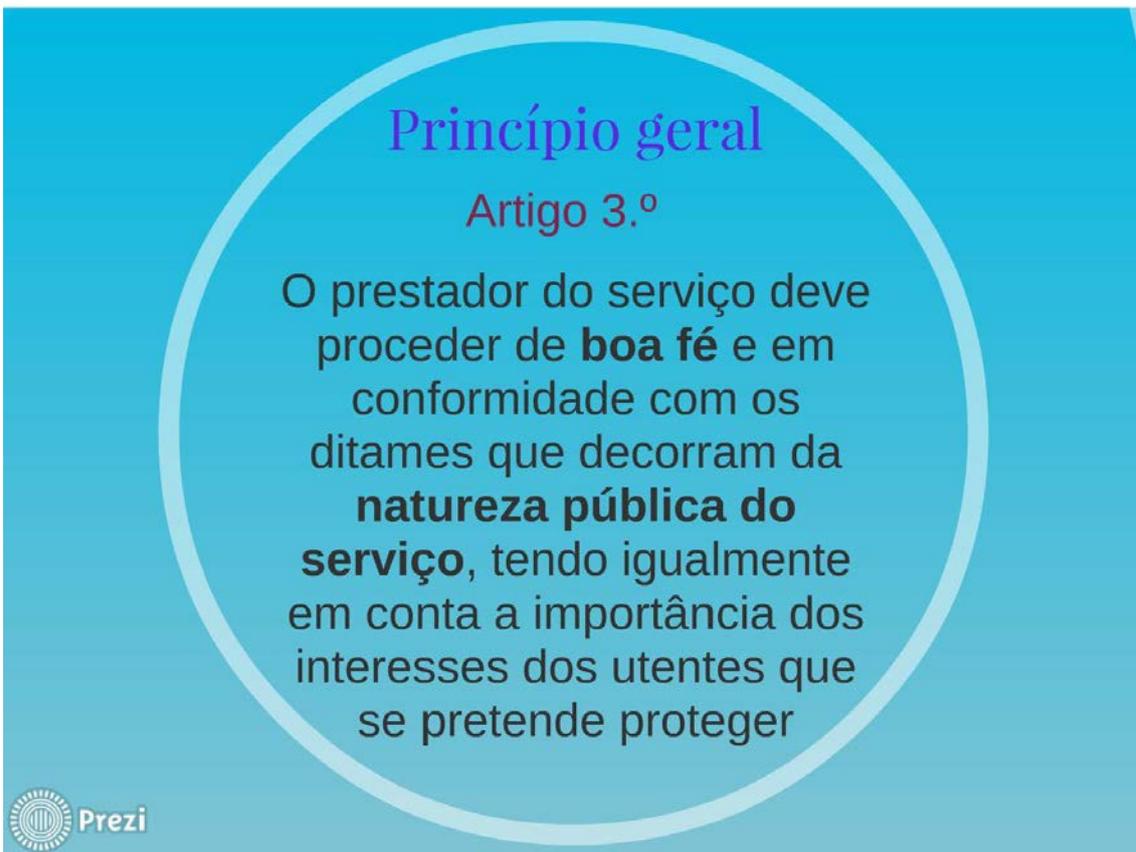


serviços públicos essenciais

Definição

Serviços imprescindíveis na vida dos cidadãos, independentemente de serem fornecidos, ou não, por uma entidade pública





Dever de informação

Artigo 4.º

O prestador do serviço deve informar o utente, de forma clara e conveniente:

- das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias
- sobre as tarifas aplicáveis pelos serviços prestados, disponibilizando-lhe informação clara e completa sobre essas tarifas

Os prestadores de serviços de *comunicações eletrónicas* informam regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à Internet e à televisão por cabo



Padrões de qualidade
Artigo 7.º

Suspensão do fornecimento do serviço público

Artigo 5.º

A prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior (n.º 1)



Direito à quitação parcial

Artigo 6.º

Não pode ser recusado o pagamento de um serviço público, ainda que faturado juntamente com outros, tendo o utente direito a que lhe seja dada quitação daquele, salvo serviços funcionalmente indissociáveis



Padrões de qualidade

Artigo 7.º

A prestação de qualquer serviço deverá obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões



Consumos mínimos e contadores

Artigo 8.º

São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos (n.º 1)

Não constituem consumos mínimos as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável



Faturação

Artigo 9.º

O utente tem direito a uma fatura que especifique devidamente os valores que apresenta (n.º 1)

Características da fatura (n.º 2):

- Periodicidade mensal
- Discriminação dos serviços prestados e das correspondentes tarifas
- Serviço de comunicações eletrónicas (n.º 3)
- Serviço de fornecimento de energia eléctrica (n.º 4)



Artigo 1.º
Objeto e Âmbito

Objeto da lei:
consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente

Princípios
Artigos 2.º a 9.º

Serviços públicos abrangidos

- Serviço de fornecimento de água
- Serviço de fornecimento de energia elétrica
- Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos condensados
- Serviços de comunicações eletrónicas
- Serviços postais
- Serviço de recolha e tratamento de águas residuais
- Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos

Prezi

Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE)
Lei 5/2004, 10.02

- Retif. 32-A/2004, 10.04
- DL 176/2007, 08.05
- Lei 35/2008, 28.07
- DL 123/2009, 21.05
- DL 258/2009, 25.09
- Lei 46/2011, 24.06
- Lei 51/2011, 13.09
- Lei 10/2013, 28.01
- Lei 42/2013, 03.07
- Lei 82-B/2014, 31.12
- Lei 127/2015, 03.09

Prezi

Prescrição relativa aos serviços telefónicos

*Sucessão de leis:
vários prazos de prescrição!*

Lei 23/96, na versão originária

- Entrada em vigor: **26.10.1996** (artigo 14.º)
- Abrange serviços telefónicos [móvel/fixo]
- Prazo de prescrição: **6 meses**
- Prescrição extintiva
- Interpelação – com o envio da fatura

Artigo 9.º/4 DL 381-A/97, 30.12 (regula o regime de acesso à atividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e de serviços de telecomunicações)

Lei 5/2004 (LCE)

- Entrada em vigor: **11.02.2004** (artigo 128.º)
- Artigo 127.º/2: exclui o serviço telefónico da Lei 23/96 (não é norma interpretativa)
- Revoga o DL 381-A/97 (artigo 127.º/1-d))
- Prazo de prescrição: **5 anos** (artigo 310.º/g), CC)

Lei 12/2008, 26.02
(1ª alteração à Lei 23/96)

- Entrada em vigor: **26.05.2008** (artigo 4.º)
- Reintroduziu o serviço de telefone (abrangido pelas comunicações eletrónicas) no elenco do artigo 1.º/2
- Prazo de prescrição: volta a ser **6 meses** (artigo 10.º/1)
- Norma interpretativa relativamente à versão originária da Lei 23/96

Artigo 11.º/1

1. O prazo de prescrição aplicável aos serviços telefónicos é o previsto no artigo 10.º/1 da Lei 12/2008, de 26 de maio.

Artigo 11.º/2

2. O prazo de prescrição aplicável aos serviços telefónicos é o previsto no artigo 10.º/1 da Lei 12/2008, de 26 de maio.



Lei 23/96, na versão originária

- Entrada em vigor: **26.10.1996** (artigo 14.º)
- Abrange serviços telefónicos [móvel/fixo]
- Prazo de prescrição: **6 meses**
- Prescrição extintiva
- Interpelação – com o envio da fatura

Artigo 9.º/4 DL 381-A/97, 30.12
(regula o regime de acesso à atividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e de serviços de telecomunicações)



Lei 5/2004 (LCE)

- Entrada em vigor: **11.02.2004** (artigo 128.º)
- Artigo 127.º/2: exclui o serviço telefónico da Lei 23/96 (não é norma interpretativa)
- Revoga o DL 381-A/97 [artigo 127.º/1-d)]
- Prazo de prescrição: **5 anos** [artigo 310.º/g), CC]

A redação do artigo 127.º/2, antes da Lei 51/2011, 13.09 (que revogou este n.º 2), era a seguinte:
O serviço de telefone é excluído do âmbito de aplicação da Lei 23/96, 26.07



A redação do artigo 127.º/2, antes da Lei 51/2011, 13.09 (que revogou este n.º 2), era a seguinte:
O serviço de telefone é excluído do âmbito de aplicação da Lei 23/96, 26.07



Lei 12/2008, 26.02

(1ª alteração à Lei 23/96)

- Entrada em vigor: **26.05.2008** (artigo 4.º)
- Reintroduziu o serviço de telefone (abrangido pelas comunicações eletrónicas) no elenco do artigo 1.º/2
- Prazo de prescrição: volta a ser **6 meses** (artigo 10.º/1)
- Norma interpretativa relativamente à versão originária da Lei 23/96



*A Lei 51/2011,
13.09 (que
alterou a LCE)
revogou o n.º 2
do artigo 127.º*



Serviços prestados antes de 26.05.2008

Artigo 297.º/1 CC

- *Menos de 6 meses: Prazo antigo (não aplicável)*
- *Mais de 6 meses: Novo prazo*



Artigo 10.º/1 Prescrição

Versão originária Lei 23/96

O direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação

Redação Lei 12/2008

O direito ao recebimento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação



Acórdão STJ 1/2010

Publicado no DR-I 21/01/2010

Nos termos do disposto na **redação originária** do n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96 e no n.º 4 do artigo 9.º do DL 381-A/97, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação



Controvérsia atual:
a prescrição abrange igualmente a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico?

Primeira posição

Não é aplicável à indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico o prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, mas antes o do artigo 399.º CC.

• TRL 16.03.2010 • TRL 07.06.2011
• TRL 15.02.2011 • TRL 21.06.2011

Segunda posição

Porque a cláusula penal fixada para o caso de incumprimento do contrato é **accessória** em relação à obrigação principal de pagamento do preço dos serviços telefónicos, prescrito o direito ao pagamento do preço, caduca o direito a exigir o pagamento do valor da pena convencional.

• TRL 25.02.2010 • TRL 29.11.2011
• TRL 16.06.2011 • TRL 04.05.2015

A caducidade prevista na Lei 23/96

- Preceito legal introduzido pela Lei 23/96
- Possibilidade de propositura de injeção de crédito
- A ação ou a injeção destinada à obtenção de crédito devem ser propostas sob pena de caducidade do respectivo direito
- TRL 08.10.2015: "O procedimento de injeção só é pecuniária diretamente emergente"



Primeira posição

Não é aplicável à indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico o prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, mas antes o do **artigo 309.º CC**

- TRL 16.03.2010
- TRL 07.06.2011
- TRL 15.02.2011
- TRL 21.06.2011



Segunda posição

Porque a cláusula penal fixada para o caso de incumprimento do contrato é **acessória** em relação à obrigação principal de pagamento do preço dos serviços telefónicos, prescrito o direito ao pagamento do preço, caduca o direito a exigir o pagamento do valor da pena convencional

- TRL 25.02.2010
- TRL 29.11.2011
- TRL 16.06.2011
- TRL 04.06.2015



Ac. TRG 11.09.2012

A cláusula de um contrato de adesão, que tem por objeto o fornecimento de serviço telefónico móvel com cedência de equipamentos, pela qual o predisponente estabelece a penalização de pagamento do valor dos equipamentos cedidos, bem como das prestações de consumo mínimo em falta até ao fim do prazo do contrato, caso o contrato venha a ser incumprido pelo cliente ou resolvido por razão a este imputável, é **nula**, nos termos previstos nos artigos 12.º e 19.º/ c) da LCCG, por consagrar **cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir**

DL 56/2010, 01.06

(estabelece limites à cobrança de quantias pela rescisão do contrato durante o período de fidelização)

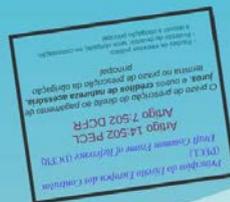
Artigo 2.º/3:

É proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização



Natureza acessória, dependente e instrumental da cláusula penal

- A obrigação acessória não prescreve nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96
- Mas extingue-se em virtude da extinção da obrigação principal
- Artigo 810.º/2 CC



*Princípios do Direito Europeu dos Contratos
(PECL)*

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Artigo 14:502 PECL
Artigo 7:502 DCFR

*O prazo de prescrição do direito ao pagamento de **juros**, e outros **créditos de natureza acessória**, termina no prazo de prescrição da obrigação principal*

- Razões de interesse público
- Proteção do devedor: seria obrigado, na contestação, a discutir a obrigação principal

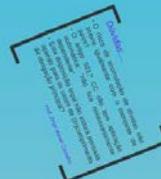
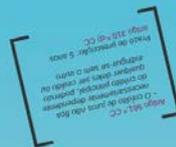


E os juros?

TRP 21.10.2014

TRL 04.06.2015

- A prescrição do direito a juros está *excluída* do prazo de prescrição previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96



Artigo 561.º CC

- *O crédito de juros não fica necessariamente dependente do crédito principal, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se sem o outro*

Prazo de prescrição: 5 anos
artigo 310.º-d) CC



Dúvidas....

- O risco de acumulação de dívidas não ocorre igualmente com o montante de juros?
- O artigo 561.º CC não tem aplicação automática: “não fica *necessariamente* dependente”
- Esta disposição legal não estará pensada apenas para os casos de (in)cumprimento da obrigação principal?

Prof. Jorge Morais Carvalho



*Princípios do Direito Europeu dos Contratos
(PECL)*

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Artigo 14:502 PECL
Artigo 7:502 DCFR

*O prazo de prescrição do direito ao pagamento de **juros**, e outros **créditos de natureza acessória**, termina no prazo de prescrição da obrigação principal*

- Razões de interesse público
- Proteção do devedor: seria obrigado, na contestação, a discutir a obrigação principal



**A caducidade prevista no artigo 10.º/4
Lei 23/96**

- Preceito legal introduzido pela Lei 12/2008
- Possibilidade de propositura de injunção (Lei 24/2008)
- A ação ou a injunção destinada à efetivação dos direitos de crédito devem ser propostas no prazo de seis meses, sob pena de *caducidade* do respetivo direito de ação
- TRL 08.10.2015:
"O procedimento de injunção só é aplicável às obrigações pecuniárias diretamente emergentes de contratos, e não a título de cláusula penal, por incumprimento"



Intervenção do Ministério Público

Representação do Estado português

artigo 219.º/1 CRP
artigos 3.º/1-a) e 5.º/1-a) EMP
artigo 24.º/1 CPC

Defesa dos ausentes

artigos 3.º/1-a) e 5.º/1-c), 4-a) EMP
artigos 23.º e 568.º-b) CPC

artigo 323.º/2 CC



Controvérsia atual:

a prescrição abrange igualmente a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico?

Primeira posição

Não é aplicável a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico a prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, mas antes o do artigo 206.º CC

- TRL 16.03.2010 - TRL 07.06.2011
- TRL 15.02.2011 - TRL 21.06.2011

Segunda posição

Prescreve a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico a prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, mas antes o do artigo 206.º CC

- TRL 25.02.2010 - TRL 29.11.2011
- TRL 16.06.2011 - TRL 04.06.2015

Natureza acessória, dependente e instrumental da cláusula penal

- A obrigação acessória não prescreve nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96
- Mas extingue-se em virtude da extinção da obrigação principal
- Artigo 818.º CC

E os juros?

TRP 21.10.2014
TRL 04.06.2015

- A prescrição do direito a juros está *excluída* do prazo de prescrição previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96

A caducidade prevista no artigo 10.º/1 da Lei 23/96

- Prescrição legal introduzida pela Lei 12/2005
- Possibilidade de propositura de injunção (Lei 24/2006)
- A ação ou a injunção destinam-se à efetivação dos direitos de crédito (outras são prescrites no prazo de seis meses, não sendo de caducidade do respetivo direito de ação)
- TRL 06.10.2015: "O procedimento de injunção só é aplicável às obrigações pecuniárias, eventualmente emergentes de contratos, e não a título de cláusula penal, por incumprimento"



Conclusões

A Lei 23/96 abrange o serviço de telecomunicações (fixo e móvel)

O prazo de prescrição, de natureza extintiva, é de 6 meses

O prazo de prescrição tem início com a prestação do serviço: último dia do período temporal de referência para efeitos de faturação

A cláusula de fidelização extingue-se com a prescrição relativa ao serviço a que respeita

Os juros ... também se extinguem



A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais

CEJ, 22.01.2016
Temas de Direito Civil e Processual Civil
Margarida Paz

Conclusões

A Lei 23/96 abrange o serviço de telecomunicações (fixo e móvel)

O prazo de prescrição, de natureza extintiva, é de 6 meses

O prazo de prescrição tem início com a prestação do serviço: último dia do período temporal de referência para efeitos de faturação

A cláusula de fidelização extingue-se com a prescrição relativa ao serviço a que respeita

Os juros ... também se extinguem



3.

Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo

Jorge Morais Carvalho



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo

Jorge Morais Carvalho*

1. Introdução
 2. *Big data*
 3. *Internet of things*
 4. *Blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*
 5. Dados pessoais como contraprestação
 6. Plataformas digitais
 - 6.1. Desafio ao conceito tradicional de consumidor
 - 6.2. Mudança de paradigma
 7. Conteúdos digitais
 8. Impressoras 3D
 9. Conclusão
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

1. Introdução

O Mercado Único Digital é uma das prioridades da União Europeia para os próximos anos¹, levantando novos problemas no domínio do direito dos contratos, em particular no que respeita aos contratos de consumo².

A principal questão a que será necessário dar resposta nos próximos anos consiste em saber se as atuais regras são suficientes para regular os contratos que resultam da revolução tecnológica e digital em curso, o que pressupõe a sua flexibilidade³, ou se, pelo contrário, novas regras terão de ser adotadas para regular uma nova realidade⁴.

Tratamos neste ponto, sucessivamente, de sete desafios lançados ao direito do consumo, nos últimos anos, pelo mercado digital: *big data*; *Internet of things*; *blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*; dados pessoais como contraprestação; plataformas digitais; conteúdos digitais; impressoras 3D.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: www.jorgemoraiscarvalho.com.

¹ Para um breve balanço dos primeiros dois anos após a apresentação da estratégia para o Mercado Único Digital, na perspetiva da Comissão Europeia, v. ANDRUS ANSIP, “The Digital Single Market Strategy Two Years On”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2017, pp. 145-147. O assunto está a ser acompanhado, em Portugal, em particular, pela Direção-Geral do Consumidor: TERESA MOREIRA, “Novos Desafios para a Contratação à Distância – A Perspetiva da Defesa do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 19-36, p. 25.

² JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 37 a 45.

³ ALBERTO DE FRANCESCO, “European Contract Law and the Digital Single Market – Current Issues and New Perspectives”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 1-17, p. 17.

⁴ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Disruptive Technology – Disrupted Law? – How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21-48, p. 27.

2. Big data

Começa-se por assinalar a influência dos *big data* (megadados) na contratação.

Esta realidade consubstancia-se na rápida recolha, armazenamento e tratamento automatizado de um conjunto enorme e variado de dados e permite uma cada vez maior personalização da oferta de bens e serviços⁵.

A informação circula na Internet, principal fonte de *big data*, sendo introduzida, consciente ou inconscientemente, pelos utilizadores através de dispositivos variados⁶. Nos últimos anos, tem-se assistido a uma massificação da utilização de *smartphones*, com cada vez mais funcionalidades⁷, o que aumenta exponencialmente a quantidade de dados transmitida e torna ainda mais frequente, em relação ao computador, a interação entre o utilizador e a tecnologia que gere esses dados⁸. A informação em causa resulta da navegação que é feita em páginas, das pesquisas em motores de buscas ou em programas ou aplicações, da própria utilização desses programas ou aplicações, do comportamento em redes sociais e de muitas outras ações e omissões quando estamos *online*, tudo isto podendo ser relacionado com o espaço (localização do utilizador) e o tempo (por exemplo, o dia da semana ou a hora).

O tratamento dos *big data* pode ser totalmente automatizado, sendo os modelos de análise construídos por algoritmos⁹. As técnicas de *machine learning* permitem que os computadores recolham os dados diretamente de outros computadores, sem intervenção humana, aprendendo uns com os outros a forma mais eficaz de proceder ao seu tratamento, tendo em conta os objetivos previamente definidos¹⁰.

É possível, mesmo sem utilizar informação específica relativa a uma determinada pessoa, prever o comportamento dessa mesma pessoa com base no comportamento de pessoas com as mesmas características. Por exemplo, os *big data* podem indicar que um anúncio colocado no Facebook tem um impacto X nas pessoas que residem em determinado local, acedem à Internet a determinada hora e gostam de determinada página.

⁵ MANUEL DAVID MASSENO, "On the Relevance of *Big Data* for the Formation of Contracts Regarding *Package Tours or Linked Travel Arrangements*, According to the New Package Travel Directive", in *Comparazione e Diritto Civile*, Vol. 4, 2016, pp. 2-13, p. 8; ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro: Proteção de Dados Pessoais e Deveres de Informação", in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 75-202, p. 85.

⁶ ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro", cit., p. 81.

⁷ PAULA RIBEIRO ALVES, "Os Desafios Digitais no Mercado Segurador", in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 33-57, p. 34.

⁸ Já se está a evoluir dos *smartphones* para dispositivos ainda mais próximos do nosso corpo (*wearables*). Assim, as pulseiras ou monitores de atividade, como a Fitbit, podem gerar e transmitir informação a cada respiração. Os *smartwatches* conjugam já estas funções num só dispositivo. Não tardará, certamente, a que seja possível termos um *chip* incorporado, tornando-nos, então, provavelmente, *smartpeople*. Sobre a *Internet of Things*, v. *infra* 3.

⁹ ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro", cit., p. 82.

¹⁰ Segundo uma notícia publicada em agosto de 2017 (<http://bit.ly/2ve4bzT>), a Facebook teve de desligar dois robôs de inteligência artificial, programados para imitar a negociação comercial entre seres humanos, depois de estes terem inventado uma linguagem própria para comunicarem entre si, deixando a conversa de ser compreensível para os programadores. É difícil prever até onde poderá chegar a inteligência artificial e, em especial, que efeitos poderá ter para os contratos de consumo.

Isto permite, com uma exatidão nunca antes conseguida, antecipar o comportamento de pessoas que correspondem a determinadas características e, com base em dados a elas relativos, orientar a informação transmitida.

Pode conceber-se a hipótese de, entre outros aspetos, a proposta contratual dirigida à pessoa A relativa a um determinado bem ou serviço ter cláusulas diferentes da proposta dirigida, quanto ao mesmo bem ou serviço, à pessoa B, por se saber que aquela tem tendencialmente mais interesse em celebrar o contrato. Esta personalização da proposta contratual pode levar até a que o preço relativo a um mesmo bem ou serviço seja diferente, no mesmo momento, em função do destinatário¹¹.

Outra hipótese é a personalização de bens e serviços. Num exemplo simples, cruzando a data de nascimento e as páginas consultadas por uma pessoa com o tráfego geral em determinada página (ou páginas), pode ser emitida uma proposta relativa à camisola do clube dessa pessoa, com uma imagem do número nas costas correspondente ao ano de nascimento ou à idade¹².

Os *big data* revolucionam igualmente a contratação sempre que esta esteja (fundamentalmente) associada a uma análise de risco, como sucede nos contratos de seguro. A possibilidade de se fazer uma análise de risco totalmente individualizada poderá ter como consequência limitar ou restringir ainda mais o acesso a determinados bens e serviços por parte de muitos consumidores.

3. Internet of things

A *Internet of things* (Internet das coisas) também constitui um desafio para o direito dos contratos em geral e para o direito do consumo em particular, na medida em que permite uma contratação cada vez mais automatizada.

A *Internet of things* consiste na ligação das coisas, como roupa e acessórios, eletrodomésticos ou meios de transporte, entre muitos outros, à Internet, garantindo uma gestão inteligente (*smart*) dessas coisas¹³. É muito provável que, em breve, a maioria das coisas venha estar ligada¹⁴. A relação com os *big data* (resultante da transmissão da informação e do seu tratamento automatizado) torna-a um instrumento poderoso¹⁵ na contratação.

¹¹ Sobre a diferença entre a *fixação de preços dinâmica* e a *fixação de preços personalizada* e os diferentes desafios que levantam: TIM WALKER, “How Much...? The Rise of Dynamic and Personalised Pricing”, in *The Guardian*, 20/11/2017 – <http://bit.ly/2zTOboQ>.

¹² Acentuando a relevância da personalização da mensagem, numa perspetiva de marketing e de publicidade, em especial tendo em conta o impacto dos pequenos ecrãs, como *smartphones* ou *tablets*, nas decisões do consumidor, v. MARIA BEATRIZ BOTÃO ALVES, *Mensagem Publicitária da iEra nos Pequenos Ecrãs em Conexão com o Consumidor*, Escola Superior de Marketing e Publicidade, Lisboa, 2014 (policopiado), p. 31.

¹³ A *Internet of things* já está a evoluir para a *Internet of everything* (Internet de tudo), que consiste na conexão em rede de pessoas, processo, dados e coisas.

¹⁴ CHRISTIANE WENDEHORST, “Consumers and the Data Economy”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2017, pp. 1-2, p. 1.

¹⁵ HÉLDER FRIAS, “A Internet de Coisas (IoT) e o Mercado Segurador”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 219-236, p. 221.

Num já clássico exemplo, sem relevância contratual, podemos perguntar de que forma um *self-driving car* deve estar programado perante a situação em que uma criança aparece à sua frente, sendo a única hipótese para não a atropelar o embate num muro que porá em perigo a vida dos seus ocupantes.

Com relevância contratual, podemos pensar no frigorífico da nossa casa que, tendo a informação de que já só há um iogurte, contacta diretamente um supermercado *online*, encomendando mais iogurtes.

À partida, pelo menos no estado atual de evolução tecnológica, não se pode concluir que estes contratos sejam celebrados entre coisas. As coisas são programadas por pessoas para a emissão de declarações contratuais e estas são-lhes, portanto, imputáveis.

Já o art. 33.º do DL 7/2004, que regula o comércio eletrónico, estabelece, desde há mais de dez anos (uma eternidade, neste domínio), que “à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação”, sendo “aplicáveis as disposições sobre erro [...] na formação da vontade, se houver erro de programação, [...] na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina [...] ou] na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino”, não podendo a outra parte “opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução”.

Será que os deveres de informação pré-contratual, por exemplo, são, nestes contratos, transmitidos pelo profissional ao consumidor, em tempo útil, antes da celebração do contrato, de forma clara e compreensível, como exige o art. 4.º do DL 24/2014, que regula os contratos celebrados à distância?

Caminha-se no sentido da consultoria automática¹⁶, centrada em robôs e em algoritmos, com reduzida intervenção humana (ou mesmo sem intervenção humana), o que pode aumentar a qualidade da informação prestada, quer em termos formais quer em termos materiais, centrando-se no que é mais relevante para a contraparte.

A *Internet of things*, em especial pelos *big data* que dela resultam, pode também revolucionar as várias fases do *iter* contratual, ainda que os contratos não sejam celebrados automaticamente. Por exemplo, no setor dos seguros, em particular no ramo automóvel, fala-se já de UBI (*Usage Based Insurance*) e de PHYD (*Pay How You Drive*) para designar os seguros em que o preço varia em função da quantidade e da qualidade da circulação, fatores que apenas podem ser medidos eficazmente com a integração de computadores nos carros¹⁷. Em caso de sinistro, esse computador também poderá ajudar a explicar o que aconteceu,

¹⁶ No que respeita à consultoria financeira, v. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Inteligência Artificial e Consultoria Robótica (*Automation in Financial Advice*)”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 203-218.

¹⁷ PAULA RIBEIRO ALVES, “Os Desafios Digitais no Mercado Segurador”, cit., pp. 41 e 46 a 48.

indicando se o condutor do veículo é o responsável pelo acidente¹⁸. Já estão a ser experimentados modelos de negócio, noutros ramos do mercado de seguros, associados à concessão de descontos no prémio no caso de o segurado utilizar, em permanência, um dispositivo que permita monitorizar a sua atividade e o seu ritmo cardíaco¹⁹.

4. *Blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*

As criptomoedas, como a bitcoin²⁰, são moedas eletrónicas ou digitais, sem controlo centralizado (*peer-to-peer*), que se caracterizam, para garantia de segurança, pela utilização da criptografia, ou seja, a transformação de informação legível em informação ilegível, que só pode lida por quem tiver autorização para o efeito.

É utilizada a tecnologia *blockchain* (cadeia de blocos, em português)²¹, que permite o registo das transações em bases de dados distribuídas, ou seja, descentralizadas, disponíveis *online*, embora de forma anónima, sem identificação das carteiras virtuais como pertencendo a utilizadores individuais²².

Independentemente dos riscos que lhes possam estar associados, em especial ao nível da proteção do consumidor²³, as criptomoedas constituem um meio de pagamento²⁴, pelo que, se as partes estipularem nesse sentido, devem ser consideradas, para este efeito, como qualquer outra moeda²⁵, como contraprestação, qualificável como preço. Os contratos de consumo em que o consumidor se compromete a pagar com criptomoeda são, assim, contratos onerosos, podendo, por exemplo, ser qualificados, para todos os efeitos, como contratos de compra e venda, aplicando-se, entre outros, o DL 67/2003.

¹⁸ PAULA RIBEIRO ALVES, “Os Desafios Digitais no Mercado Segurador”, cit., p. 46 (referindo-se à “caixa negra de um veículo”).

¹⁹ HÉLDER FRIAS, “A Internet de Coisas (*IoT*) e o Mercado Segurador”, cit., p. 227.

²⁰ A bitcoin consiste num esquema apresentado pela primeira vez no seguinte texto (autor ou autores até hoje não identificados): SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 – <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

²¹ FRANCISCO MENDES CORREIA, “A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (*Blockchain*) no Sector Financeiro”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 69-74, pp. 70 e 71.

²² Sobre as criptomoedas e, em especial, a bitcoin, v. BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, in *Sveriges Riksbank Economic Review*, n.º 2, 2014, pp. 71-87.

²³ BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, cit., p. 71.

²⁴ BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, cit., p. 72; MADALENA NARCISO, “Consumer Expectations in Digital Content Contracts— An Empirical Study”, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n.º 1, 2017 – <https://ssrn.com/abstract=2954491>, pp. 2 e 3.

²⁵ MILTON BAROSSO-FILHO e RACHEL SZTAJN, “Natureza Jurídica da Moeda e Desafios da Moeda Virtual”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, n.º 1, 2015, pp. 1669-1690, p. 1689, consideram que “a bitcoin não é moeda, mas meio de troca, cuja função primordial é evitar custos”. DAVID YERMACK, “Is Bitcoin a Real Currency? An Economic Appraisal”, in *NBER Working Paper Series*, Working Paper n.º 19747, 2013 – <http://www.nber.org/papers/w19747.pdf>, pp. 9 a 16, explica as razões pelas quais a bitcoin não pode ser considerada uma moeda, tal como este conceito é entendido. Como sucede em relação a grande parte dos desafios recentes do mercado digital, a realidade está a desafiar os conceitos tradicionais, podendo (ou não) vir a gerar mudanças na sua caracterização, análise que tem de ser feita casuisticamente. A questão é também filosófica. OLE BJERG, “How is Bitcoin Money?”, in *Theory, Culture & Society*, Vol. 33, n.º 1, 2016, pp. 53-72, p. 53, refere que “a bitcoin é um sistema de pagamento eletrónico *peer-to-peer* que opera como uma moeda independente”, representando “um desafio ideológico para as formas convencionais de dinheiro, na medida em que, não só provoca crenças sedimentadas sobre o dinheiro, mas também expõe as formas de exploração, risco e até violência inerentes ao sistema existente”.

Os *smart contracts* são contratos automáticos, sem intervenção humana no momento do cumprimento, que se autoexecutam através de códigos de programação (que substituem, mais enquanto imagem do que na realidade, a linguagem jurídica)²⁶. Utilizam, tal como as criptomoedas, a tecnologia *blockchain*. Estes contratos podem ser contratos de consumo, caso em que se aplicam, à partida, as normas de direito do consumo.

5. Dados pessoais como contraprestação

Os dados pessoais são, atualmente, considerados o novo ouro ou o novo petróleo, sendo um importante bem transacionável²⁷ e constituindo, por si só, um desafio para o direito dos contratos em geral e o direito do consumo em particular²⁸. Vejamos em que medida.

O art. 874.º do CC define contrato de compra e venda como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um *preço*” (itálico nosso). O art. 879.º-c) estabelece que a compra e venda tem como efeitos essenciais, entre outros, “a obrigação de pagar o *preço*” (itálico nosso). O preço corresponde, em princípio, a dinheiro. Será que os dados podem ser considerados um preço?

Para uma empresa tecnológica, os dados fornecidos pelo utilizador em troca do bem são em muitos casos muito mais valiosos do que uma contrapartida financeira. Para a empresa gestora do jogo Pokémon Go, tem muito mais valor a informação inserida no jogo (fotos, por exemplo) do que um valor de um ou dois euros que pudesse ser pago pelos utilizadores para adquirir a aplicação.

A consequência é a de que não podemos considerar estes contratos – em que não é pago um preço, mas são fornecidos dados – como contratos gratuitos²⁹. Existe uma contraprestação e essa contraprestação tem um valor tal que, no mínimo, equilibra as prestações, podendo até em alguns casos desequilibrá-la, dada a relevância dos dados fornecidos.

A Proposta de Diretiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, de 9 de dezembro de 2015, preocupa-se com esta questão, estabelecendo, no art. 3.º, que a “diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço *ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados*” (itálico nosso).

²⁶ ROLF H. WEBER, “Liability in the Internet of Things”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 207-212, p. 209.

²⁷ HERBERT ZECH, “Data as a Tradeable Commodity”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 51-79, p. 53.

²⁸ CARMEN LANGHANKE e MARTIN SCHMIDT-KESSEL, “Consumer Data as Consideration”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2015, pp. 218-223, p. 218; ALBERTO DE FRANCESCHI, “European Contract Law and the Digital Single Market”, cit., p. 8.

²⁹ MADALENA NARCISO, “«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 198-206, p. 200, defende que “estes contratos parecem mais contratos por dinheiro do que contratos gratuitos”.

Julgamos que se justifica, desde já, uma interpretação atualista das normas vigentes no sentido de considerar onerosos os contratos pelos quais são transmitidos bens ou serviços contra o fornecimento de dados, optando por se aplicar nestes casos, em caso de dúvida entre o regime do respetivo tipo gratuito ou oneroso, este último.

Levanta-se, no entanto, um problema adicional, relacionado com o direito ao apagamento dos dados, previsto no art. 17.º do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Se o contraente que forneceu os dados retirar o seu consentimento (art. 7.º-3 do Regulamento 2016/679), qual é a consequência para o contrato que tinha como contraprestação o fornecimento desses dados? O contraente deixará, naturalmente, de ter acesso ao bem ou serviço a partir desse momento. Fica, contudo, em aberto a questão de saber se o apagamento dos dados tem consequências no que respeita ao período anterior a esse apagamento, nomeadamente se o titular dos dados tem de compensar a contraparte.

Outra questão que se pode colocar diz respeito ao consentimento para o tratamento de dados pessoais e, em especial, saber se esse consentimento é dado livremente. Nos termos do art. 7.º-4 do Regulamento 2016/679, é necessário verificar se o tratamento de dados é ou não necessário para a execução do contrato. Em caso de resposta afirmativa, admite-se que o consentimento para o tratamento de dados pessoais possa ser uma das cláusulas do contrato, enquanto condição necessária para a sua execução³⁰. A retirada do consentimento, sendo um direito do titular dos dados (art. 7.º-3), não pode, no entanto, gerar uma situação de incumprimento do contrato³¹.

6. Plataformas digitais

As plataformas digitais, como a Uber, a Airbnb, a Booking ou o OLX, trazem novas dinâmicas à contratação. As relações deixam de estar circunscritas a duas partes, surgindo terceiros que, com graus de intervenção diversos, têm grande importância na economia contratual³². As instituições europeias têm estado muito ativas no estudo da matéria³³, prevendo-se novidades legislativas no curto prazo.

Além de pôr em causa o conceito tradicional de consumidor, que visitaremos de seguida, estes contratos constituem um teste para as regras gerais do Código Civil ou da legislação de consumo.

³⁰ KÄRT PORMEISTER,, “Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2017, pp. 17-23, p. 20.

³¹ KÄRT PORMEISTER,, “Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»”, cit., p. 21.

³² TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *El Régimen Jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (E-Marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

³³ CAROLINE CAUFFMAN, “The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2016, pp. 235-243.

6.1. Desafio ao conceito tradicional de consumidor

Não existe um conceito único de consumidor, a nível nacional e internacional³⁴.

No nosso ordenamento jurídico, pode considerar-se que a definição mais relevante de consumidor é a do artigo 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor³⁵ (“considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”), uma vez que se trata do diploma que incorpora os princípios gerais do direito do consumo, sendo utilizada como referência no nosso direito.

O conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos (embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios): elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional³⁶.

Se as plataformas digitais não levantam especiais problemas quanto aos elementos subjetivo (“todo aquele”), objetivo (“fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos”) e teleológico (“destinados a uso não profissional”), o elemento relacional tem sido profundamente desafiado.

Assim, a contraparte (em relação ao consumidor) tem que ser uma “pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Falta o elemento relacional no caso de o contrato ser celebrado entre não profissionais (ou particulares). Note-se que não se pode falar em contrato entre consumidores, uma vez que, se não estiver preenchido o elemento relacional, não estamos perante um consumidor.

A identificação da contraparte poderá nem sempre ser fácil, em especial nos contratos celebrados em plataformas digitais, que se vão estendendo a setores de atividade muito diversificados³⁷.

Muitas vezes não é evidente com quem é que se está a contratar. Por exemplo, no caso da plataforma Uber, apesar de esta indicar nas condições gerais que não presta serviços de transporte, deve concluir-se que a empresa não é simples intermediária, sendo parte no contrato³⁸. Como a atividade é exercida a título profissional, o elemento relacional encontra-se preenchido.

³⁴ Sobre o conceito de consumidor, v. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., pp. 21 a 31.

³⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

³⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

³⁷ Por exemplo, o setor do crédito: CHRISTOPH BUSCH e VANESSA MAK, “Peer-to-Peer Lending in the European Union”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2016, p. 181.

³⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, pp. 63-65, p. 64; JORGE MORAIS CARVALHO, “Developments on Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2015, pp. 157-158; JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na Sharing Economy”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 115-129, p. 306; CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A

Já no caso de outras plataformas, como o OLX ou o CustoJusto, a relação com estas empresas é de consumo (se estiverem preenchidos os outros elementos do conceito de consumidor), mas a relação estabelecida com o vendedor do bem poderá ou não ser de consumo, consoante este venda os bens usados com carácter profissional ou não³⁹.

A fronteira que delimita o carácter profissional de uma atividade não é fácil de traçar. Nos extremos, a solução é clara. Assim, se uma pessoa resolve vender através de uma aplicação o carrinho de bebé do filho que entretanto cresceu não está a exercer a atividade a título profissional. O mesmo se diga de alguém que herda uma casa no Algarve e resolve arrendá-la uma semana na Páscoa através da plataforma Airbnb. Já se o negócio for comprar e vender carrinhos de bebé nessas aplicações ou arrendar casas, o carácter profissional do exercício da atividade é claro. Mais complexa é a conclusão quanto à verificação do elemento relacional em situações intermédias. Por exemplo: a pessoa em causa compra e, posteriormente, vende um carrinho de bebé de seis em seis meses através do OLX (ou um por mês ou de dois em dois meses); a casa herdada é arrendada o ano todo na Airbnb (ou não se trata apenas de uma casa, mas de duas ou três).

A dificuldade na adoção de critérios universalizáveis revela a inadequação do conceito a esta nova realidade, importando sobretudo definir os termos em que as plataformas podem ser responsabilizadas.

Note-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, porque não é matéria de facto). Se não forem incluídos no objeto do processo por outra via, cabe ao consumidor a alegação e, em princípio⁴⁰, a prova dos factos, relativos aos elementos indicados, que sustentam essa qualificação, nomeadamente o “uso não profissional”⁴¹.

6.2. Mudança de paradigma

É igualmente visível uma mudança de paradigma no que respeita às formas de proteção do consumidor, associadas às novas tecnologias e às redes sociais, cada mais baseadas no

New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10, p. 8.

³⁹ JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, cit., pp. 124 e 125.

⁴⁰ MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 139-158, p. 149, considera que, “segundo o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá impender sobre o consumidor relativamente aos factos que implicam a verificação dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico da noção de consumidor e sobre o (suposto) profissional quanto aos factos que implicam a verificação do elemento relacional da mesma noção”. A referência a um pedido de esclarecimento aponta, no direito português, para a aplicação dos arts. 7.º e 590.º-2 do Código de Processo Civil (princípio da cooperação). MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, cit., p. 143, considera que o juiz deve mesmo, se for necessário, recorrer “aos mecanismos de produção de prova por sua iniciativa que a lei processual lhe atribui, no âmbito do dever de inquisitorialidade do julgador, constante do artigo 411.º do CPC”.

⁴¹ No Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 4 de junho de 2015, Processo C-497/13, conclui-se que o tribunal “está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor [...], ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade”.

autocontrolo da qualidade dos bens e serviços pelos próprios consumidores, através de mecanismos de avaliação em linha da experiência com o profissional⁴².

As *reviews* (comentários, opiniões, análises) feitas por outros consumidores são, muitas vezes, fundamentais na decisão de contratar. Já o eram antes, mas o ritmo atual de circulação da informação institucionalizou-as (atualmente, ninguém ignora, por exemplo, a pontuação da Booking antes de marcar um hotel), tendo sido integradas nas estratégias de marketing dos profissionais, em particular dos intermediários que atuam no mercado digital.

Um dos grandes desafios do direito civil nos próximos anos, em particular na área do consumo, será regular adequadamente estes mecanismos de avaliação⁴³, garantindo a sua autenticidade.

7. Conteúdos digitais

Os conteúdos digitais estão, em geral, no centro da revolução tecnológica em curso. Com a democratização do acesso a computadores e telefones inteligentes (*smartphones*), todos eles ligados à Internet, passaram a ser cada vez mais comuns os contratos que têm como objeto conteúdos digitais, podendo considerar-se que têm mesmo uma função central na contratação contemporânea⁴⁴.

Estes contratos são, naturalmente, ignorados pelo Código Civil, mas também por legislação mais recente, da primeira década do século XXI, como a que regula o comércio eletrónico.

A Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, regulou, ainda que de forma tímida, alguns aspetos relacionados com os conteúdos digitais.

O artigo 8.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor, diploma para o qual foi parcialmente transposta a Diretiva 2011/83/UE, estabelece que “o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada”, entre outros aspetos, da “funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de proteção técnica, quando for o caso” e de “qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais,

⁴² JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, cit., pp. 307 e 308; CHRISTOPH BUSCH, “Crowdsourcing Consumer Confidence – How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223-243; MADALENA NARCISO, “Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis”, in *Maastricht European Private Law Institute – Working Paper*, n.º 2, 2017 – <https://ssrn.com/abstract=2918764>, p. 3.

⁴³ CHRISTOPH BUSCH, “Towards a «New Approach» in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2016, pp. 197-198, p. 198; SOFIA RANCHORDÁS, “Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy”, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082403, 2017.

⁴⁴ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Disruptive Technology – Disrupted Law?”, cit., p. 31.

quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento”. A interoperabilidade é um aspeto muito relevante no que diz respeito a conteúdos digitais, uma vez que só esta garante a utilização do conteúdo digital em diferentes equipamentos por parte do consumidor.

O Decreto-Lei n.º 24/2014, que transpõe a generalidade das regras da Diretiva 2011/83/UE, define conteúdo digital como os “dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio” [artigo 3.º-d)], e estabelece regras quanto à informação pré-contratual e ao direito de arrependimento quando este seja o objeto do contrato.

Tendo em conta as especificidades resultantes do seu objeto, a União Europeia está, como já se referiu, a preparar legislação sobre contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁴⁵.

A Proposta de Diretiva, de 9 de dezembro de 2015, visa regular os contratos de fornecimento de conteúdos digitais, relevando algum paralelismo com o regime da venda de bens de consumo (em Portugal, regulada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003⁴⁶).

A Proposta de Diretiva retoma o conceito de conformidade, especificamente no domínio dos conteúdos digitais.

Os critérios de conformidade são indicados no artigo 4.º:

- Conteúdo digital tem que “ser da quantidade, qualidade, duração e versão e ter a funcionalidade, interoperabilidade e outras características de desempenho como a acessibilidade, continuidade e segurança, conforme exigido pelo contrato, inclusivamente em quaisquer informações pré-contratuais que façam parte integrante do contrato”;
- Conteúdos digitais têm que “ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao fornecedor no momento da celebração do contrato e que o mesmo tenha aceitado” (ou, se não for estipulada uma finalidade específica, “ser adequados à finalidade para a qual os conteúdos digitais com a mesma descrição seriam, normalmente, utilizados, incluindo a sua funcionalidade, interoperabilidade e outras características de desempenho como a acessibilidade, continuidade e segurança, tomando em consideração” uma série de elementos elencados no preceito);

⁴⁵ MICHAEL LEHMANN, “A European Market for Digital Goods”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 111-126, p. 115.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008 de 21 de maio.

– Conteúdos digitais têm que “ser fornecidos juntamente com quaisquer instruções e apoio ao cliente exigidos pelo contrato” e “ser atualizados, tal como estipulado no contrato”.

A integração no ambiente digital do consumidor também constitui um critério de conformidade, havendo falta de conformidade (i) se o conteúdo digital for incorretamente integrado pelo fornecedor ou por terceiro, sob a sua responsabilidade, ou (ii) se, sendo integrado pelo consumidor, a incorreção for devida a deficiências nas instruções de integração.

O artigo 8.º determina ainda que, “no momento em que os conteúdos digitais forem fornecidos ao consumidor, devem estar isentos de quaisquer direitos de terceiros, incluindo em matéria de propriedade intelectual, de modo a que os conteúdos digitais possam ser utilizados em conformidade com o contrato”.

Igualmente relevante para a União Europeia é, naturalmente, o acesso aos conteúdos em qualquer Estado-Membro, preocupação que está na base da Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2015, que visa assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. Este diploma tem como objetivo, no essencial, impor aos prestadores de serviços de conteúdos em linha a obrigação de garantir o acesso não só no Estado-Membro da residência habitual do utilizador, mas também no Estado-Membro da sua residência temporária⁴⁷.

Já a Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 2016, vem prever a proibição do bloqueio geográfico (*geoblocking*) e outras formas de discriminação com base na nacionalidade, local de residência ou de estabelecimento dos clientes no mercado interno⁴⁸.

Os conteúdos digitais, bem como os dados pessoais associados, levantam uma série de outras questões, parcialmente relacionadas com o direito do consumo, nomeadamente o seu destino em caso de morte do titular⁴⁹.

8. Impressoras 3D

No âmbito da revolução tecnológica e digital em curso, é ainda importante perceber a influência que as impressoras 3D poderão ter na produção de bens a médio prazo. Será que o consumidor vai ser o novo produtor?

⁴⁷ KARL-NIKOLAUS PEIFER, “The Proposal of the EU Commission for a Regulation on Ensuring the Cross-Border Portability of Online Content Services in the Internal Market”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 163-172, p. 164.

⁴⁸ KARIN SEIN, “The Draft Geoblocking Regulation and its Possible Impact on B2C Contracts”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2017, pp. 148-157, p. 157.

⁴⁹ Para um breve enquadramento geral, v. KRISTIN NEMETH e JORGE MORAIS CARVALHO, “Digital Inheritance in the European Union”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2017, p. 253.

A impressora 3D permite materializar numa coisa um conteúdo digital. Vejamos um exemplo. Num primeiro momento, o designer faz o desenho de um sapato, através de um computador, com as instruções necessárias para a sua impressão. Depois, esse designer coloca o ficheiro que contém o desenho no mercado, podendo ser adquirido por qualquer interessado (produtor ou consumidor final). Por fim, o adquirente pode imprimir o ficheiro numa impressora 3D e, no final da impressão, tem um sapato.

É muito difícil prever, neste momento, qual será o impacto desta realidade, mas não deixa de ser evidente o papel central que os conteúdos digitais cada vez mais ocupam na economia. Com as impressoras 3D, mais do que a coisa propriamente dita, o ficheiro (ou seja, o conteúdo digital) é que tem de estar conforme com o contrato celebrado.

9. Conclusão

A revolução tecnológica e digital em curso tem consequências nos contratos que celebramos e na sua regulação.

Como pretendemos demonstrar ao longo deste texto, os megadados, a Internet das coisas, os dados pessoais, o *blockchain*, as criptomoedas, os *smart contracts*, as plataformas digitais, os conteúdos digitais e as impressoras 3D desafiam de forma significativa o direito do consumo e o direito dos contratos em geral tal como o concebemos hoje.

Estas são apenas algumas das questões colocadas pelo mercado digital, sendo que, provavelmente, enquanto estiver a ler estas páginas, um novo desafio terá nascido para o direito do consumo no ambiente digital.

Apresentação Power Point

DESAFIOS DO MERCADO DIGITAL PARA O DIREITO DO CONSUMO

Centro de Estudos Judiciários

Jorge Morais Carvalho

17 de março de 2017

MERCADO ÚNICO DIGITAL

- Prioridade da União Europeia para os próximos anos.
- Levanta novas questões ao direito dos contratos e, em particular, ao direito do consumo.

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E DIGITAL

- Serão as regras atuais suficientes para regular os contratos que resultam desta revolução?
- Serão as regras (suficientemente) flexíveis para se adaptarem a novas realidades?

SEIS DESAFIOS

- *Big data.*
- Dados pessoais.
- *Internet of things.*
- Plataformas digitais.
- Conteúdos digitais.
- Impressoras 3D.

BIG DATA (MEGADADOS)

CONCEITO

- Recolha, armazenamento e tratamento automatizado de um conjunto enorme de dados.
- Permite uma cada vez maior personalização da oferta de bens e serviços.

UTILIZAÇÃO

- Com a informação que circula na Internet, é possível, sem utilizar informação específica relativa a uma determinada pessoa, perceber o comportamento dessa mesma pessoa com base no comportamento das pessoas com as mesmas características.
- Exemplo: *big data* podem indicar que um anúncio colocado no Facebook tem um impacto X nas pessoas que residem em determinado local, acedem à Internet a determinada hora e gostam de determinada página.

VANTAGEM PARA O UTILIZADOR DE *BIG DATA*

Permite, com uma exatidão nunca antes conseguida, antecipar o comportamento de pessoas que correspondem a determinadas características e, com base em dados a elas relativos, orientar a informação transmitida.

PERSONALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS

- Proposta contratual dirigida à pessoa A relativa a um determinado bem ou serviço pode ter cláusulas diferentes da proposta dirigida, quanto ao mesmo bem ou serviço, à pessoa B, por se saber que aquela tem tendencialmente mais interesse em celebrar o contrato.
- Quando A abre a página, o relógio custa € 150. Quando B abre a página, o relógio custa € 100.

PERSONALIZAÇÃO DOS BENS E SERVIÇOS

- Cruzando a data de nascimento e as páginas consultadas por uma pessoa com o tráfego geral em determinada página (ou páginas), pode ser emitida uma proposta relativa à camisola do clube dessa pessoa, com uma imagem do número nas costas correspondente ao ano de nascimento ou à idade.
- Quando A abre a página, aparece uma camisola do Benfica com o número 1970 nas costas (ano de nascimento de A). Quando B abre a página, aparece uma camisola do Belenenses com o número 1976.

DADOS PESSOAIS

RELEVÂNCIA

- Novo ouro / novo petróleo.
- Importante bem transacionável.
- Desafio para o direito dos contratos.

SERÁ QUE EXISTEM APLICAÇÕES PARA TELEMÓVEIS GRÁTIS?



DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA

- “Contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um *preço*” (art. 874.º do Código Civil).
- Art. 879.º-c): a compra e venda tem como efeitos essenciais, entre outros, “a obrigação de pagar o *preço*”.
- Será que os dados podem ser considerados um preço?

RELEVÂNCIA DA QUESTÃO

- Dados fornecidos pelo utilizador em troca do bem são em muitos casos muito mais valiosos do que uma contrapartida financeira (em especial para empresas tecnológicas).
- Para a empresa gestora do jogo Pokémon Go, tem muito mais valor a informação inserida no jogo (fotos, por exemplo) do que um valor de um ou dois euros que pudesse ser pago pelos utilizadores pela aplicação.

CONSEQUÊNCIA

- Não podemos considerar estes contratos – em que não é pago um preço, mas são fornecidos dados – como contratos gratuitos.
- Existe uma contraprestação (que, no mínimo, equilibra as prestações).

PROPOSTA DE DIRETIVA

- Proposta de Diretiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, de 9 de dezembro de 2015.
- Art. 3.º: o diploma é aplicável a “qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço **ou** o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados”.

ATUALMENTE

- Interpretação atualista das normas vigentes no sentido de considerar onerosos os contratos pelos quais são transmitidos bens ou serviços contra o fornecimento de dados.
- Em caso de dúvida entre o regime do respetivo tipo gratuito ou oneroso, deve aplicar-se o relativo ao tipo oneroso (por exemplo, compra e venda e não doação).

PROBLEMA ADICIONAL

- Art. 17.º do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados – Direito ao apagamento dos dados.
- Se o contraente que forneceu os dados retirar o seu consentimento, qual é a consequência para o contrato que tinha como contraprestação o fornecimento desses dados?

INTERNET OF THINGS (INTERNET DAS COISAS)

CONCEITO

- Ligação das coisas, como eletrodomésticos ou meios de transporte, entre muitos outros, à Internet, garantindo uma gestão inteligente dessas coisas.

QUESTÃO I – SEM RELEVÂNCIA CONTRATUAL

De que forma um *self-driving car* deve estar programado perante a situação em que uma criança aparece à sua frente, sendo a única hipótese para não a atropelar o embate num muro que porá em perigo a vida dos seus ocupantes?

EXEMPLO COM RELEVÂNCIA CONTRATUAL

Frigorífico que, tendo a informação de que já só há um iogurte, contacta diretamente um supermercado *online*, encomendando mais iogurtes.

RESPOSTA DO DIREITO

- À partida, pelo menos no estado atual de evolução tecnológica, não se pode concluir que estes contratos sejam celebrados entre coisas.
- As coisas são programadas por pessoas para a emissão de declarações contratuais e estas são-lhes, portanto, imputáveis.

PLATAFORMAS DIGITAIS

INTRODUÇÃO

- Exemplos: Uber, Airbnb, Booking, OLX, entre milhares de outras.
- Novas dinâmicas à contratação: relações deixam de estar circunscritas a duas partes, surgindo terceiros que, com graus de intervenção diversos, têm grande importância na economia contratual.
- Desafios: (i) conceito de consumidor; (ii) mudança de paradigma na proteção do consumidor.

DESAFIO AO CONCEITO DE CONSUMIDOR

- Inexistência de um conceito único de consumidor.
- Art. 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor: “considera-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 caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.
- Quatro elementos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional.

ELEMENTO RELACIONAL

- Não está a exercer a atividade a título profissional:
 - Uma pessoa que resolve vender através de uma aplicação o carrinho de bebé do filho que entretanto cresceu;
 - Alguém que herda uma casa no Algarve e resolve arrendá-la uma semana na Páscoa através da plataforma Airbnb
- Está a exercer a atividade a título profissional quem tiver como negócio comprar e vender carrinhos de bebé no OLX ou arrendar casas na Aibnb.
- E a meio caminho?

MUDANÇA DE PARADIGMA NA FORMA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

- Autocontrolo da qualidade dos bens e serviços pelos próprios consumidores, através de mecanismos de avaliação em linha da experiência com o profissional.
- Reviews (comentários, opiniões, análises) feitas por outros consumidores são fundamentais na decisão de contratar.
- Um dos grandes desafios do direito civil nos próximos anos, em particular na área do consumo, será regular adequadamente estes mecanismos de avaliação

CONTEÚDOS DIGITAIS

CONTEXTUALIZAÇÃO

- Centro da revolução tecnológica em curso, com a democratização do acesso a computadores e telefones inteligentes (*smartphones*), com acesso à Internet.
- São cada vez mais comuns os contratos que têm como objeto conteúdos digitais, podendo considerar-se que têm mesmo uma função central na contratação contemporânea.

CONTEXTUALIZAÇÃO

- Ignorados pelo Código Civil, mas também por legislação mais recente, da primeira década do século XXI, como a que regula o comércio eletrônico.
- Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, regulou, ainda que de forma tímida, alguns aspetos relacionados com os conteúdos digitais (transpostos para a Lei de Defesa do Consumidor e para o DL 24/2014).

PREPARAÇÃO DE LEGISLAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

- Proposta de Diretiva, de 9 de dezembro de 2015: visa regular os contratos de fornecimento de conteúdos digitais, relevando algum paralelismo com o regime da venda de bens de consumo (em Portugal, regulada pelo DL 67/2003).
- Proposta de Regulamento, de 9 de dezembro de 2015: visa assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. Objetivo principal: garantir o acesso aos conteúdos não só no Estado-Membro da residência habitual do utilizador, mas também no EM da sua residência temporária.

IMPRESSORAS 3D

DESAFIO

- Será que o consumidor vai ser o novo produtor?
- Impressora 3D permite materializar numa coisa um conteúdo digital.

EXEMPLO

- Num primeiro momento, o designer faz o desenho de uma capa de telemóvel, através de um computador, com as instruções necessárias para a sua impressão.
- Depois, esse designer coloca o ficheiro que contém o desenho no mercado, podendo ser adquirido por qualquer interessado (produtor ou consumidor final).
- Por fim, o adquirente pode imprimir o ficheiro numa impressora 3D e, no final da impressão, tem uma capa de telemóvel.

FUTURO

- Difícil prever, neste momento, qual será o impacto das impressoras 3D.
- Evidência: papel central que os conteúdos digitais cada vez mais ocupam na economia.
- Mais do que a coisa, o ficheiro (ou seja, o conteúdo digital) é que tem de estar conforme com o contrato celebrado.

BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Joana Campos, “A Proteção dos Consumidores na *Sharing Economy*”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 115-129
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017
- *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016 (Special Issue – *The Rise of the Platform Economy*)
- FRANCESCHI, Alberto De (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016

Jorge Morais Carvalho



www.jorgemoraiscarvalho.com



Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information for Largo do Limoeiro is provided. A navigation bar contains the following text: 'Temas de Direito Civil e Processual Civil', 'Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo', and 'Montepio - Auditório 17.03.2017 10:15'. The video frame shows a man in a suit and glasses speaking at a podium. The podium has a nameplate that reads 'Lisboa' and 'Jorge Morais Carvalho' with the subtitle 'Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo'. Logos for 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA TA' are visible in the background. The video player controls at the bottom include a play button, a progress bar, and various playback icons. At the bottom left, logos for 'FCT' (Faculdade de Ciências e Tecnologia) and 'FCCN' (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais) are shown. The website 'www.fccn.pt' is listed at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1nrl8t nihq/flash.html?locale=pt>

4.

**Períodos de fidelização:
as recentes alterações da
Lei das Comunicações
Eletrónicas**

Margarida Paz



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PERÍODOS DE FIDELIZAÇÃO: AS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEI DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS ¹

Margarida Paz*

- 1. Introdução
 - 2. Enquadramento, definição e natureza
 - 2.1. Definição
 - 2.2. Características
 - 2.3. Problemática
 - 2.4. Enquadramento jurídico
 - 3. Cláusula de fidelização enquanto cláusula contratual geral
 - 3.1. Submissão das cláusulas de fidelização à LCCG
 - 3.2. Ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público
 - 4. Cláusulas de fidelização nulas
 - 5. Cláusulas de fidelização implícitas
 - 6. A duração máxima dos períodos de fidelização
 - 7. Períodos adicionais de fidelização
 - 8. Encargos por não cumprimento do período de fidelização;
 - 9. Valor a pagar em caso de incumprimento do período de fidelização no âmbito do Decreto-Lei n.º 56/2010
 - 10. Prescrição
 - 10.1. Problemática
 - 10.2. Soluções preconizadas
- Bibliografia
Referências jurisprudenciais
Apresentação *Power Point*
Vídeo

1. Introdução

As chamadas cláusulas de fidelização tornaram-se comuns em determinados setores da contratação, sobretudo nas telecomunicações.

Sendo um fenómeno relativamente recente, ainda que previsto na lei, os contornos que tem vindo a assumir obrigaram o legislador a introduzir normas específicas para regular as cláusulas de fidelização – também conhecidas por períodos de fidelização – no âmbito da específica área das telecomunicações, na qual confluem outros regimes jurídicos, como o regime das cláusulas contratuais gerais e dos serviços públicos essenciais.

Em especial, a Lei das Comunicações Eletrónicas tem sido objeto de sucessivas alterações, tendo as mais significativas, nesta matéria, ocorrido em 2010 e mais recentemente em 2016.

¹ O presente texto corresponde, com atualizações jurisprudenciais e doutrinárias, à apresentação realizada na ação de formação “Temas de Direito Civil e Processo Civil (Direito do Consumo)”, organizada pelo CEJ, e que decorreu em 17 de março de 2017, no auditório do Montepio, em Lisboa.

* Procuradora da República e Docente do Centro de Estudos Judiciários.

Apurar se o regime jurídico atualmente vigente é eficaz para combater a utilização abusiva das cláusulas de fidelização dependerá essencialmente do tratamento doutrinário e, em especial, jurisprudencial sobre uma matéria que se afigura tecnicamente pouco fácil.

2. Enquadramento, definição e natureza

2.1. Definição

A cláusula de fidelização é uma cláusula pela qual uma das partes estipula o “período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final”², durante o qual ambos os contraentes não lhe podem pôr fim por via de denúncia.

Na verdade, como é referido no acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 20.05.2014³, o “período de fidelização contratual resulta de um acordo de vontades entre o operador do serviço e o consumidor, que tem de ser informado devidamente das condições em que o serviço será prestado, e para beneficiar de determinados descontos e ofertas compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato, nos termos acordados e pelo período de permanência ou de fidelização definido”.

Com a Lei n.º 15/2016, de 17.06, que alterou a Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE), introduziu-se a definição de fidelização.

Assim, a alínea *m*) do artigo 3.º da LCE define, de forma muito singela, ‘Fidelização’ como sendo o “período durante o qual o consumidor se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas”⁴.

Mais adiante, na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 48.º, vem a LCE acrescentar que a existência de fidelização “depende da atribuição de qualquer vantagem ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais”.

2.2. Características

São apontadas como características das cláusulas de fidelização, por um lado, o *elemento temporal* e, por outro, a *determinação do valor a pagar em caso de não cumprimento do período mínimo*.

Assim, quanto ao período de duração mínima do contrato, estipulado através da cláusula de fidelização, o mesmo é usualmente de 6, 12 ou 24 meses, podendo ser fixado contratualmente

² JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos de Fidelização”, *I Congresso de Direito do Consumo*, coord: Jorge Morais Carvalho, Coimbra: Almedina, 2016, p. 51.

³ P. 83925/13.6YIPRT.P1; www.dgsi.pt.

⁴ Não deixa de ser curioso que seja apenas visado o consumidor como a parte que se compromete a não cancelar ou a alterar o contrato, nada sendo referido quanto à empresa de comunicações eletrónicas.

outro prazo, desde que não exceda os 24 meses nos contratos de comunicações eletrónicas, como adiante melhor veremos.

Não obstante, a esmagadora maioria dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas prevê o prazo de fidelização de 24 meses.

Sensível a esta realidade, o legislador impôs na alínea *b*) do n.º 8 do artigo 48.º da LCE, como melhor analisaremos adiante, que as operadoras de telecomunicações ofereçam a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem, para além do mais, contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização, por cada benefício concedido ao utilizador, devendo publicitar, de forma facilmente acessível pelos consumidores, a relação entre custo e benefício associada às diferentes ofertas comerciais, permitindo a comparação da mesma oferta com diferentes períodos de fidelização, sempre que existam.

Por outro lado, quanto ao valor a pagar em caso de incumprimento do período mínimo, poder-se-á discutir se esse valor deverá ser qualificado como *preço* ou como *indemnização*. Secundando Jorge Morais Carvalho⁵, consideramos que se o valor for igual ao das mensalidades acordadas como contrapartida da prestação do serviço até ao termo do período de fidelização, estaremos perante o *preço*. Se, pelo contrário, tal montante devido foi inferior ao das mensalidades acordadas como contrapartida da prestação do serviço até ao termo do período de fidelização, estaremos perante uma *cláusula penal*.

A cláusula de fidelização poderá, assim, revestir a natureza de cláusula penal, que constitui a determinação pelas partes das consequências do incumprimento ou da mora no cumprimento de determinada obrigação.

É a chamada *cláusula penal com função moratória ou compensatória*⁶, a qual se destina à “reparação de danos mediante a fixação antecipada da indemnização em caso de não cumprimento definitivo ou de simples mora do devedor”⁷, isto é, “fixa antecipadamente o valor da indemnização a pagar em caso de incumprimento”⁸.

Entre as características comuns às cláusulas penais compulsórias e às cláusulas indemnizatórias está a acessoriedade, dependência ou instrumentalidade relativamente a uma obrigação principal: a cláusula penal constitui um instrumento para compelir o devedor a cumprir a obrigação principal (cláusula penal compulsória) ou para liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento da obrigação principal (cláusula penal indemnizatória),

⁵ “Períodos...”, cit., p. 53.

⁶ À cláusula penal com função moratória ou compensatória, a doutrina indica duas outras modalidades de cláusula penal: (1) a *cláusula penal em sentido estrito*, que “visa compelir o devedor ao cumprimento” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 609). “Esta estipulação substituiu o cumprimento ou substituiu a indemnização” (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contrato-Promessa em Geral – Contratos-Promessa em Especial*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 154-155, n. 273); e (2) a *cláusula penal de natureza compulsória*, “como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não cumprimento” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal...*, cit., pp. 604-605). Neste caso, “as partes pretendem que a pena acresça à execução específica ou à indemnização calculada nos termos gerais” (ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, reimpressão/12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 794-795).

⁷ Acórdão do STJ de 27.09.2011 (Processo n.º 81/1998.C1.S1; www.dgsi.pt).

⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Períodos...”, cit., p. 53.

pelo que a existência de uma obrigação principal constitui condição sine qua non da eficácia da cláusula penal. (...) Em segundo lugar, se o cumprimento da obrigação principal não for judicialmente exigível (p. ex., por virtude da prescrição), o pagamento da pena convencional também não o será”⁹.

2.3. Problemática

Atualmente assiste-se a uma generalização desta prática em muitos dos contratos celebrados com consumidores, normalmente incluídos em formulários que constituem cláusulas contratuais gerais.

Tendencialmente podemos encontrar cláusulas de fidelização nos seguintes contratos: contratos de prestação de serviços de telecomunicações; contratos de utilização de instalações e equipamentos desportivos; e contratos de manutenção de elevadores.

2.4. Enquadramento jurídico

Considerando a proximidade¹⁰ de diplomas legais relativos à proteção e defesa do consumidor de bens e serviços, vamos encontrar a referência a períodos de fidelização em vários normativos legais.

Assim, desde logo na alínea *h*) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei Defesa Consumidor¹¹ (LDC), que estabelece que *o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua denúncia ou não renovação, bem como as respetivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos.*

Por sua vez, a alínea *p*) do n.º 1 do artigo 4.º do regime jurídico dos contratos celebrados à distância¹² determina que *antes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, as seguintes informações: a duração do contrato, quando não seja indefinida*

⁹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato - Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 82-83.

¹⁰ Na verdade, não existe em Portugal um diploma semelhante ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Foi elaborado o Anteprojeto do Código do Consumidor, o qual não foi, contudo, aprovado. Cfr. ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra: Almedina, 2010, a qual, na anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, faz múltiplas referências a este Anteprojeto do Código do Consumidor.

¹¹ Aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31.07, e alterada pela Retificação n.º 16/96, de 13.11, pela Lei n.º 85/98, de 16.12, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08.04, pela Lei n.º 10/2013, de 28.01, e pela Lei n.º 47/2014, de 28.07.

¹² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14.02, e alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28.07.

ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia, incluindo, quando for o caso, o regime de contrapartidas estabelecidas para a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos.

Incontornável nesta matéria é o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (LCCG)¹³, o qual, não se referindo expressamente a períodos ou cláusulas de fidelização, é fundamental para aferir, por um lado, se foram cumpridos os deveres de comunicação e informação previstos nos artigos 5.º e 6.º, respetivamente, e, por outro, para analisar a validade intrínseca da própria cláusula, com recurso aos artigos 15.º, 16.º, 19.º, alínea c), e 22.º, n.º 1, alínea a). Reflexamente, torna-se importante convocar o regime jurídico dos serviços públicos essenciais¹⁴, de forma a apurar se o prazo de prescrição de 6 meses previsto no n.º 1 do artigo 10.º é igualmente aplicável à indemnização por não cumprimento da duração mínima do contrato.

Aproximando-nos da legislação que regula especificamente os períodos de fidelização no âmbito dos contratos de serviços de comunicações eletrónicas, importa ainda considerar o Decreto-Lei n.º 56/2010, de 01.06, que, nos termos do artigo 1.º, “estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações electrónicas bem como pela rescisão do contrato durante o período de fidelização, garantindo os direitos dos utentes nas comunicações electrónicas e promovendo uma maior concorrência neste sector”.

Por fim, e talvez o diploma legal que se está a tornar cada vez mais importante nesta matéria, a Lei das Comunicações Eletrónicas, cujos artigos 3.º, alínea m), 47.º-A e 48.º regulam importantes questões relativas aos períodos de fidelização nos contratos de comunicações eletrónicas.

A LCE foi aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10.02, e sofreu as seguintes alterações: Retificação n.º 32-A/2004, de 10.04; Decreto-Lei n.º 176/2007, de 08.05; Lei n.º 35/2008, de 28.07; Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21.05; Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25.09; Lei n.º 46/2011, de 24.06; Lei n.º 51/2011, de 13.09; Lei n.º 10/2013, de 28.01; Lei n.º 42/2013, de 03.07; Decreto-Lei n.º 35/2014, de 07.03; Lei n.º 82-B/2014, de 31.12; Lei n.º 127/2015, de 03.09; Lei n.º 15/2016, de 17.06, e Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31/07.

De todas as alterações que a LCE, as mais relevantes no que tange a esta matéria foram as ocorridas com a Lei n.º 51/2011, de 13.09, e com a Lei n.º 15/2016, de 17.06.

¹³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25.10, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31.08, pela Retificação n.º 114-B/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.

¹⁴ Lei n.º 23/96, de 26.07, alterada pelas Leis n.ºs 12/2008, de 26.02, 24/2008, de 02.06, 6/2011, de 10.03, 44/2011, de 22.06, e 10/2013, de 28.01.

3. Cláusula de fidelização enquanto cláusula contratual geral

3.1. Submissão das cláusulas de fidelização à LCCG

As cláusulas de fidelização constituem, na maior parte dos casos, cláusulas contratuais gerais. Na verdade, são “proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adotou”¹⁵.

Assumem, por isso, as características das cláusulas contratuais gerais, isto é, a generalidade, a pré-elaboração e a rigidez¹⁶.

Importa, por esse motivo, atentar no regime das cláusulas contratuais gerais, previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, nomeadamente no artigo 5.º deste diploma legal, relativo ao *dever de comunicação*. Assim, as cláusulas contratuais gerais (entenda-se, as cláusulas de fidelização) devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes, de acordo com o n.º 1.

Por outro lado, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que a comunicação 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 efetivo por quem use de comum diligência.

O artigo 6.º da LCCG estabelece o importante dever de informação que se traduz, por um lado, no dever que incumbe ao contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais no sentido de informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspetos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique (n.º 1). Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados (n.º 2 do artigo 6.º).

Devem ainda ser considerados os artigos 47.º-A e 48.º da LCE, introduzidos pela Lei n.º 15/2016, que estabelecem importantes deveres de informação.

Assim, o n.º 3 do artigo 47.º-A determina que as empresas que estabeleçam com os seus assinantes períodos de fidelização são obrigadas a fornecer-lhes, através dos meios que habitualmente utilizam na sua comunicação regular com os mesmos, *no momento e sempre que tal seja solicitado*, toda a informação relativa: (1) à duração remanescente do seu contrato; (2) ao valor associado à rescisão antecipada do mesmo.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 48.º da LCE esclarece que a informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições da sua renovação e cessação, deve ser *clara, perceptível, disponibilizada em suporte duradouro* e incluir as seguintes indicações:

- Eventual *período de fidelização*, cuja existência depende da atribuição de qualquer vantagem ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsidiação de

¹⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I: Conceito, Fontes, Formação*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 199.

¹⁶ Embora se entenda que a rigidez não é uma característica das cláusulas contratuais gerais, mas sim um elemento tendencial (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I...*, cit., p. 197).

equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais [alínea a)];

– Eventuais *encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização*, por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais [alínea c)].

Aliás, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo 48.º, o contrato é nulo nas seguintes circunstâncias:

- (1) Se for celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância; e
- (2) O prestador do serviço, ou seu representante, não facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, para além do mais, todas as informações referidas no artigo 48.º, n.º 2.

O consumidor apenas fica vinculado depois de assinar proposta contratual ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

Por fim, o n.º 4 do artigo 48.º da LCE proíbe expressamente as empresas de redes/serviços de comunicações eletrónicas de se oporem à denúncia dos contratos por iniciativa dos assinantes, com fundamento na existência de um período de fidelização, ou se exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um período de fidelização, se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor referida no n.º 3¹⁷.

Ainda no âmbito da LCCG, mas agora considerando o conteúdo das cláusulas, importa atender aos artigos 15.º e 16.º, que proibem as cláusulas contratuais gerais contrárias à *boa fé*.

Na concretização desta cláusula geral, e no que tange às cláusulas de fidelização, a alínea c) do artigo 19.º da LCCG proíbe as cláusulas contratuais gerais que, consoante o quadro negocial padronizado, consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.

Por sua vez, a alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º da LCCG proíbe as cláusulas contratuais gerais que, consoante o quadro negocial padronizado, prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia.

¹⁷ Vide, a propósito desta norma, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, “A desproteção do consumidor – algumas questões sobre fidelização de telemóveis”, *AbInstantia*, Lisboa, ano IV, n.º 6, 2016, pp. 57-58.

3.2. Ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público [artigos 25.º e 26.º, n.º 1, alínea c), da LCCG]¹⁸

Os tribunais superiores têm vindo a declarar a nulidade de cláusulas de fidelização no âmbito de ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público.

Disso são exemplo os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14.11.2013¹⁹, de 09.12.2014²⁰ e do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 05.06.2012²¹.

4. Cláusulas de fidelização nulas

É pacificamente aceite que, para se admitir a validade de uma cláusula de fidelização, é imperioso que existam *contrapartidas* para o consumidor.

Assim, a jurisprudência tem analisado a validade das cláusulas de fidelização à luz da existência, ou não, de contrapartidas para o consumidor, essencialmente por duas vertentes.

Em primeiro lugar, a cláusula de fidelização é analisada sob o prisma *temporal*, convocando, para o efeito, a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 22.º da LCCG.

Neste sentido, podemos encontrar os seguintes acórdãos:

O acórdão do TRL de 05.06.2012²², o qual, no âmbito de uma ação inibitória instaurada pelo Ministério Público, considerou que 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 artigo 22.º, n.º 1, alínea *a*), da LCCG” (itálico nosso). Foi, neste acórdão, considerado *excessivo o prazo de 12 meses fixado para manter vinculado o aderente, sem qualquer vantagem aparente para este*.

O acórdão do TRL de 08.03.2012²³, o qual, igualmente numa ação inibitória instaurada pelo Ministério Público, considerou que “não ocorre desproporção entre a penalidade fixada e os prejuízos suportados, em cláusula na qual se impõe ao cliente que mantenha o contrato durante um período mínimo de *doze meses*, sob pena de, em caso de denúncia antecipada, ter

¹⁸ Para maior desenvolvimento quanto às ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público, *vide* MARGARIDA PAZ, “Ações inibitórias e ações coletivas”, *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, coord: Rui Paulo Ataíde e Carlos Lacerda Barata, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, pp. 409-446.

¹⁹ P. 122/09.2TJLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

²⁰ P. 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de assistência técnica, manutenção e reparação de ascensores.

²¹ P. 3095/08.5YXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de disponibilização de instalações e equipamentos para a prática desportiva de lazer.

²² P. 3095/08.5YXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt).

²³ P. 497/10.0TCFUN.L1-8 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

de pagar indemnização correspondente ao preço do serviço por cada mês em falta até perfazê-los” (itálico nosso). Assim, por ler-se no mesmo acórdão, “não traduzem cláusulas penais desproporcionadas aquelas que conferem ao fornecedor de serviços de distribuição de televisão, Internet e telefone a possibilidade de, no caso de acesso indevido, exigir ao cliente o pagamento, a título de penalidade, de um valor correspondente à sua utilização por um período de seis meses ou, no período de dois anos a contar da data de desactivação, a correspondente ao valor devido pela utilização, por um período de doze meses”.

Na verdade, *resultou da factualidade provada*, de acordo com a prova produzida em audiência final, que a empresa em questão efetuava “campanhas promocionais traduzidas em descontos na aquisição do equipamento ou no valor dos alugueres, para além de assegurar a entrega de equipamento gratuito e a sua substituição por razões de atualização tecnológica”.

No mesmo sentido se pronunciou o acórdão do TRL de 06.12.2011²⁴.

Por sua vez, o acórdão do TRL de 15.11.2012²⁵, também numa ação inibitória instaurada pelo Ministério Público, entendeu que “não é nula a cláusula inserida em contrato que preveja, salvaguardando a expectativa de ganho da prestadora do serviço, um período inicial de duração do contrato de doze meses (período de fidelização)”. Mais considerou que 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”, para concluir que 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” (itálico nosso).

Importa referir que, neste acórdão do TRL de 15.11.2012, ao contrário do que sucedeu no acórdão do TRL de 08.03.2012, acima referido, considerou-se que a concessão de vantagens ao aderente é de “*conhecimento geral*”. Ora, salvo o devido respeito, somos de opinião que a existência de vantagens, ou não, para o cliente terá de ser apurada *caso a caso*, como ocorreu no P. 497/10.OTCFUN.L1-8, devendo ser produzida prova nesse sentido, em sede de audiência final.

Em segundo lugar, a cláusula de fidelização é analisada, pela jurisprudência, sob o enfoque do valor a pagar em caso de incumprimento do período mínimo, nos termos do artigo 19.º, alínea c), da LCCG.

Assim, são ilustrativos os seguintes acórdãos:

²⁴ Ação inibitória 2881/08.OYXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt).

²⁵ Ação inibitória 3058/08.OYXLSB.L1-8 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

Desde logo, o acórdão do TRL de 22.06.2016²⁶, proferido no âmbito de ação inibitória instaurada pelo Ministério Público.

Neste acórdão é referido que no “tipo de contratos como o dos autos são inevitáveis as chamadas «cláusulas de fidelização», impondo uma duração mínima aos mesmos”. Mais entendeu que o “período mínimo de duração inicial do contrato de 24 meses – «salvo acordo em contrário» – está em consonância com o previsto na lei nº 5/2004, de 10-2, não se afigurando, neste contexto, tratar-se de um prazo excessivo para a vigência do contrato, pelo que não ocorre o enquadramento no nº 1-a) do art. 22 do RCCG”. No caso concreto, entendeu que a cláusula sindicada não era proibida nos termos da alínea c) do artigo 19.º da LCCG, “considerando a relação entre o montante dos danos a reparar com a cessação antecipada do contrato e a indemnização contratualmente fixada”. Concluiu no sentido de não se tratar de “uma pena desproporcionada aos danos a ressarcir”.

Porém, a indemnização prevista neste contrato era calculada de acordo com a seguinte fórmula: [n.º de meses de duração inicial do contrato – n.º de meses em que os Produtos e os Serviços estiveram ativos] x [valor da mensalidade relativa aos serviços em causa].

Por sua vez, o acórdão do TRP de 01.04.2014²⁷ considerou que a “fidelização existe para compensar a operadora da despesa acrescida implícita na promoção que lhe está associada permitindo uma dada cláusula penal, acordada pelas partes, contrabalançar, através da fixação de uma indemnização, o custo associado ao desrespeito pelo utente do compromisso assumido, impedindo-se ainda um ganho injustificado desse utente que, não sendo penalizado pelo incumprimento, poderia obter os ganhos contratualizados com a operadora e concedidos por esta, em função de uma permanência temporalmente assegurada sem depois ter qualquer encargo associado a uma rutura antecipada”.

No caso concreto, resultou provado, no que agora interessa, que a requerente e a requerida celebraram um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, por força do qual a requerente se obrigou a prestar o serviço no plano tarifário escolhido e a requerida a efetuar o pagamento tempestivo das faturas e manter o contrato pelo tempo indicado na proposta sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, *a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta pela quebra do vínculo contratual*. O TRP considerou que era devido o pagamento do montante global relativo à cláusula penal, não obstante não se ter pronunciado expressamente pelo carácter abusivo da cláusula de fidelização.

Com efeito, e voltaremos a este acórdão mais adiante para esse efeito, este aresto introduziu na discussão jurisprudencial relativa a esta matéria a “distinção normativa entre os custos de compatibilidade (...) e os custos contratuais propriamente ditos”.

²⁶ P. 338/14.0TVLSB.L1.-2 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

²⁷ P. 82657/13.0YIPRT.P1 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

Prosseguindo, o acórdão do TRL de 21.10.2010²⁸ considerou estarem “preenchidas as previsões dos artigos 12.º e 19.º/c) LCCG quando uma empresa de telecomunicações, tendo procedido à atribuição de *dois equipamentos telefónicos*, pretende cobrar a quantia de € 19.068,17 a título de *cláusula penal*, por existir, de forma flagrante, vantagem exagerada e desproporcional” (itálico nosso). Na verdade, entendeu que “não sendo os prejuízos gerados pela resolução do contrato superiores aos valores correspondentes aos custos de gestão administrativa do contrato e cobrança, é exagerada e desproporcionada a intenção de obtenção daquela quantia”.

Por fim, o acórdão do TRP de 07.05.2015²⁹ entendeu que a “cláusula contratual geral inserida num contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas válido por 2 anos que estabeleça que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a operadora terá direito a uma *indenização no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado*, impõe consequências patrimoniais injustificadas e gravosas ao aderente e consequentemente é uma cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir” (itálico nosso).

Assim, de uma forma geral, a jurisprudência tem considerado, tendencialmente, que a cláusula penal com base na qual a indenização corresponde à totalidade das prestações em falta pelo cliente é, por regra, abusiva por contrariar a alínea c) do artigo 19.º da LCCG.

Aliás, o n.º 12 do artigo 48.º da LCE, na redação dada pela Lei n.º 15/2016, de 17.06, veio expressamente consagrar que *os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vencidas à data da cessação.*

Em suma, terá de existir proporcionalidade entre os *prejuízos gerados pela resolução do contrato* e os *valores correspondentes aos custos de gestão administrativa do contrato e cobrança.*

5. Cláusulas de fidelização implícitas

As cláusulas de fidelização implícitas são muito comuns nos contratos de assistência e manutenção de elevadores, mas não são exclusivas destes, ocorrendo igualmente nos contratos de prestação de serviços de telecomunicações.

²⁸ P. 4529/07.1TVLSB.L1-8 (www.dgsi.pt). Tratou-se de uma ação relativa a contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

²⁹ P. 134839/12.3YIPRT.P1 (www.dgsi.pt).

A sinalização desta prática tem sido efetuada pela doutrina³⁰ e pela jurisprudência, de que são exemplo os acórdãos que seguem.

Começando pelos contratos de assistência e manutenção de elevadores, o acórdão do STJ de 05.05.2016³¹ entendeu que a “cláusula penal constante de contrato de prestação de serviços de assistência a ascensores, prorrogável automaticamente findo o prazo de duração, que admite a denúncia do contrato, impondo ao denunciante que suporte sem mais o custo integral de todas as prestações que seriam devidas até ao termo do prazo contratado, é desproporcionada aos danos a ressarcir (art. 19.º/c) LCCG”. Na verdade, explicitou que a “A. de uma forma indireta, por via desta cláusula, impõe uma *cláusula de fidelização não expressa*, limitando o direito de denúncia num contrato de execução continuada porque, embora admitindo a denúncia do contrato, acaba por retirar ao aderente interesse na sua efetivação” (itálico nosso).

De igual modo, o TRL de 29.11.2016³² considerou que a “inclusão de uma cláusula contratual geral num contrato de manutenção de elevadores que estabelece que em caso de denúncia antecipada do contrato a predisponente tem direito a uma indemnização por danos correspondente à totalidade, a 50% ou a 25% do preço das prestações vincendas, conforme o contrato tenha uma duração até 5, 10 ou 20 anos, respetivamente, com a singela justificação de que «a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da sua estrutura empresarial», é subsumível à previsão da alínea c) do artigo 19º do DL nº446/85”. No contrato em causa existia uma variação do montante a pagar, a título de indemnização, consoante a duração dos serviços contratados, que podiam ir até aos 20 anos.

No âmbito da ação inibitória instaurada pelo Ministério Público que deu origem ao acórdão do STJ de 09.12.2014³³, foi considerado que “uma cláusula contratual geral, inserta em contratos de assistência técnica, manutenção e reparação de ascensores, que confere à empresa, 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 de manutenção em vigor à data da rescisão, reveste, manifestamente, o carácter de cláusula penal indemnizatória e compulsória”. Com efeito, é ainda referido no mesmo acórdão, que tal cláusula “dentro do quadro negocial padronizado, é de considerar desproporcionada aos danos que visa ressarcir, e como tal nula, por violação do art. 19.º/c) LCCG, 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 que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto”.

No mesmo sentido, podemos encontrar os acórdãos do TRL de 30.06.2011³⁴, do TRP de 08.04.2014³⁵, do TRL de 24.11.2015³⁶, e do TRP de 19.04.2016³⁷, que referem, todos eles, a

³⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão sobre a cláusula relativa ao período de fidelização em contratos de consumo”, *Estudos de direito do consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, coord: Carlos Ferreira de Almeida [et al.], Lisboa: DECO, 2016, p. 334.

³¹ P. 13161/14.2T2SNT.L1.S1 (www.dgsi.pt).

³² P. 26399/09.52SNT.L1-7 (www.dgsi.pt).

³³ P. 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt).

³⁴ P. 779/04.0TCSNT.L1-6 (www.dgsi.pt).

“fidelização forçada ao longo de anos”. E ainda o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.04.2012³⁸, que expressa a ideia de “errada noção de fidelização/sujeição contratual”.

No âmbito dos contratos de prestação de serviços de telecomunicações, o acórdão do STJ de 14.11.2013³⁹, proferido no âmbito de ação inibitória instaurada pelo Ministério Público, pronunciou-se no seguinte sentido: “Alegando a predisponente (ré) que a fixação da cláusula de permanência mínima (cláusula penal de fidelização) é justificada pelos custos incorridos com as infraestruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é a mesma *desproporcionada* se abarca, não apenas o período de fidelização inicial, em que tais custos foram recuperados, mas também o período de *renovação automática subsequente*” (itálico nosso).

Assim, o critério a adotar na aferição da (des)proporcionalidade da cláusula deve ter em conta o montante dos danos a reparar e a pena fixada contratualmente, de modo a que se possa dizer que há uma equivalência (ou não) entre os dois valores.

Por sua vez, o acórdão do TRP de 10.11.2015⁴⁰, analisando a “imposição de uma nova cláusula penal associada a um novo período de fidelização”, considerou que “tendo um consumidor estado vinculado durante 24 meses a uma operadora, com o consequente retorno do investimento associado” tal cláusula não se afigurava “proporcional ou adequada”, pois “teve como único pressuposto apurado a venda por um preço abaixo do valor de mercado de um dispositivo eletrónico em formato «tablet»”. Concluiu que “tal cláusula, imposta sem negociação prévia, enferma do vício de nulidade por força do disposto nos arts. 12.º e 19.º/c) LCCG”.

Na verdade, a “prática que consiste em incluir nos contratos de execução duradoura, aparentemente com termo final, uma cláusula de prorrogação da vigência do contrato por igual período, se as partes nada disserem em tempo útil, serve apenas para estabelecer um novo período de fidelização”⁴¹.

Voltaremos a este tema quando abordarmos os períodos adicionais de fidelização nos contratos de telecomunicações, expressamente admitidos pela LCE, após a alteração operada pela Lei n.º 15/2016.

6. A duração máxima dos períodos de fidelização

À pergunta se a lei estabelece a duração máxima de períodos de fidelização, a resposta é negativa, com exceção dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

³⁵ P. 1801/12.2TBPVZ.P16 (www.dgsi.pt).

³⁶ P. 1069/13.3TBGDM.P1 (www.dgsi.pt).

³⁷ P. 8435/11.7TBVNG.P1 (www.dgsi.pt).

³⁸ P. 5060/09.6TBLRA.C1 (www.dgsi.pt).

³⁹ P. 122/09.2TJLSB.L1.S1 (www.dgsi.pt).

⁴⁰ P. 170314/13.5YIPRT.P1 (www.dgsi.pt).

⁴¹ JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão...”, cit., p. 334.

Na verdade, o n.º 5 do artigo 48.º da LCE consigna expressamente que *os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de duração inicial superior a 24 meses*.

Em sintonia, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 56/2010 refere igualmente que *o período de fidelização não pode ter duração superior a 24 meses*.

Porém, a atual redação do n.º 6 do artigo 48.º da LCE, introduzida pela Lei n.º 15/2016, vem admitir que *excepcionalmente* podem ser estabelecidos períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses⁴², desde que, *cumulativamente*, se verifiquem os seguintes requisitos: a) *as alterações contratuais impliquem a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica*; e b) *haja uma expressa aceitação por parte do consumidor*.

Por outro lado, o n.º 15 do mesmo artigo 48.º da LCE, introduzido pela Lei n.º 15/2016, estabelece que “no decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido novo período de fidelização, exceto se, por vontade do assinante validamente expressa nos termos do n.º 3 do artigo 48.º, for contratada a disponibilização subsidiada de novos equipamentos terminais ou a oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas e que, em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos já foram recuperados em período de fidelização anterior” (sublinhado nosso).

Assim, podemos concluir que mesmo nos contratos de comunicações eletrónicas, no âmbito dos quais o período de fidelização não pode ultrapassar, por regra, 24 meses, é imprescindível a existência de contrapartidas para o consumidor, seja em período de fidelização inicial ou subsequente, sendo certo neste último caso tais vantagens não podem ter sido concedidas no decurso do período de fidelização inicial.

Naturalmente, a fidelização não é obrigatória, mas a sua prática generalizada pelas operadoras de telecomunicações gerou a regra imperativa, prevista no n.º 8 do artigo 48.º da LCE, de as empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público oferecerem a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem contratos sem qualquer tipo de fidelização, bem como contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização, por cada benefício concedido ao utilizador.

Neste caso, deve ser efetuada a seguinte publicitação:

- a) A oferta sem fidelização deve ser publicitada nos mesmos suportes em que seja a oferta com fidelização, de forma claramente legível;
- b) No caso de existir fidelização, a relação entre custo e benefício associada às diferentes ofertas comerciais, permitindo a comparação da mesma oferta com

⁴² A norma legal não é totalmente clara quanto à possibilidade de serem admissíveis mais do que dois períodos de fidelização (o período inicial e o período subsequente). Na verdade, o que resulta expresso da lei é que *cada* período de fidelização não pode ser superior a 24 meses.

diferentes períodos de fidelização, sempre que existam, de forma facilmente acessível pelos consumidores.

Acresce que o n.º 14 do artigo 48.º refere expressamente que *findo o período de fidelização e na ausência de acordo relativamente ao estabelecimento de um novo período de fidelização nos termos do n.º 15 do mesmo artigo, o valor a fixar como contrapartida pela prestação dos serviços não pode ser superior aos preços normais que pelo mesmo são devidos àquela data, abrangendo, apenas, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção.*

7. Períodos adicionais de fidelização

Já tivemos oportunidade de referir que a jurisprudência dominante admitia com muitas reservas os períodos adicionais de fidelização, só não cominando com nulidade as cláusulas que previssem *novas* contrapartidas para o cliente, distintas das conferidas no âmbito do período de fidelização inicial.

A Lei n.º 15/2016 vem, pela primeira vez, expressamente admitir os períodos adicionais de fidelização, embora a título excepcional, como resulta do n.º 6 do artigo 48.º da LCE.

Esta norma impõe os seguintes requisitos para que se considere válida esta nova fidelização:

- a) As alterações contratuais têm de implicar a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica; e
- b) É obrigatória a expressa aceitação por parte do consumidor.

E relembra no n.º 10 do mesmo artigo 48.º que *as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas mesmo quanto aos períodos de fidelização posteriores.*

Porém, a lei, também neste ponto não é totalmente clara, pois no n.º 15 do artigo 48.º volta a referir que “no decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido novo período de fidelização”, mas admite-o desde que estejam verificadas as seguintes condições, com o pressuposto prévio da existência de *vontade do assinante validamente expressa nos termos do n.º 3*:

- A disponibilização subsidiada de novos equipamentos terminais; ou
- A oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas; e que
- Em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos já foram recuperados em período de fidelização anterior.

Ora, a possibilidade de *oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas* não é referida no n.º 6 do artigo 48.º, sendo por isso mais abrangente este n.º 15, subsistindo, pois, a dúvida sobre qual a verdadeira intenção do legislador quanto aos períodos adicionais de fidelização: é obrigatória, para além do mais, *atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica*, ou basta a *oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas*?

8. Os encargos por não cumprimento do período de fidelização

Nos termos do n.º 11 do artigo 48.º da LCE, durante o período de fidelização, os encargos para o assinante, decorrentes da resolução do contrato por sua iniciativa, não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, *sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório*.

Por sua vez, o n.º 12 do mesmo artigo 48.º estabelece, seguindo a jurisprudência pacificamente estabelecida, que os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser *proporcionais* à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, *não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação*.

Acresce que o n.º 13 do artigo 48.º da LCE vem consagrar que, para efeitos do disposto no artigo 48.º, n.º 12, no caso de *subsidição de equipamentos terminais*, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável. Ora a legislação aplicável será o Decreto-Lei n.º 56/2010, como adiante melhor explicitaremos.

Refere ainda o n.º 13 do artigo 48.º que *nas demais situações*, os encargos *não podem ser superiores ao valor da vantagem* conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada.

Por fim, o n.º 10 do artigo 48.º da LCE refere que, sem prejuízo da existência de períodos de fidelização, *iniciais ou posteriores*, nos termos da presente lei, 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, cabendo a fiscalização das mesmas à ARN⁴³.

⁴³ «*Autoridade Reguladora Nacional (ARN)*» é a autoridade que desempenha as funções de regulação, supervisão, fiscalização e sancionamento no âmbito das redes e serviços de comunicações eletrónicas, bem como dos recursos e serviços conexos, a qual é o ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), cujos Estatutos são anexos ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, nos termos do artigo 3.º, alínea g), da LCE. Importa referir que o Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16.03, aprovou os estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações, anteriormente designada ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (em conformidade com o regime estabelecido na Lei n.º 67/2013, de 28.08, que aprovou a lei-quadro das entidades administrativas independentes). Nos termos do artigo 6.º deste Decreto-Lei n.º 39/2015, *sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º, é revogado o Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, à exceção dos artigos 3.º e 5.º, este último na parte em que mantém em vigor o n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de agosto*.

No que respeita aos encargos a pagar pelo incumprimento do período de fidelização, é imperioso convocar o **Decreto-Lei n.º 56/2010, de 01.06**, que estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas, por um lado, e, por outro, pela rescisão do contrato durante o período de fidelização, visando garantir os direitos dos utentes nas comunicações eletrónicas.

Coloca-se, pois, a difícil questão de saber como compatibilizar a LCE e o Decreto-Lei n.º 56/2010.

Antes da alteração da LCE pela Lei n.º 15/2016 existiam três posições no que concerne à articulação destes dois diplomas legais.

Assim, uma *primeira tese* considerava que, não tendo sido entregue equipamento, o operador não podia exigir qualquer contrapartida ao utente, por não estar previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010.

Esta posição, claramente minoritária, pode ver-se refletida no acórdão do TRP de 26.04.2014⁴⁴, no qual é referido que “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”, com base no entendimento que “a disciplina do Decreto-Lei n.º 56/2010 não foi alterada ou derogada pela entrada em vigor da Lei n.º 51/2011, de 13/9”.

Uma *segunda posição* sustentava que o Decreto-Lei n.º 56/2010 apenas tinha aplicação em caso de subsídio de equipamentos, sendo que às restantes vantagens era aplicável o disposto no artigo 48.º, n.º 5, da LCE.

Esta posição arrima-se na alínea *h*) do n.º 2 do artigo 2.º da LCE (na redação introduzida pela Lei n.º 51/2011), segundo a qual “o disposto na presente lei não prejudica o regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 01.06”.

Esta segunda tese, maioritária na jurisprudência, pode ser encontrada, como aresto de referência, no acórdão do TRP de 01.04.2014, acima referido⁴⁵.

Assim, segundo este acórdão, “o âmbito de aplicação do DL 56/2010 deve ser restringido aos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados apenas com os respetivos utentes em que esteja em causa a subsídio de equipamentos, isto é, a entrega de telemóveis, não sendo de aplicar designadamente nos casos de subsídio de tarifários ou de custos de instalação e ativação”. Porém, “admite-se que o consumidor possa ser penalizado nas respetivas condições contratuais conquanto as mesmas não sejam desproporcionadas, de harmonia com o disposto nos artigos 2.º/1-h) e 48.º/2 e 5 LCE”, tratando-se, por isso, dos

⁴⁴ P. 28496/12.OYIPRT.P1 (www.dgsi.pt).

⁴⁵ P. 82657/13.OYIPRT.P1 (www.dgsi.pt).

“custos contratuais propriamente ditos” que podem ser “resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses”.

De igual forma, o acórdão do TRP de 28.04.2015⁴⁶ considerou que “o diploma de 2010 estabelece uma contrapartida para a resolução do contrato durante o período de fidelização na estrita medida de uma entrega de equipamentos”, podendo “existir outras condições contratuais abrangidas pela resolução – a subsidiação dos equipamentos terminais, o pagamento de encargos decorrentes da portabilidade, a oferta de condições promocionais. Nesses casos, que são abrangidos pela LCE, a cláusula penal que cubra os prejuízos do operador não deve ser «excessivamente onerosa e desincentivadora da mudança de prestador de serviço por parte do assinante»”.

No mesmo sentido podemos encontrar o recente acórdão do TRL de 08.06.2017⁴⁷. Neste acórdão é referido que “num contrato de prestação de serviços eletrónicos, não estando em causa o fornecimento e desbloqueamento de equipamentos, não é aplicável o DL 56/2010 de 1/6, mas sim o artigo 48º da Lei 5/2004 de 10/2 (na redação da Lei 51/2011 de 13/9, face à data dos factos)”.

Esta segunda tese encontra o seu fundamento no estudo denominado “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas”, elaborado em fevereiro de 2010, pela Autoridade da Concorrência, relativo a um estudo que decorreu entre dezembro de 2008 e julho de 2009⁴⁸.

De acordo com este estudo, apenas os *custos de compatibilidade*, adstritos exclusivamente à *atribuição* de equipamento (telefónico ou outro), são abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 56/2010.

Os *custos contratuais propriamente ditos*, atinentes a descontos e/ou subsidiação de tarifários, nomeadamente descontos nas chamadas ou ofertas promocionais ao nível do tarifário aplicável (isto é, *sem atribuição de qualquer equipamento*), respeitam à LCE, no seu artigo 48.º, n.º 2 (repete-se, na versão anterior à Lei n.º 15/2016).

Por fim, a *terceira perspetiva*, mais abrangente, considerava que o Decreto-Lei n.º 56/2010 se aplicava, não só aos casos de entrega de equipamento, mas também a outras vantagens que o operador de telecomunicações fornecesse ao utente.

⁴⁶ P. 95926/13.OYIPRT.P1 (www.dgsi.pt).

⁴⁷ P. 29207-15.4YIPRT.L1-6 (www.dgsi.pt).

⁴⁸ Este estudo tem por objeto a caracterização da mobilidade dos consumidores e dos fatores que a condicionam no sector das comunicações eletrónicas em Portugal. “Neste contexto, avalia-se a mobilidade dos clientes do Serviço Fixo Telefónico (SFT), do Serviço Telefónico Móvel (STM) e do serviço de acesso à Internet em banda larga, assim como dos clientes de ofertas em pacote. Para o efeito, a Autoridade da Concorrência (AdC) procedeu à recolha de elementos junto de operadores e prestadores e promoveu a realização de um inquérito online durante os meses de Junho e Julho de 2009, com questões directas e hipotéticas a consumidores de serviços de comunicações eletrónicas. Na sequência do estudo, a AdC recomenda um conjunto de medidas destinadas a actuar sobre as condicionantes de mobilidade identificadas, nomeadamente sobre os custos de pesquisa e os custos de mudança (que incluem custos de transacção, custos contratuais, custos de incerteza, custos de aprendizagem e custos de natureza psicológica), procurando promover uma maior concorrência nos mercados das comunicações eletrónicas”

(http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Comunicacoes_Electronicas/01_Relatorio_mobilidade_comunicacoes_electronicas.pdf).

De acordo com esta posição, o n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 56/2010 pressupõe que o período de fidelização tem de estar associado a determinada vantagem, seja uma das hipóteses previstas nas respetivas alíneas da norma, sejam outras possibilidades, desde que expressamente previstas (artigo 48.º, n.º 10, da LCE)⁴⁹.

Em suma, o Decreto-Lei n.º 56/2010 seria sempre aplicado para o cálculo dos encargos devidos pelo cliente, independentemente de lhe ter sido fornecido equipamento ou não.

Terá a recente alteração da LCE, operada com a Lei n.º 15/2016, solucionado esta questão? Aparentemente sim, se atentarmos no já referido n.º 13 do artigo 48.º.

Na verdade, parece haver uma clara intenção em separar as duas situações.

Assim, a primeira parte da norma, ao referir “no caso de *subsidição de equipamentos terminais*” remete para a legislação aplicável quanto ao cálculo dos encargos. Ora tal legislação é, sem dúvida, o Decreto-Lei n.º 56/2010.

Por sua vez, na segunda parte, referente às *demais situações*, isto é, os descontos e/ou a subsidição de tarifários, os encargos *não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida* que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada.

Nestes casos, correspondentes aos chamados *custos contratuais propriamente ditos*, o legislador pretendeu que o cálculo fosse distinto do consagrado no Decreto-Lei n.º 56/2010.

9. Valor a pagar em caso de incumprimento do período de fidelização no âmbito do Decreto-Lei n.º 56/2010

Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 56/2010, durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento⁵⁰⁻⁵¹, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a⁵²:

- a) 100% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidição, 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;

⁴⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão...”, cit., p. 346.

⁵⁰ De acordo com o n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 56/2010, *para efeitos deste decreto-lei, entende-se por serviço de desbloqueamento o serviço prestado pelo operador ou prestador de serviços que consiste na descarga de um software que permite o acesso do equipamento a outros operadores ou prestadores de serviços.*

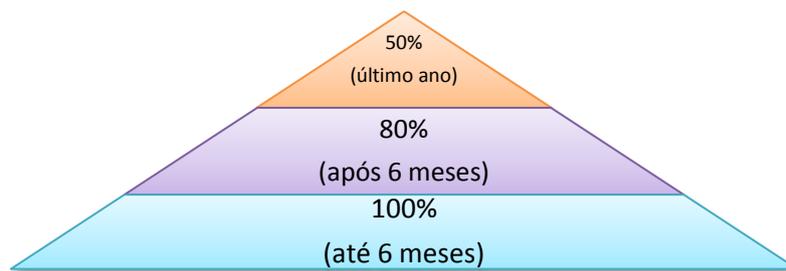
⁵¹ Importa referir que, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 56/2010, *não existindo período de fidelização, pelo serviço de desbloqueamento do equipamento não pode ser cobrada uma quantia superior à diferença entre o valor do equipamento, à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidição, e o valor já pago pelo utente.*

⁵² Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, “Reflexão...”, cit., pp. 344-345.

b) 80% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, 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 subsídio, 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.

Numa tabela simples, podemos estabelecer esquematicamente o disposto no n.º 2 do artigo 2.º:



Este cálculo, apesar de não ser expressamente mencionado, tem, naturalmente, como referência o período de fidelização máximo permitido, isto é, 24 meses.

Porém, se considerarmos que podem ser fixados períodos de fidelização mais curtos – cuja publicitação é agora obrigatória nos termos do n.º 8 do artigo 48.º da LCE – afigura-se-nos que a percentagem do valor a calcular deve ser ajustada ao período de fidelização em causa (6 ou 12 meses).

Concluindo esta parte, chama-se a atenção para a similitude das normas previstas no artigo 48.º, n.º 11, da LCE e no artigo 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 56/2010.

A primeira refere, como já acima assinalámos, que “durante o período de fidelização, os encargos para o assinante, decorrentes da resolução do contrato por sua iniciativa, não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, *sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório*” (itálico nosso). A segunda, por sua vez, determina 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*” (itálico nosso).

A este propósito, é emblemático o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.09.2012⁵³, que entendeu ser nula a “cláusula de um contrato de adesão, que tem por objeto o fornecimento de serviço telefónico móvel com cedência de equipamentos, pela qual o

⁵³ P. 34394/10.5YIPRT.G1 (www.dgsi.pt).

predisponente estabelece a penalização de pagamento do valor dos equipamentos cedidos, bem como das prestações de consumo mínimo em falta até ao fim do prazo do contrato, caso o contrato venha a ser incumprido pelo cliente ou resolvido por razão a este imputável, (...) nos termos previstos nos arts. 12.º e 19.º-c) LCCG, por consagrar cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir”.

Igualmente interessante é o acórdão do TRL de 08.06.2017, já citado⁵⁴, que considerou que “não sendo aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, nem o DL 56/2010, nem a redacção actual da Lei 5/2004 (introduzida pela Lei 15/2016 de 17/6), a cláusula penal que, perante a cessação antecipada do contrato por iniciativa do assinante, fixa uma indemnização correspondente às prestações vincendas até ao termo do contrato não é nula, mas deve ser reduzida equitativamente ao abrigo do artigo 812º do CC, por ser excessivamente onerosa para o assinante, o que foi expressamente invocado por este”.

10. Prescrição

10.1. Problemática

Nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26.07 (Lei dos Serviços Públicos Essenciais), o direito ao recebimento do preço do serviço de comunicações eletrónicas prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.

Porém, quando há resolução do contrato pela empresa com fundamento em incumprimento por parte do cliente, coloca-se a seguinte questão: *ocorrendo a prescrição do crédito relativo à prestação do serviço de telecomunicações, esta abrange igualmente a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida no respetivo contrato?*

10.2. Soluções preconizadas

Neste ponto, a jurisprudência está claramente dividida.

De acordo com uma *primeira posição*, não é aplicável à indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico o prazo prescricional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, mas antes o prazo de prescrição do artigo 309.º CC.

Neste sentido, podemos encontrar os seguintes acórdãos do TRL de: 16.03.2010⁵⁵, 15.02.2011⁵⁶, 07.06.2011⁵⁷ e 21.06.2011⁵⁸.

⁵⁴ P. 29207-15.4YIPRT.L1-6 (www.dgsi.pt).

⁵⁵ P. 1405/08.4TJLSB.L1-1 (www.dgsi.pt).

⁵⁶ P. 3084/08.OYXLSB-A.L2-7 (www.dgsi.pt).

⁵⁷ P. 2360/06.OYXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt).

⁵⁸ P. 264/06.6YXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt).

Com uma segunda posição, encontramos os seguintes acórdãos, todos eles igualmente do TRL: 25.02.2010⁵⁹, 16.06.2011⁶⁰, 29.11.2011⁶¹ e, mais recentemente, 04.06.2015⁶².

Segundo esta jurisprudência, sendo a cláusula penal fixada para o caso de incumprimento do contrato **acessória** em relação à obrigação principal de pagamento do preço dos serviços telefónicos, uma vez prescrito o direito ao pagamento do preço, caduca o direito a exigir o pagamento do valor da pena convencional.

O recente acórdão do TRL de 20.12.2016⁶³ veio aduzir um argumento particularmente interessante no sentido desta segunda posição. Assim, considerou que “as denominadas «cláusulas de fidelização», a cujo incumprimento em muitos contratos os contraentes associam uma indemnização tabelar, por cláusula penal, quando esse não cumprimento ocorre, constituem uma cláusula acessória do núcleo essencial do contrato (prestação de um serviço tendo como contrapartida o pagamento do preço do mesmo), sendo **ética e socialmente inaceitável** e, portanto, violador das regras de interpretação inscritas nos artigos 9º, 334º e 335º do Código Civil, configurar que possa existir um prazo prescricional de seis meses para a obrigação principal (art.º 10º n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho) e um prazo prescricional geral de vinte anos (artigo 309.º do Código Civil) para a obrigação cuja existência só se justificava em face daquela” (negrito nosso).

Defendemos igualmente que sendo a cláusula de fidelização uma *cláusula penal*, como acima referido, é manifesta a sua natureza **acessória, dependente e instrumental**.

Sendo assim, à semelhança do que sucede com a nulidade da obrigação principal, que atinge a obrigação acessória, nos termos expressamente previstos no n.º 2 do artigo 810.º do CC, também se deve considerar que uma vez prescrita a obrigação principal, a obrigação que lhe está associada extingue-se⁶⁴. Porém, esta extinção não ocorre por prescrição da própria obrigação acessória⁶⁵: esta extingue-se (ou caduca) com a prescrição da obrigação principal (esta será a única que prescreve).

Podemos encontrar esta relação de subsidiariedade entre a obrigação principal e a obrigação acessória nos seguintes instrumentos europeus de *soft law*: *Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)* e *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

O artigo 14:502 dos PECL e o artigo 7:502 do DCFR determinam que: “o prazo de prescrição do direito ao pagamento de juros, e outros créditos de natureza acessória, ocorre com o prazo de prescrição da obrigação principal”.

⁵⁹ P. 1591/08.3TVLSB.L1-6 (www.dgsi.pt).

⁶⁰ P. 28934/03.3YXLSB.L1-6 (www.dgsi.pt).

⁶¹ P. 370/06.7YXLSB.L1-7 (www.dgsi.pt).

⁶² P. 143342/14.6YIPRT.L1-8 (www.dgsi.pt).

⁶³ P. 140866/14.9YIPRT.L1-1 (www.dgsi.pt).

⁶⁴ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 339.

⁶⁵ Na verdade, a cláusula de fidelização não está sujeita ao prazo de prescrição de 6 meses prevista no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96.

Esta estatuição justifica-se por “razões de interesse público” e para a “proteção” do próprio devedor: caso o prazo de prescrição da obrigação acessória fosse mais lato, o devedor seria obrigado, na contestação, a discutir a (prescrita) obrigação principal.

Bibliografia

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CARDOSO, ELIONORA, *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017.

CARVALHO, JORGE MORAIS, “Reflexão sobre a cláusula relativa ao período de fidelização em contratos de consumo”, *Estudos de direito do consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, coord: Carlos Ferreira de Almeida [et al.], Lisboa: DECO, 2016, pp. 333-355.

CARVALHO, JORGE MORAIS, “Períodos de Fidelização”, *I Congresso de Direito do Consumo*, coord: Jorge Morais Carvalho, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 51-72.

CARVALHO, JORGE MORAIS, “O serviço público essencial de telefone móvel – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2010, de 3.12.2009, Proc. 216/09”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 34, abril/junho 2011, pp. 37-54.

CARVALHO, JORGE MORAIS, “Prescrição do direito de exigir o pagamento do preço nos contratos relativos a serviços públicos essenciais”, *Scientia Iuridica*, Braga, tomo LX, n.º 325, janeiro/abril 2011, pp. 81-97.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Cláusulas Acessórias ao Contrato - Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

PAZ, MARGARIDA, “Ações inibitórias e ações coletivas”, *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, coord: Geral: Rui Paulo Ataíde e Carlos Lacerda Barata, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, pp. 409-446.

SIMÕES, FERNANDO DIAS/ALMEIDA, MARIANA PINHEIRO, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*, Lisboa: Almedina, 2012.

VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, “A desproteção do consumidor – algumas questões sobre fidelização de telemóveis”, *AbInstantia*, Lisboa, ano IV, n.º 6, 2016, pp. 51-68.

VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, “*Pacta Non Sunt Servanda?* «Fidelização» e cláusula penal nos contratos de telecomunicações: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 7 de Maio de 2015”, *AbInstantia*, Lisboa, ano III, n.º 5, 2015, pp. 237-273.

Referências jurisprudenciais

(disponíveis em www.dgsi.pt)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 14.11.2013 (Processo n.º 122/09.2TJLSB.LL.S1)

Acórdão de 09.12.2014 (Processo n.º 1004/12.6TJPRT.S1)

Acórdão de 05.05.2016 (Processo n.º 13161/14.2T2SNT.L1.S1)

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 17.04.2012 (Processo n.º 5060/09.6TBLRS.C1)

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 11.09.2012 (Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1)

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 25.02.2010 (Processo n.º 1591/08.3TVLSB.L1-6)

Acórdão de 16.03.2010 (Processo n.º 1405/08.4TJLSB.L1-1)

Acórdão de 21.10.2010 (Processo n.º 4529/07.1TVLSB.L1-8)

Acórdão de 15.02.2011 (Processo n.º 3084/08.0YXLSB-A.L2-7)

Acórdão de 07.06.2011 (Processo n.º 2360/06.0YXLSB.L1-7)

Acórdão de 16.06.2011 (Processo n.º 28934/03.3YXLSB.L1-6)

Acórdão de 21.06.2011 (Processo n.º 264/06.6YXLSB.L1-7)

Acórdão de 30.06.2011 (Processo n.º 779/04.0TCSNT.L1-6)

Acórdão de 29.11.2011 (Processo n.º 370/06.7YXLSB.L1-7)

Acórdão de 06.12.2011 (Processo n.º 2881/08.0YXLSB.L1-7)

Acórdão de 08.03.2012 (Processo n.º 497/10.0TCFUN.L1-8)

Acórdão de 05.06.2012 (Processo n.º 3095/08.5YXLSB.L1-7)

Acórdão de 15.11.2012 (Processo n.º 3058/08.0YXLSB.L1-8)

Acórdão de 04.06.2015 (Processo n.º 143342/14.6YIPRT.L1-8)

Acórdão de 24.11.2015 (Processo n.º 1069/13.3TBGDM.P1)

Acórdão de 22.06.2016 (Processo n.º 338/14.0TVLSB.L1-2)

Acórdão de 29.11.2016 (Processo n.º 26399/09.52SNT.L1-7)

Acórdão de 20.12.2016 (Processo n.º 140866/14.9YIPRT.L1-1)

Acórdão de 08.06.2017 (Processo n.º 29207-15.4YIPRT.L1-6)

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 01.04.2014 (Processo n.º 82657/13.0YIPRT.P1)

Acórdão de 08.04.2014 (Processo n.º 1801/12.2TBPVZ.P1)

Acórdão de 26.04.2014 (Processo 28496/12.0YIPRT.P1)

Acórdão de 28.04.2015 (Processo n.º 95926/13.0YIPRT.P1)

Acórdão de 07.05.2015 (Processo n.º 134839/12.3YIPRT.P1)

Acórdão de 10.11.2015 (Processo n.º 170314/13.5YIPRT.P1)

Acórdão de 19.04.2016 (Processo n.º 8435/11.7TBVNG.P1)

Apresentação Power Point

Períodos de fidelização

As recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas

Temas de Direito Civil e Processo Civil (Direito do Consumo)
CEJ, 17 de março de 2017

Margarida Paz

Prezi

Períodos de fidelização

As recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas

Temas de Direito Civil e Processo Civil (Direito do Consumo)
CEJ, 17 de março de 2017

Margarida Paz

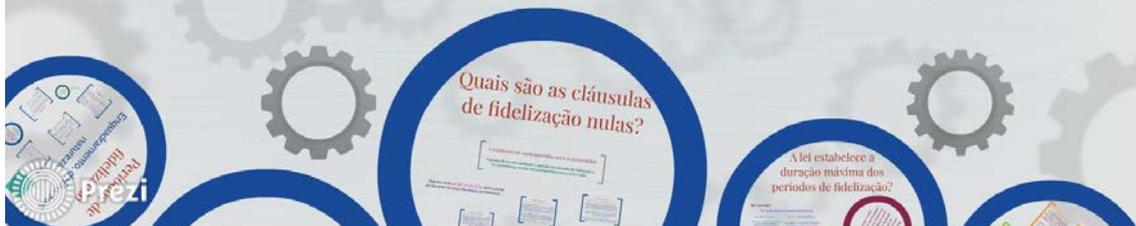
Prezi

Períodos de fidelização

As recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas

Temas de Direito Civil e Processo Civil (Direito do Consumo)
CEJ, 17 de março de 2017

Margarida Paz



Períodos de fidelização

Enquadramento, definição e natureza



Definição

Prof. Jorge Morais Carvalho

Cláusula pela qual uma das partes estipula o período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, durante o qual ambos os contraentes não lhe podem pôr fim por via de denúncia.

TRP 20.05.2014 Desemb.^a Anabela Dias da Silva; P. 83925/13.6YIPRT.P1

O período de fidelização contratual resulta de um acordo de vontades entre o operador do serviço e o consumidor, que tem de ser informado devidamente das condições em que o serviço será prestado, e para beneficiar de determinados descontos e ofertas compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato, nos termos acordados e pelo período de permanência ou de fidelização definido.



Prezi

Com a Lei n.º 15/2016,
17.06
que alterou a LCE
introduziu-se a definição de
fidelização

‘Fidelização’
é o período durante o qual o
consumidor se compromete a
não cancelar um contrato ou
a alterar as condições
acordadas
Art. 3.º/m)



Prezi

‘Fidelização’

é o período durante o qual o **consumidor** se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas

Art. 3.º/m)



Características

1-Elemento temporal:

- Período de duração mínima do contrato (6, 12, 24 meses...)

2-Determinação do **valor** a pagar em caso de incumprimento do período mínimo:

- Mensalidades acordadas como contrapartida da prestação do serviço até ao termo do período de fidelização:
 - Preço = valor *igual* ao das mensalidades
 - Cláusula penal = valor *inferior* ao das mensalidades



Cláusula penal

Destina-se à reparação de danos mediante a fixação antecipada da indemnização em caso de não cumprimento do devedor

Cláusula penal com função moratória ou compensatória



Problemática

Generalização desta prática em muitos dos contratos celebrados com consumidores, normalmente incluídos em formulários que constituem ccg:

- Contratos de manutenção de elevadores
- Contratos de utilização de instalações e equipamentos desportivos
- Contratos de prestação de serviços de telecomunicações



Enquadramento jurídico

Lei Defesa Consumidor (LDC) - art. 8.º/1-h)

DL 24/2014, 14.02 (contratos celebrados à distância) - art. 4.º/1-p)

Lei Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG)

DL 56/2010, 01.06

Lei Comunicações Eletrónicas (LCE) - arts. 3.º/m), 47.º-A, 48.º

Lei Serviços Públicos Essenciais (Lei 23/96, 26.07) - art. 10.º/1



Serviço de comunicações eletrónicas

Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE)

Lei 5/2004, 10.02

com as seguintes alterações:

- Retif. 32-A/2004, 10.04
- DL 176/2007, 08.05
- Lei 35/2008, 28.07
- DL 123/2009, 21.05
- DL 258/2009, 25.09
- Lei 46/2011, 24.06

• Lei 51/2011, 13.09

- Lei 10/2013, 28.01
- Lei 42/2013, 03.07
- DL 35/2014, 07.03
- Lei 82-B/2014, 31.12
- Lei 127/2015, 03.09

• Lei 15/2016, 17.06

DL 56/2010, 01.06





Cláusula Contratual geral

Submissão das cláusulas de fidelização à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais - LCCG (DL 446/85, 25.10)

Lei 12/2016, 22.08
Art. 47.º a 48.º

em matéria impositiva de natureza de informação

As empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas de fidelização com duração superior a 12 meses, no âmbito do qual se habitualmente efetuam as comunicações, ao regular certos contratos, no momento em que se celebrarem, terão a obrigação de:

- 1) Dar a conhecer ao consumidor, antes da celebração do contrato, a informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições de sua renovação e cancelação, de acordo com o artigo 47.º, alínea a), e o artigo 48.º;
- 2) Dar a conhecer ao consumidor, antes da celebração do contrato, a informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições de sua renovação e cancelação, de acordo com o artigo 47.º, alínea a), e o artigo 48.º;

Art. 5.º LCCG: Dever de comunicação

1- As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes.

2- A comunicação 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 entendimento, incluindo a leitura por quem usa os meios

Ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público

Cláusulas de fidelização

Constituem cláusulas contratuais gerais:

Proposições ou enunciados destinados à inserção numa multiplicidade de contratos com consumidores, nos quais participa, como o outro contraente, a entidade que as pré-elaborou ou adotou

Generalidade *Pré-elaboração*

Rigidez

Art. 5.º LCCG: Dever de comunicação

1- As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes.

2- A comunicação 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 efetivo por quem use de comum diligência.

Art. 6.º LCCG: Dever de informação

1- O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspetos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.

2- Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.



Lei 15/2016, 17.06

Arts. 47.º-A e 48.º

vêm estabelecer importantes *deveres de informação*

As empresas que estabeleçam com os seus assinantes períodos de fidelização são obrigadas a fornecer-lhes, através dos meios que habitualmente utilizam na sua comunicação regular com os mesmos, **no momento e sempre que tal seja solicitado, toda a informação** relativa:

- à duração remanescente do seu contrato
- ao valor associado à rescisão antecipada do mesmo

(47.º-A/3)

A informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições da sua renovação e cessação, deve ser **clara, perceptível, disponibilizada em suporte duradouro** e incluir as seguintes indicações:

- a) Eventual **período de fidelização**, cuja existência depende da atribuição de qualquer **vantagem** ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais;
- c) Eventuais **encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização**, por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais.

(48.º/2)



Art. 48.º/3 LCE

O contrato é **nulo** se:

- for celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância; e
- o prestador do serviço, ou seu representante, não facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, para além do mais, **todas as informações referidas no art. 48.º/2**

O consumidor apenas fica vinculado depois de assinar proposta contratual ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor

Art. 48.º/4 LCE

É interdito às empresas de redes/serviços de comunicações eletrónicas opor-se à denúncia dos contratos por iniciativa dos assinantes, com fundamento na existência de um período de fidelização, ou **exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um período de fidelização**, se não possuírem prova da **manifestação de vontade do consumidor referida no n.º 3**

**Conteúdo das cláusulas****Arts. 15.º e 16.º LCCG**

São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé

Art. 19.º/c) LCCG

São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que:

Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir

Art. 22.º/1-a) LCCG

São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que:

Prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia



Ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público

Arts. 25.º e 26.º/1-c) LCCG

Os tribunais superiores (TRL e STJ) têm vindo a declarar a nulidade de cláusulas de fidelização no âmbito de ações inibitórias instauradas pelo Ministério Público:

STJ 14.11.2013 Cons. João Trindade; P. 122/09.2TJLSB. L1.S1

STJ 09.12.2014 Cons. Martins de Sousa; P. 1004/12.6TJLSB.L1.S1

TRL 05.06.2012 Desemb.ª M.ª Conceição Saavedra; P. 3095/08.5YXLSB.L1-7



Quais são as cláusulas de fidelização nulas?

[A existência de contrapartidas para o consumidor]
 A jurisprudência tem analisado a validade das cláusulas de fidelização à luz da existência, ou não, de contrapartidas para o consumidor...

Seja por via do art. 22.º/1.º da LCCG, relativamente ao elemento temporal da cláusula de fidelização...

De por via do art. 19.º/1.º da LCCG, no que concerne ao valor a pagar em caso de incumprimento do período mínimo...

(The image contains several small text boxes with legal references and snippets of text, including 'TRL 08.03.2012' and 'TRL 15.03.2012', which are partially obscured or cut off.)

Fidelização nula

[A existência de contrapartidas para o consumidor]
 A jurisprudência tem analisado a validade das cláusulas de fidelização à luz da existência, ou não, de contrapartidas para o consumidor...

LCCG, relativamente a cláusula de fidelização...

TRL 08.03.2012
 Decreto-Lei n.º 8/3/2012
 Decreto-Lei n.º 8/3/2012
 Não ocorre desproporção entre a penalidade fixada e os prejuízos suportados, em cláusula na qual se impõe ao cliente que mantenha o contrato durante um período mínimo de **doze meses**, sob pena de, em caso de denúncia antecipada, ter de pagar indemnização.

TRL 15.03.2012
 Decreto-Lei n.º 15/3/2012
 Não é nula a cláusula inserida em contratos de prestação de serviços de telecomunicações que preveja, em caso de denúncia antecipada, a perda de ganho da prestadora do serviço durante o contrato de doze meses.

A cláusula de fidelização supõe, em caso de denúncia antecipada, a perda de ganho da prestadora do serviço comercial ao aderente em troca do período contratado.

A jurisprudência à
luz da existên

...Seja por via do **art. 22.º/1-a) LCCG**, relativamente ao elemento temporal da cláusula de fidelização...



TRL 05.06.2012

Desemb.ª M.ª Conceição Saavedra; ação inibitória 3095/08.5YXLSB.L1-7

As cláusulas de fidelização que garantem a estabilidade económica do predisponente têm de conferir, em contrapartida, também **vantagens de ordem comercial**

TRL 05.06.2012

Desemb.ª M.ª Conceição Saavedra; ação inibitória 3095/08.5YXLSB.L1-7

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.º/1-a) LCCG**

contratos de disponibilização de instalações e equipamentos para a prática desportiva de lazer

É excessivo o prazo de 12 meses fixado para manter vinculado o aderente, sem qualquer vantagem aparente para este



TRL 08.03.2012

Desemb. Ferreira de Almeida; ação inibitória 497/10.0TCFUN.L1-8

Não ocorre desproporção entre a penalidade fixada e os prejuízos suportados, em cláusula na qual se impõe ao cliente que mantenha o contrato durante um período mínimo de **doze meses**, sob pena de, em caso de denúncia antecipada, ter de pagar indemnização correspondente ao preço do serviço por cada mês em falta até perfazê-los

Resulta da factualidade provada que a apelada efetua campanhas promocionais traduzidas em descontos na aquisição do equipamento ou no valor dos alugueres, para além de assegurar a entrega de equipamento gratuito e a sua substituição por razões de atualização tecnológica

No mesmo sentido, TRL 06.12.2011

• Desemb. Luís Espírito Santo; ação inibitória 2881/08.0YXLSB.L1-7



TRL 15.11.2012

Desemb. Rui da Ponte Gomes; ação inibitória 3058/08.0YXLSB.L1-8

Não é nula a cláusula inserida em contrato [serviço de telecomunicações] que preveja, salvaguardando a expectativa de ganho da prestadora do serviço, um período inicial de duração do contrato de **doze meses** (período de fidelização)

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



promocional, reduzida em relação ao valor do equipamento, com o valor dos alugueres, para além de assegurar a entrega de equipamento gratuito e a sua substituição por razões de atualização tecnológica

No mesmo sentido, TRL 06.12.2011

• Desemb. Luis Espírito Santo; ação inibitória 2881/08.OYXLSB.L1-7

...Ou por via do **art. 19.º/c) LCCG**, no que concerne ao valor a pagar em caso de incumprimento do período mínimo...

TRP 01.04.2014

Desemb. José Igreja Matos; P. 82657/13.OYIPRT.P1

A fim de evitar para compensar a operadora da despesa que é feita implícita na promoção que lhe está associada permitindo uma dada cláusula penal acordada pelas partes

TRL 21.10.2010

TRL 22.06.2016

Desemb.^a Maria José Mouro; P. 338/14.O TVLSB.L1.-2 (ação inibitória)

No tipo de contratos como o dos autos são inevitáveis as chamadas “cláusulas de fidelização”, impondo uma duração mínima aos mesmos

O período mínimo de duração inicial do contrato de 24 meses – “salvo acordo em contrário” – está em consonância com o previsto na lei nº 5/2004, de 10-2, não se afigurando, neste contexto, tratar-se de um prazo excessivo para a vigência do contrato, pelo que *não ocorre o enquadramento no nº 1-a) do art. 22 do RCCG*

Considerando a relação entre o montante dos danos a reparar com a cessação antecipada do contrato e a indemnização contratualmente fixada não se evidencia uma pena desproporcionada aos danos a ressarcir, *não correspondendo a uma cláusula proibida nos termos do art. 19-c) do RCCG*

Indemnização calculada de acordo com a seguinte *fórmula*:

[n.º de meses de duração inicial do contrato – n.º de meses em que os Produtos e os Serviços estiveram ativos] x [valor da mensalidade relativa aos serviços em causa]



TRP 01.04.2014

Desemb. José Igreja Matos; P. 82657/13.0YIPRT.P1

A **fidelização** existe para compensar a operadora da despesa acrescida implícita na promoção que lhe está associada permitindo uma dada cláusula penal, acordada pelas partes, contrabalançar, através da fixação de uma indemnização, o custo associado ao desrespeito pelo utente do compromisso assumido...

...impedindo-se ainda um ganho injustificado desse utente que, não sendo penalizado pelo incumprimento, poderia obter os ganhos contratualizados com a operadora e concedidos por esta, em função de uma permanência temporalmente assegurada sem depois ter qualquer encargo associado a uma ruptura antecipada



TRL 21.10.2010

Desemb. Carlos Marinho; P. 4529/07.1TVLSB.L1-8

Preenchem-se as previsões dos arts. 12.º e 19.º/c) LCCG quando uma empresa de telecomunicações, tendo procedido à **atribuição de dois equipamentos telefónicos**, pretende cobrar a quantia de **€ 19.068,17** a título de cláusula penal, por existir, de forma flagrante, vantagem exagerada e desproporcional

Não sendo os prejuízos gerados pela resolução do contrato superiores aos valores correspondentes aos custos de gestão administrativa do contrato e cobrança, é exagerada e desproporcionada a intenção de obtenção daquela quantia



TRP 07.05.2015

Desemb. Leonel Seródio; P. 134839/12.3YIPRT.P1

A cláusula contratual geral inserida num contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas válido por 2 anos que estabeleça que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a operadora terá direito a uma indemnização *no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado*, impõe consequências patrimoniais injustificadas e gravosas ao aderente e consequentemente é uma **cláusula penal desproporcionada** aos danos a ressarcir



Quais são as cláusulas de fidelização nulas?

[A existência de contrapartidas para o consumidor]
A jurisprudência tem analisado a validade das cláusulas de fidelização à luz da existência, ou não, de contrapartidas para o consumidor...

«Seja por via do art. 22.º/11-2) LCECG, relativamente ao elemento temporal da cláusula de fidelização...»

«De por via do art. 19.º/1) LCECG, no que concerne ao valor a pagar em caso de incumprimento do período mínimo...»

(The slide contains several small text boxes with legal references and excerpts, including T18, T19, T20, T21, T22, T23, T24, T25, T26, T27, T28, T29, T30, T31, T32, T33, T34, T35, T36, T37, T38, T39, T40, T41, T42, T43, T44, T45, T46, T47, T48, T49, T50, T51, T52, T53, T54, T55, T56, T57, T58, T59, T60, T61, T62, T63, T64, T65, T66, T67, T68, T69, T70, T71, T72, T73, T74, T75, T76, T77, T78, T79, T80, T81, T82, T83, T84, T85, T86, T87, T88, T89, T90, T91, T92, T93, T94, T95, T96, T97, T98, T99, T100.)



As cláusulas de fidelização implícitas

Contratos de manutenção de elevadores

(The slide contains several small text boxes with legal references and excerpts, including T101, T102, T103, T104, T105, T106, T107, T108, T109, T110, T111, T112, T113, T114, T115, T116, T117, T118, T119, T120, T121, T122, T123, T124, T125, T126, T127, T128, T129, T130, T131, T132, T133, T134, T135, T136, T137, T138, T139, T140, T141, T142, T143, T144, T145, T146, T147, T148, T149, T150, T151, T152, T153, T154, T155, T156, T157, T158, T159, T160, T161, T162, T163, T164, T165, T166, T167, T168, T169, T170, T171, T172, T173, T174, T175, T176, T177, T178, T179, T180, T181, T182, T183, T184, T185, T186, T187, T188, T189, T190, T191, T192, T193, T194, T195, T196, T197, T198, T199, T200.)

Contratos de prestação de serviços de telecomunicações

(The slide contains several small text boxes with legal references and excerpts, including T201, T202, T203, T204, T205, T206, T207, T208, T209, T210, T211, T212, T213, T214, T215, T216, T217, T218, T219, T220, T221, T222, T223, T224, T225, T226, T227, T228, T229, T230, T231, T232, T233, T234, T235, T236, T237, T238, T239, T240, T241, T242, T243, T244, T245, T246, T247, T248, T249, T250, T251, T252, T253, T254, T255, T256, T257, T258, T259, T260, T261, T262, T263, T264, T265, T266, T267, T268, T269, T270, T271, T272, T273, T274, T275, T276, T277, T278, T279, T280, T281, T282, T283, T284, T285, T286, T287, T288, T289, T290, T291, T292, T293, T294, T295, T296, T297, T298, T299, T300.)



Fidelização implícitas

Contratos de manutenção de elevadores

05.05.2016
Desemb. P. 13161/14.2T2SNT.L1.S1

constante de contrato de prestação de assistência a ascensores, prorrogável findo o prazo de duração, que admite a denúncia, impondo ao denunciante que suporte legal de todas as prestações que seriam devidas até ao termo do prazo contratado, é desproporcionada aos danos a ressarcir (art. 19.º/c) LCCG)

indireta, por via desta cláusula, impõe uma cláusula de fidelização não expressa, limitando o direito de denúncia num contrato de execução continuada porque, embora admitindo a denúncia do contrato, acaba por retirar ao aderente interesse na sua efetivação"

STJ 09.12.2014
Fines, Martins de Sá, ação subleilista nº 12.033.M.L1.S1

Uma cláusula contratual geral, inserida em contratos de assistência técnica, manutenção e reparação de ascensores, que confere à empresa, 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 de manutenção em vigor à data da rescisão, reveste, manifestamente, o carácter de cláusula penal indemnizatória e compulsória.

Dentro do quadro negocial padronizado, e de considerar desproporcionada aos danos que visa ressarcir, e como tal nula, por violação do art. 19.º/c) LCCG, pois dela resultará o pagamento pelo cliente/ademite da totalidade das prestações correspondentes aos meses do contrato em que este já cessou, sem a contraprestação do serviço que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto

TRL 29.11.2016
Desemb. Gabriela Barros, P. 10999/16.035NCL.1.7

inclusão de uma cláusula contratual, geral num contrato de manutenção de elevadores que estabelece que em caso de denúncia antecipada do contrato a predisponte tem direito

No mesmo sentido..

TRL 30.06.2011 Desemb. Fátima Galante, P. 778

TRP 08.04.2014 Desemb. Anabela Dias da Silva

TRL 24.11.2015 Desemb. Tereza Ramalho, P. 1069/15

TRP 19.04.2016 Desemb. Anabela Dias da Silva

"fidelização forçada ao longo

TRC 17.04.2012 Desemb. Barateiro Martins, P. 54

"errada noção de fidelização/sujeição"



STJ 05.05.2016

Cons. Salazar Casanova; P. 13161/14.2T2SNT.L1.S1

A cláusula penal constante de contrato de prestação de serviços de assistência a ascensores, prorrogável automaticamente findo o prazo de duração, que admite a denúncia do contrato, impondo ao denunciante que suporte sem mais o custo integral de todas as prestações que seriam devidas até ao termo do prazo contratado, é desproporcionada aos danos a ressarcir (art. 19.º/c) LCCG)

"A A. de uma forma indireta, por via desta cláusula, impõe uma cláusula de fidelização não expressa, limitando o direito de denúncia num contrato de execução continuada porque, embora admitindo a denúncia do contrato, acaba por retirar ao aderente interesse na sua efetivação"



TRL 29.11.2016

Desemb. Gouveia Barros; P. 26399/09.52SNT.L1-7

A inclusão de uma cláusula contratual geral num contrato de manutenção de elevadores que estabelece que em caso de denúncia antecipada do contrato a predisponente tem direito a uma indemnização por danos correspondente à **totalidade, a 50% ou a 25% do preço das prestações vincendas**, conforme o contrato tenha uma **duração até 5, 10 ou 20 anos**, respetivamente, com a singela justificação de que “a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da sua estrutura empresarial”, é subsumível à previsão da alínea **c) do artigo 19º do DL nº446/85**.



STJ 09.12.2014

Cons. Martins de Sousa; ação inibitória 1004/12.6TJLSB.L1.S1

Uma cláusula contratual geral, inserta em contratos de assistência técnica, manutenção e reparação de **ascensores**, que confere à empresa, 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 de manutenção 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/c) LCCG**, 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 que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto



No mesmo sentido...

TRL 30.06.2011 Desemb.^a Fátima Galante; P. 779/04.OTCSNT.L1-6

TRP 08.04.2014 Desemb.^a Anabela Dias da Silva; P. 1801/12.2TBPVZ.P1

TRL 24.11.2015 Desemb. Tomé Ramião; P. 1069/13.3TBGDM.P1

TRP 19.04.2016 Desemb.^a Anabela Dias da Silva; P. 8435/11.7TBVNG.P1

"fidelização forçada ao longo de anos"

TRC 17.04.2012 Desemb. Barateiro Martins; P. 5060/09.6TBLRA.C1

"errada noção de fidelização/sujeição contratual"



TRL 29.11.2016
Desemb. Gonçalo Barros; P. 38399/09.52SNTL1-7

A inclusão de uma cláusula contratual geral num contrato de manutenção de elevadores que estabelece que em caso de denúncia antecipada do contrato a predisponente tem direito a uma indemnização por danos correspondente à totalidade, a 50% ou a 25% do preço das prestações vincendas, conforme o contrato tenha uma duração até 5, 10 ou 20 anos, respetivamente, com a singular justificação de que "a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da sua estrutura empresarial", é subsumível à previsão da alínea c) do artigo 19º do DL n.º 446/85.

Lentro do quadro negocial padronizado, e de considerar desproporcionada aos danos que visa ressarcir, e como tal nula, por violação do art. 19º c) LCCG, 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 que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto

"fidelização forçada"

TRC 17.04.2012 Desemb. Barateiro Martins; P. 5060/09.6TBLRA.C1

"errada noção de fidelização/sujeição contratual"

Contratos de prestação de serviços de telecomunicações

STJ 14.11.2013
Cons. João Trindade; ação inibitória 122/09.2TJLSB.L1.S1

Alegando a predisponente (ré) que a fixação da cláusula de permanência mínima (cláusula penal de fidelização) é justificada pelos custos incorridos com as infraestruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é a mesma *desproporcionada* se abarca, não apenas o período de fidelização inicial, em que tais custos foram recuperados, mas também o período de renovação automática subsequente

Critério: 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

TRP 19.04.2016
Desemb. José Igreja; P. 8435/11.7TBVNG.P1

Tendo um consumidor assinado um contrato de fidelização por meses a uma operadora, investimento associado, a imposição de uma cláusula adequada a uma nova prestação associada a um novo período como único pressuposto para a renovação automática, é adequada e não abusiva, desde que o valor da prestação associada seja inferior ao valor de mercado em força no momento da renovação automática

Tal cláusula, imposta sem negociação, é abusiva por força do disposto no art. 17º do DL n.º 446/85

STJ 14.11.2013

Cons. João Trindade; ação inibitória 122/09.2TJLSB.L1.S1

Alegando a predisponente (ré) que a fixação da cláusula de permanência mínima (cláusula penal de fidelização) é justificada pelos custos incorridos com as infraestruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é a mesma *desproporcionada* se abarca, não apenas o período de fidelização inicial, em que tais custos foram recuperados, mas também o período de renovação automática subsequente

Critério: 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



TRP 10.11.2015

Desemb. José Igreja Matos; P. 170314/13.5YIPRT.P1

Tendo um consumidor estado vinculado durante 24 meses a uma 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 eletrónico 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/c) LCCG



"A prática que consiste em incluir nos contratos de execução duradoura, aparentemente com termo final, uma cláusula de prorrogação da vigência do contrato por igual período, se as partes nada disserem em tempo útil, serve apenas para estabelecer um novo período de fidelização"

Prof. Jorge Morais Carvalho



As cláusulas de fidelização implícitas

Contratos de manutenção de elevadores



Contratos de prestação de serviços de telecomunicações



A lei estabelece a duração máxima dos períodos de fidelização?

Não, com exceção...
Contratos de comunicações eletrónicas

Art. 48.º/5 LCE **Art. 4.º DL 56/2010**

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de duração inicial superior a **24 meses**.

O período de fidelização não pode ter duração superior a **24 meses**.

Porém... **Art. 48.º/6 LCE (Lei 15/2016)**

Excecionalmente, podem estabelecer-se **períodos adicionais de fidelização**, até ao limite de 24 meses, desde que: *cumulativamente*:

- As alterações contratuais impliquem a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica;
- Haja uma **expressa aceitação** por parte do consumidor.

Atenção: nos contratos de comunicações eletrónicas, o período de fidelização não pode ultrapassar, por regra, o período de validade da contratação para o consumidor.

Art. 48.º/5 LCE
 No âmbito do período de fidelização, não se pode estabelecer um período de fidelização superior ao período de validade da contratação para o consumidor.

Art. 48.º/6 LCE
 Excecionalmente, podem estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que, cumulativamente:
 a) As alterações contratuais impliquem a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica;
 b) Haja uma expressa aceitação por parte do consumidor.

Art. 4.º DL 56/2010
 O período de fidelização não pode ter duração superior a 24 meses.

Não, com exceção...

Contratos de comunicações eletrónicas

Art. 48.º/5 LCE

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de duração inicial superior a **24 meses**

Art. 4.º DL 56/2010

O período de fidelização não pode ter duração superior a **24 meses**

Porém...

Art. 48.º/6 LCE (Lei 15/2016)

Excecionalmente, podem estabelecer-se **períodos adicionais de fidelização**, até ao limite de 24 meses, desde que, *cumulativamente*:

- As alterações contratuais impliquem a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica;
- Haja uma **expressa aceitação** por parte do consumidor.



Art. 48.º/15 LCE

No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido novo período de fidelização, **exceto** se, por vontade do assinante validamente expressa nos termos do n.º 3, for contratada a disponibilização subsidiada de **novos equipamentos terminais** ou a oferta de condições **promocionais devidamente identificadas e quantificadas** e **que**, em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos já foram recuperados em período de fidelização anterior



Mesmo nos contratos de comunicações eletrónicas, no âmbito dos quais o período de fidelização não pode ultrapassar, por regra, 24 meses, é imprescindível a existência de contrapartidas para o consumidor



A fidelização não é obrigatória...

... Mas verifica-se na maioria dos contratos de telecomunicações

Art. 48.º/8 LCE

As empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público devem oferecer a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem contratos **sem qualquer tipo de fidelização**, bem como **contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização**, por cada benefício concedido ao utilizador, devendo publicitar:

- a) Nos mesmos suportes em que seja publicitada a oferta com fidelização, de forma claramente legível, a oferta sem fidelização;
- b) De forma facilmente acessível pelos consumidores, no caso de existir fidelização, a relação entre custo e benefício associada às diferentes ofertas comerciais, permitindo a comparação da mesma oferta com diferentes períodos de fidelização, sempre que existam



Art. 48.º/14 LCE

Findo o período de fidelização e na ausência de acordo relativamente ao estabelecimento de um novo período de fidelização nos termos do número seguinte...

...o valor a fixar como contrapartida pela prestação dos serviços **não pode ser superior aos preços normais** que pelo mesmo são devidos àquela data, abrangendo, apenas, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção



A lei estabelece a duração máxima dos períodos de fidelização?

Não, com exceção...
Contratos de comunicações eletrónicas

Art. 48.º/5 LCE **Art. 4.º DL 56/2010**

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de fidelização maior superior a 24 meses.

O período de fidelização não pode ter duração superior a 24 meses.

Porém... **Art. 48.º/6 LCE (Lei 15/2016)**

Exceionalmente, podem estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que:

- As alterações contrariais impliquem a atualização de equipamentos ou de infraestruturas tecnológicas;
- Haja uma empresa adonadora por parte do consumidor.

Mesmo nos contratos de comunicações eletrónicas de período de fidelização, por regra, o período de fidelização não pode ser superior a 24 meses e impõe-se a atualização de equipamentos por parte do consumidor.

Art. 48.º/5 LCE
 No âmbito do período de fidelização, o consumidor não pode ser obrigado a atualizar equipamentos ou a atualizar infraestruturas tecnológicas, salvo se a atualização for necessária para garantir a qualidade dos serviços prestados.

Art. 48.º/6 LCE
 Exceionalmente, podem estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que:

Art. 4.º DL 56/2010
 O período de fidelização não pode ter duração superior a 24 meses.

Art. 48.º/6 LCE
 Exceionalmente, podem estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que:

Art. 48.º/5 LCE
 Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de fidelização maior superior a 24 meses.

Prezi

Períodos adicionais de fidelização?

Expressamente admitidos na Lei 15/2016, mas a título excepcional (48.º/6 LCE)

Requisitos:

- As alterações contrariais impliquem a atualização de equipamentos ou de infraestruturas tecnológicas;
- É obrigatória a expressa adonadora por parte do consumidor.

Porém...
 as empresas não devem estabelecer condições contrariais desproporcionais mesmo quando aos períodos de fidelização posteriores - 48.º/10

Art. 48.º/15 LCE
 No âmbito do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido outro período de fidelização, salvo se, por vontade do consumidor, este estabelecer expressamente outro período de fidelização superior ao anterior.

Art. 48.º/6 LCE
 Exceionalmente, podem estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que:

Art. 48.º/5 LCE
 Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de fidelização maior superior a 24 meses.

Prezi

Expressamente admitidos na Lei 15/2016, mas a título *excepcional* (48.º/6 LCE)



Requisitos:

- a) As alterações contratuais têm de implicar a **atualização de equipamentos** ou da **infraestrutura tecnológica**;
- b) É obrigatória a **expressa aceitação** por parte do **consumidor**



Porém...

as empresas não devem estabelecer condições *contratuais desproporcionadas* mesmo quanto aos períodos de fidelização posteriores - 48.º/10



Art. 48.º/15 LCE

No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido novo período de fidelização, *exceto* se, por vontade do assinante validamente expressa nos termos do n.º 3 do art. 48.º, for contratada:

- a disponibilização subsidiada de novos equipamentos terminais ou
- a oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas: *[mais amplo do que o n.º 6]*
- e que, em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos já foram recuperados em período de fidelização anterior



Períodos adicionais de fidelização?

Expressamente admitidos na Lei 15/2016, mas a título *excepcional* (48.º/6 LCE)

Repetição:
 Não são abrangidos os contratos que tenham de natureza a atualização de equipamentos ou de infraestrutura tecnológica, admitido por parte do consumidor.

Portm... as empresas não devem estabelecer condições contrárias, desproporcionais, mesmo quanto aos períodos de fidelização posteriores - 48.º/7º

Art. 48.º/15 LCE
 No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido outro período de fidelização, exceto no caso de: - a) a renovação de contratos de novos equipamentos tecnológicos e - b) a oferta de condições comerciais especiais, desde que o consumidor não tenha sido informado previamente e não tenha manifestado oposição expressa no momento da celebração do contrato.



E os encargos por não cumprimento do período de fidelização?

Art. 48.º/11 LCE
 Quando o período de fidelização estiver sujeito a encargos, estes deverão ser razoáveis:
 - não podem ultrapassar o custo para o fornecedor, mas com a redução do custo de venda, jacobina e cobrança de qualquer compensação a dita remuneração ao consumidor;

Art. 48.º/12 LCE
 Os encargos pelo cancelamento antecipado de contratos com período de fidelização por iniciativa do consumidor:
 - devem ser proporcionais a vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado;
 - não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data de cessação.

DL 56/2010, 01.06
 Resolução relativa à cobrança de quotas para...
 - para o período de fidelização...





Art. 48.º/11 LCE

Durante o período de fidelização, os encargos para o assinante, decorrentes da **resolução do contrato por sua iniciativa...**

...não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório

Art. 48.º/12 LCE

Os encargos pela **cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante...**

...devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado...

...não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação



Art. 48.º/13 LCE

Para efeitos do disposto no art. 48.º/12, no caso de **subsídio de equipamentos terminais**, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável (DL 56/2010)...

Nas demais situações:

Os encargos **não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida** que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada



Art. 48.º/10 LCE

Sem prejuízo da existência de períodos de fidelização, *iniciais ou posteriores*, nos termos da presente lei, 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, cabendo a fiscalização das mesmas à ARN

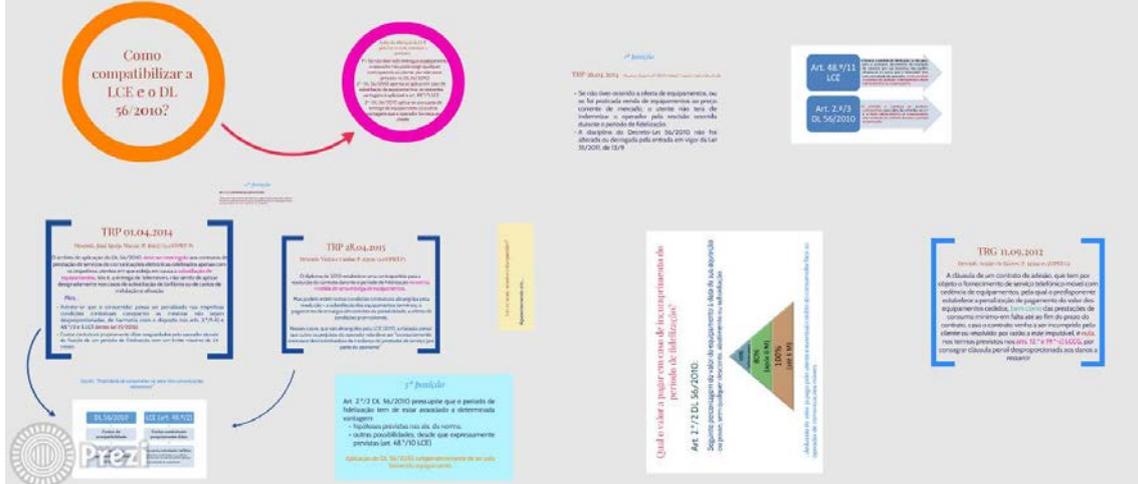


DL 56/2010, 01.06

Estabelece limites à cobrança de quantias pela:

- prestação do serviço de **desbloqueamento de equipamentos** destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas
- pela **rescisão do contrato durante o período de fidelização...**

...garantindo os direitos dos utentes nas comunicações eletrónicas e promovendo uma maior concorrência no setor



DL 56/2010, 01.06

Estabelece limites à cobrança de quantias pela:

- prestação do serviço de **desbloqueamento de equipamentos** destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas
- **pela rescisão do contrato durante o período de fidelização...**

...garantindo os **direitos dos utentes** nas comunicações eletrónicas e promovendo uma **maior concorrência** no setor

Como compatibilizar a LCE e o DL 56/2010?

Art. 48.º da LCE
Art. 21.º do DL 56/2010

1.ª posição

TRP 01.04.2014

Art. 48.º/11 LCE

Art. 21.º DL 56/2010

DL 56/2010, 01.06

Estabelece limites à cobrança de quantias pela:

- prestação do serviço de **desbloqueamento de equipamentos** destinados ao acesso a serviços de comunicações eletrónicas
- **pela rescisão do contrato durante o período de fidelização...**

...garantindo os **direitos dos utentes** nas comunicações eletrónicas e promovendo uma **maior concorrência** no setor

Como compatibilizar a LCE e o DL 56/2010?

Art. 48.º da LCE
Art. 21.º do DL 56/2010

1.ª posição

TRP 26.04.2014

Art. 48.º/11 LCE

Art. 21.º DL 56/2010

Como compatibilizar a LCE e o DL 56/2010?



Antes da alteração da LCE
pela Lei 15/2016, existiam 3
posições:

- 1ª- Se não tiver sido entregue equipamento, o operador não pode exigir qualquer contrapartida ao utente, por não estar previsto no DL 56/2010
- 2ª- DL 56/2010 apenas se aplica em caso de subsídio de equipamentos; às restantes vantagens é aplicável o art. 48.º/5 LCE
- 3ª- DL 56/2010 aplica-se aos casos de entrega de equipamento ou outras vantagens que o operador forneça ao utente



1ª posição

TRP 26.04.2014 Processo 28496/12.oYIPRT.P1; Relator: Desemb. Pedro Lima Costa

- 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.
- A disciplina do Decreto-Lei 56/2010 não foi alterada ou derogada pela entrada em vigor da Lei 51/2011, de 13/9



2ª posição

Art. 2.º/2-h) LCE (introduzido pela Lei 51/2011):

O disposto na presente lei não prejudica o regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho



TRP 01.04.2014

Desemb. José Igreja Matos; P. 82657/13.OYIPRT.P1

O âmbito de aplicação do DL 56/2010 **deve ser restringido** aos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrados apenas com os respetivos utentes em que esteja em causa a **subsidição de equipamentos**, isto é, a entrega de telemóveis, não sendo de aplicar designadamente nos casos de subsidição de tarifários ou de custos de instalação e ativação

Mas...

- Admite-se que o consumidor possa ser penalizado nas respetivas condições contratuais conquanto as mesmas não sejam desproporcionadas, de harmonia com o disposto nos arts. 2.º/1-h) e 48.º/2 e 5 LCE (*antes Lei 15/2016*):
- Custos contratuais propriamente ditos resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses



TRP 28.04.2015

Desemb. Vieira e Cunha; P. 95926/13.OYIPRT.P1

O diploma de 2010 estabelece uma contrapartida para a resolução do contrato durante o período de fidelização **na estrita medida de uma entrega de equipamentos**.

Mas podem existir outras condições contratuais abrangidas pela resolução - a subsidição dos equipamentos terminais, o pagamento de encargos decorrentes da portabilidade, a oferta de condições promocionais.

Nesses casos, que são abrangidos pela LCE (2011), a cláusula penal que cubra os prejuízos do operador não deve ser "excessivamente onerosa e desincentivadora da mudança de prestador de serviço por parte do assinante"



Estudo: "Mobilidade do consumidor no setor das comunicações eletrónicas"



3ª posição

Art. 2.º/2 DL 56/2010 pressupõe que o período de fidelização tem de estar associado a determinada vantagem:

- hipóteses previstas nas als. da norma;
- outras possibilidades, desde que expressamente previstas (art. 48.º/10 LCE)

Aplicação do DL 56/2010 independentemente de ter sido fornecido equipamento



Lei 15/2016: resolve esta questão?

Aparentemente sim...



Art. 48.º/13 LCE

Para efeitos do disposto no art. 48.º/12, no caso de *subsidição de equipamentos terminais*, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável (DL 56/2010)...

Nas demais situações:

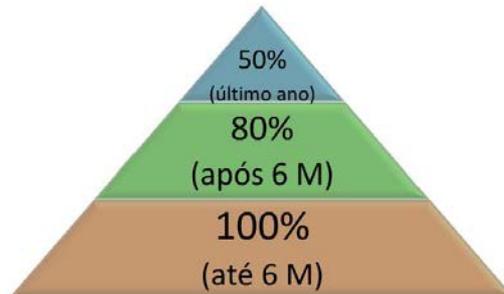
Os encargos *não podem ser superiores ao valor da vantagem* conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada



Qual o valor a pagar em caso de incumprimento do período de fidelização?

Art. 2.º/2 DL 56/2010:

Seguinte percentagem do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio:



...deduzido do valor já pago pelo utente e eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis



Art. 48.º/11
LCE

• Durante o período de fidelização, os encargos para o assinante, decorrentes da resolução do contrato por sua iniciativa, não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, *sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório*

Art. 2.º/3
DL 56/2010

• É *proibida a cobrança de qualquer contrapartida*, para além das referidas no n.º 2, *a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização*



TRG 11.09.2012

Desemb. Araújo de Barros; P. 34394/10.5YIPRT.G1

A cláusula de um contrato de adesão, que tem por objeto o fornecimento de serviço telefónico móvel com cedência de equipamentos, pela qual o predisponente estabelece a penalização de pagamento do valor dos equipamentos cedidos, **bem como** das prestações de consumo mínimo em falta até ao fim do prazo do contrato, caso o contrato venha a ser incumprido pelo cliente ou resolvido por razão a este imputável, é **nula**, nos termos previstos nos **arts. 12.º e 19.º-c) LCCG**, por consagrar cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir



E os *encargos* por não cumprimento do período de fidelização?

Art. 48.º da LCE
 Os termos e condições de fidelização, de natureza penalizadora, estabelecidos em contratos de adesão, não podem ultrapassar o limite para o fornecimento de serviços e a duração do contrato, sendo penalizada a cobrança de qualquer quantia correspondente a danos indemnizatórios ou compensatórios.

Art. 49.º da LCE
 Os encargos pela cessação antecipada de contratos com período de fidelização por iniciativa do cliente... devem ser proporcionais a vantagens que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado... não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data de cessação.

DL 56/2010, 01.06

Resolução 1/2010, 01.06

para o período de fidelização.



Primeira posição

Não é aplicável à indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico o prazo prescricional previsto no art. 10.º/1 Lei 23/96, mas antes o do art. 309.º CC

- TRL 16.03.2010 Desemb.ª Maria José Simões; P. 1405/08.4TJLSB.L1-1
- TRL 15.02.2011 Desemb. Gouveia de Barros; P. 3084/08.OYXLSB-A.L2-7
- TRL 07.06.2011 Desemb. Luís Lameiras; P. 2360/06.OYXLSB.L1-7
- TRL 21.06.2011 Desemb. Luís Espírito Santos; P. 264/06.6YXLSB.L1-7



Segunda posição

Porque a cláusula penal fixada para o caso de incumprimento do contrato é **acessória** em relação à obrigação principal de pagamento do preço dos serviços telefónicos, prescrito o direito ao pagamento do preço, caduca o direito a exigir o pagamento do valor da pena convencional

- TRL 25.02.2010 Desemb.ª Márcia Portela; P. 1591/08.3TVLSB.L1-6
- TRL 16.06.2011 Desemb. Aguiar Pereira; P. 28934/03.3YXLSB.L1-6
- TRL 29.11.2011 Desemb.ª Rosa Ribeiro Coelho; P. 370/06.7YXLSB.L1-7
- TRL 04.06.2015 Desemb. Sacarrão Martins; P. 143342/14.6YIPRT.L1-8



TRL 20.12.2016

Desemb. Eurico Reis; P. 140866/14.9YIPRT.L1-1

As denominadas “cláusula de fidelização”, a cujo incumprimento em muitos contratos os contraentes associam uma indemnização tabelar, por cláusula penal, quando esse não cumprimento ocorre, constituem uma cláusula acessória do núcleo essencial do contrato (*prestação de um serviço tendo como contrapartida o pagamento do preço do mesmo*), sendo **ética e socialmente inaceitável** e, portanto, violador das regras de interpretação inscritas nos art.ºs 9.º, 334.º e 335.º do Código Civil, configurar que possa existir um prazo prescricional de seis meses para a obrigação principal (art.º 10.º n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho) e um prazo prescricional geral de vinte anos (artigo 309.º do Código Civil) para a obrigação cuja existência só se justificava em face daquela.



Natureza acessória, dependente e instrumental da cláusula penal

- A obrigação acessória não prescreve nos termos do art. 10.º/1 Lei 23/96
- Mas extingue-se em virtude da extinção, por prescrição, da obrigação principal
- Artigo 810.º/2 CC

Princípios do Direito Europeu dos Contratos
Artigo 14:502 PECL

Draft Common Frame of Reference
Artigo 7:502 DCFR

O prazo de prescrição do direito ao pagamento de juros, e outros créditos de natureza acessória, ocorre com o prazo de prescrição da obrigação principal

- Razões de interesse público
- Proteção do devedor:
 - seria obrigado, na contestação, a discutir a obrigação principal



Princípios do Direito Europeu dos Contratos

Artigo 14:502 PECL

Draft Common Frame of Reference

Artigo 7:502 DCFR

*O prazo de prescrição do direito ao pagamento de juros, e outros **créditos de natureza acessória**, ocorre com o prazo de prescrição da obrigação principal*

- Razões de interesse público
- Proteção do devedor:
 - seria obrigado, na contestação, a discutir a obrigação principal



Prezi

E quando há denúncia do contrato pelo consumidor dentro do período de fidelização?

Prof. Jorge Morais Carvalho:

O espírito do regime previsto no n.º 1 do art. 10.º da Lei 23/96 inclui a verba relativa a serviços não prestados eventualmente exigível antes do prazo por via do incumprimento da cláusula de fidelização



Prezi

Prescrição

Problemática

Art. 10.º/1 Lei 23/76 (serviços públicos essenciais)

O direito ao recebimento do preço do serviço de comunicações eletrónicas prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação

Quando há resolução do contrato pela empresa com fundamento em incumprimento por parte do cliente:

A prescrição abrange igualmente a indemnização decorrente da violação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico?

Natureza acessória, dependente e instrumental da cláusula penal

- A obrigação acessória não prescreve nos termos do art. 10.º/1 Lei 23/76.
- Mas extinguem-se em virtude da extinção, por prescrição, da obrigação principal.
- Artigo 810.º/2 CC

Primeira posição

Na aplicação da cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico, o prazo de prescrição de seis meses previsto no art. 10.º/1 Lei 23/76, não se aplica.

Art. 10.º/1 Lei 23/76: "O direito ao recebimento do preço do serviço de comunicações eletrónicas prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação"

Art. 810.º/2 CC: "A obrigação acessória não prescreve nos termos do art. 10.º/1 Lei 23/76. Mas extinguem-se em virtude da extinção, por prescrição, da obrigação principal."

Segunda posição

Em matéria de cláusulas de fidelização, não se aplicam os prazos de prescrição estabelecidos no art. 10.º/1 Lei 23/76.

Art. 10.º/1 Lei 23/76: "O direito ao recebimento do preço do serviço de comunicações eletrónicas prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação"

Art. 810.º/2 CC: "A obrigação acessória não prescreve nos termos do art. 10.º/1 Lei 23/76. Mas extinguem-se em virtude da extinção, por prescrição, da obrigação principal."

Prof.ª Inês Pereira-Carneiro

O regime do regime previsto no art. 10.º/1 Lei 23/76 não se aplica à cláusula de fidelização estabelecida nos contratos de prestação de serviço telefónico, pois esta prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.

Cláusula de fidelização

The diagram illustrates the legal relationship between the main obligation (payment for services) and the accessory obligation (loyalty clause). It shows that the accessory obligation is dependent on and instrumental to the main obligation. The main obligation prescribes in six months, while the accessory obligation does not, but it is extinguished when the main obligation is extinguished by prescription.

Prezi

Muito obrigada pela vossa atenção!

margarida.paz@gmail.com

Prezi

Vídeo da apresentação



CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil
Margarida Paz, Procuradora da República, Docente do CEJ:
Períodos de fidelização: as recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas
Montepio - Auditório
17.03.2017 15:15

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Lisboa

Margarida Paz
Períodos de fidelização: as recentes alterações da Lei das Comunicações Eletrónicas

00:00:39 - 00:36:43

FCT | FCCN
www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2b5frlfi7/flash.html?locale=pt>

5.

**A venda de bens de
consumo**

Paulo Mota Pinto



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A VENDA DE BENS DE CONSUMO ¹

Paulo Mota Pinto*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/8be95z8jv/flash.html>

¹ Apresentação realizada nos dias 17 e 24 de março e 21 e 28 de abril de 2017, na ação de formação “Temas de Direito Civil e Processual Civil” do Centro de Estudos Judiciários, no âmbito do Plano de Formação Contínua 2016/2017.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

**BLACK FRIDAY:
Verdadeiras promoções?**

Paulo Fonseca



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

BLACK FRIDAY: VERDADEIRAS PROMOÇÕES?¹

Paulo Fonseca*

Apresentação Power Point**Temas de Direito Civil e Processual Civil**

BLACK FRIDAY: Verdadeiras promoções?

Enquadramento Jurídico – até 2015

**Decreto-lei
nº 70/2007
26 de março**

Promoções – A venda promovida a um preço inferior ou com condições mais vantajosas que as habituais, com vista a potenciar a venda de determinados produtos ou o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico, bem como o desenvolvimento de uma atividade comercial, não realizadas em simultâneo com uma venda em saldos.

Saldos – A venda de produtos praticada em fim de estação a um preço inferior ao anteriormente praticado no mesmo estabelecimento comercial, com o objetivo de promover o escoamento acelerado das existências, realizado em determinados períodos do ano.

Liquidação – A venda de produtos com um carácter excecional que se destine ao escoamento acelerado com redução de preço da totalidade ou de parte das existências do estabelecimento, resultante da ocorrência de motivos que determinem a interrupção de venda ou de atividade no estabelecimento.

¹ Apresentação realizada nos dias 17 e 24 de março e 21 e 28 de abril de 2017, na ação de formação “Temas de Direito Civil e Processual Civil” do Centro de Estudos Judiciários, no âmbito do Plano de Formação Contínua 2016/2017.

* Diretor do Departamento Jurídico da DECO.

Anúncio de Venda	Preço de Referência	Afixação de Preços
Deve ser indicada, de forma visível e inequívoca, a modalidade de venda a realizar, bem como o tipo de produtos e as respetivas percentagens de redução.	A redução de preço anunciada deve ser real por referência ao preço anteriormente praticado para o mesmo produto ou por referência ao preço a praticar após o período de redução, quando se trate de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico.	Os letreiros, etiquetas ou listas devem exibir de forma bem visível o novo preço e o anteriormente praticado ou, a percentagem de redução.

Informações importantes

Preço de Referência

- Entende-se por preço anteriormente praticado o preço mais baixo efetivamente praticado para o respetivo produto no mesmo local de venda, durante um período continuado de 30 dias anteriores ao início do período de redução.

Afixação de preços

- No caso de venda de produtos com condições promocionais deve constar especificamente o preço anterior e o preço promocional, o respetivo período de duração e, caso existam, os encargos inerentes às mesmas.

Important
Information

Informações importantes



A venda em saldos só se pode realizar nos períodos compreendidos entre 28 de dezembro e 28 de fevereiro e entre 15 de julho e 15 de setembro





Podem ocorrer promoções em qualquer momento considerado oportuno pelo comerciante desde que não se realizem em simultâneo com uma venda em saldos.

Enquadramento Jurídico – após 2015

Decreto-lei nº 10/2015 16 de janeiro	<p>Promoções – A venda promovida a um preço inferior ou com condições mais vantajosas que as habituais, com vista a potenciar a venda de determinados produtos ou o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico, bem como o desenvolvimento de uma atividade comercial, não realizadas em simultâneo com uma venda em saldos.</p>
	<p>Saldos – A venda de produtos praticada a um preço inferior ao anteriormente praticado no mesmo estabelecimento comercial com o objetivo de promover o escoamento acelerado das existências.</p>
	<p>Liquidação – A venda de produtos com um carácter excecional que se destine ao escoamento acelerado com redução de preço da totalidade ou de parte das existências do estabelecimento, resultante da ocorrência de motivos que determinem a interrupção de venda ou de atividade no estabelecimento.</p>



Informações importantes

Preço de Referência

- Entende-se por preço anteriormente praticado o preço mais baixo efetivamente praticado para o respetivo produto no mesmo local de venda, durante um período continuado de 30 dias anteriores ao início do período de redução.

REVOKED

Afixação de preços

- No caso de venda de produtos com condições promocionais deve constar especificamente o preço anterior e o preço promocional, **e respetivo período de duração** e, caso existam, os encargos inerentes às mesmas.

Informações importantes



O que é a Black Friday?

“Major Retailers open very early and offer promotional sales”.

(in wikipedia)



Saldos



Promocões



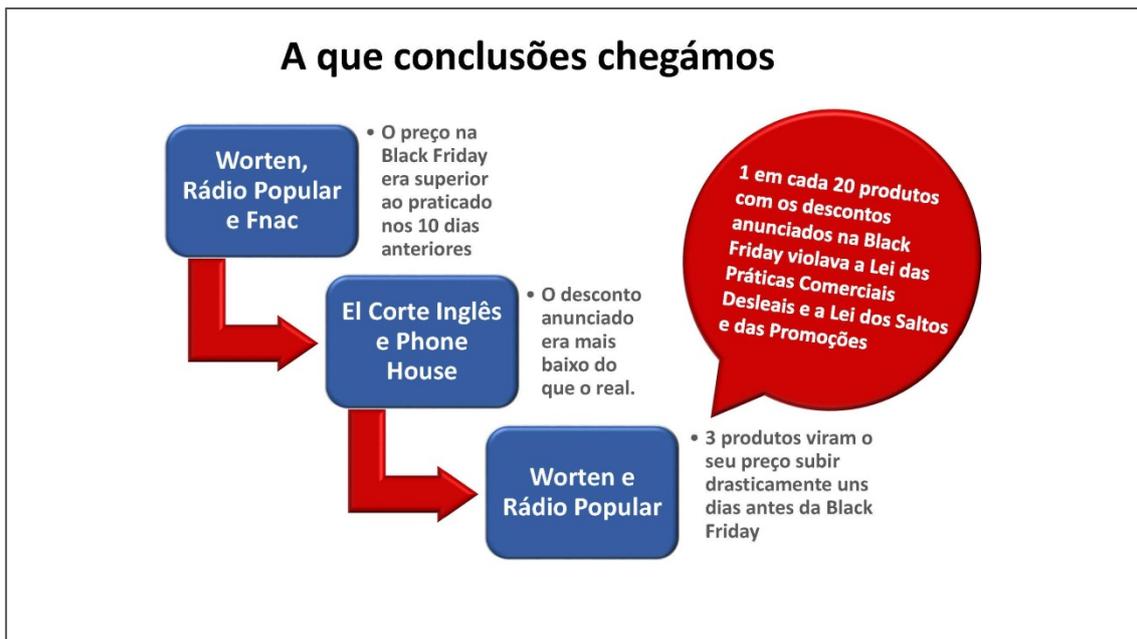
Liquidação



O que fizemos em 2015



A que conclusões chegámos



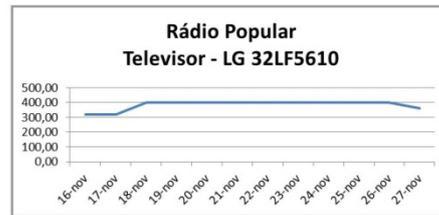
Lojas Online	Número de modelos analisados	Número de modelos onde houve aumento do preço
Fnac	492	42
Worten	391	50
Rádio Popular	306	22
El Corte Inglés	328	18
Stapples	156	3
Box	102	12
Phone House	87	12
Total	1862	159

	Preço Mínimo (Média)	Preço Anunciado (Média)	Preço Black Friday (Média)	Descontos Anunciados (Média)	Descontos Relativos ao Preço Mínimo (Média)
Fnac	€ 486,99	€ 558,32	€ 461,33	-17%	-5%
Worten	€ 420,98	€ 495,92	€ 412,92	-17%	-2%
Rádio Popular	€ 570,17	€ 726,93	€ 564,93	-22%	-1%

Loja	Família	Marca	Modelo	Preço Mínimo (Original)	Preço Anterior Anunciado	Preço Black Friday	Desconto Anunciado	Desconto relativo ao Preço Mínimo
FNAC	Câmara	Sony	Alpha 5000 (+18-50mm)	319,99	349,99	279	20%	-13%
		Sony	Alpha 6000 (+18-50mm)	599,99	739,99	579,99	22%	-11%
	Smartphone	Samsung	Galaxy S6 (128 GB)	729,99	799,99	749,99	-9%	3%
		Samsung	Galaxy S6 (32 GB)	529,99	599,99	499,99	-17%	-9%
TV	LG	43LF510V	349,99	449,99	339,99	-25%	-7%	
RÁDIO POPULAR	Câmara	Sony	Alpha 5000 (+16-50mm)	319,99	479,99	431,91	-10%	-2%
	Frigorífico	Indesit	L70 FFF W	379,99	429,49	365,49	-15%	-4%
		Indesit	TAX 3 V	419,99	429,49	385,99	-16%	-8%
	Máquina Lavar Louça	Indesit	DFG 2181 NX EU	379,99	399,99	359,99	10%	-5%
	Máquina Café	Delonghi	EC684.M	199,99	209,99	187,99	20%	-18%
	Smartphone	Samsung	Galaxy Grand Neo Duos DS	129,9	149,99	112,43	22%	-13%
		LG	32.PF510	319,99	329,99	329,99	-16%	11%
	TV	LG	43LF5400	389,99	499,99	449,99	-16%	19%
		LG	49JF770V	899	1299,99	1039,99	-26%	18%
	Impressora	Samsung	UE43J6000	719,99	999,99	699,99	-36%	-2%
		HP	Envy 4540	69,99	79,99	67,99	-15%	-1%
	Máquina Lavar Roupa	Eletrolux	EW1284EDW	349,99	399,99	339,99	-19%	-7%
		LG	F14J0504	619,99	619,99	617,49	-15%	-10%
		Samsung	WF77560W2WEP	329,99	349,99	297	-15%	-4%
Whirlpool		AWDC 1103	319,99	359,99	305,99	-15%	-13%	
WORTEN	Câmara	Sony	Alpha 7K (SEL-2878)	1599,99	1799,99	1449,99	20%	-15%
		Sony	Cyber-shot DSC-HX300	314,99	399,99	312	-26%	-9%
	Frigorífico	Sony	Cyber-shot DSC-HX300	479,99	499,99	400	-20%	-17%
		Bosch	KGV36W32S	449,99	599,99	480	-26%	-1%
	Smartphone	Motorola	EMT11 12110 WW	399,99	449,99	390	-26%	-10%
		Indesit	L70 FFF W	379,99	429,99	344	-9%	-9%
	TV	SAMSUNG	RT29PARADWW	419,99	529,99	424	-26%	1%
			Ascend G7	279,99	299,99	240	20%	-17%
		Huawei	Ascend G7	279,99	299,99	240	20%	-17%
			Ascend Mate 7	399,99	499,99	399,99	20%	-11%
		SAMSUNG	Galaxy S4 i9505 4G (16GB)	299,99	399,99	319,01	20%	6%
			Galaxy S6 Edge (128 GB)	829,99	899,99	729	20%	-13%
			32LF5800	399,99	399,99	329,99	20%	-2%
			49LF620V	449,99	599,99	480	20%	7%
43LF5400			389,99	499,99	430	20%	3%	
43LF650V			559,99	699,99	559,01	20%	-7%	
42JF770V	629,99		1199	999,2	20%	7%		
49LF650V	749,99		899,25	729	20%	-4%		
49JF770V	889,99	1299	1039,2	20%	17%			
PANASONIC	49LF650V	719,99	899,99	719	20%	-11%		
	55JF650V	939,99	1199,99	999,2	20%	6%		
	55JF770V	1099,99	1799	1439,2	20%	31%		
	55JF650V	1199,99	1899,11	1359,2	20%	-26%		
	55JG650V	1599,99	1999	1399,2	20%	6%		
	TX-55C583HE	989,99	1199,99	999,2	20%	-1%		
SAMSUNG	UE32J5000XXN	249,99	299,99	218	20%	-18%		
	UE43J6000	489,99	579,99	484	20%	-7%		
	UE43J6500XXU	874,25	1499,99	1199,2	20%	-9%		
Sony	KDL-40R500C CEI	449,99	599,99	480	20%	7%		

EXAMPLE

“Na Rádio Popular, o televisor LG 32LF5610 teve um aumento de 80 euros no dia 18 de novembro. Na Black Friday, teve somente um desconto de 40 euros. Tal significa que os consumidores podiam ter adquirido o televisor por um preço inferior 10 dias antes.”



-10%

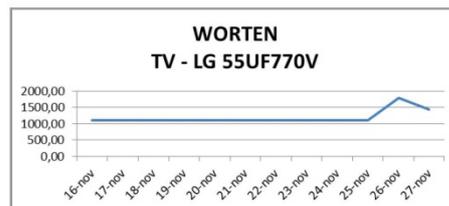
LED LG 32 LF 5610

€ 399,99
€ 359,99
Com 10% desconto direto
Válido de 27/11/15 a 29/11/15

Comprar

EXAMPLE

“Na Worten, destacamos a variação do televisor LG 55UF770V porquanto este modelo, apesar de ter tido um desconto de 105,80 euros na Black Friday, no dia anterior teve um aumento de 110 euros. Ou seja, o consumidor acaba por pagar mais 5 euros do que pagaria se tivesse comprado o produto antes de dia 26, em vez de esperar pela Black Friday.”



TV LED Smart TV 55" LG 55UF770V
Evolutiva / Ultra HD / 1000 Hz

€ 1799,00
Receba **€ 359,80** em talão

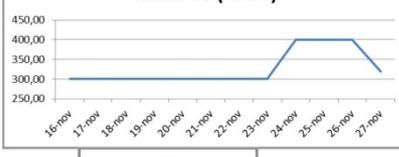
[Adicionar para Comparação](#)

Adicionar



“Na Worten, destacamos a variação do smartphone Samsung Galaxy S4 i9595 4G (de 16 GB) que viu o seu preço aumentar em 100 euros no dia 24 de novembro e na Black Friday, três dias depois, teve um desconto de apenas 80,98 euros. Assim, é fácil concluir que o consumidor teria poupado dinheiro se tivesse comprado o produto antes de dia 24, em vez de esperar pela Black Friday.”

WORTEN
Telemóvel - SAMSUNG Galaxy S4 i9505 4G (16GB)



Data	16-nov	17-nov	18-nov	19-nov	20-nov	21-nov	22-nov	23-nov	24-nov	25-nov	26-nov	27-nov
Price (€)	300,00	300,00	300,00	300,00	300,00	300,00	300,00	300,00	400,00	300,00	300,00	299,99



Smartphone SAMSUNG Galaxy S4 Branco
 Android 4.2 / 5" / 4G / Quad-core 1.9 GHz
€ 399,99
 Receba €79,99 em talão
[Adicionar para Comparação](#)
 Adicionar

Que reivindicações fizemos



O que fizemos em 2016

Análise de 1862 produtos em lojas online



Análise de preços anunciados e a sua variação em 7 lojas online

Criação de uma ferramenta para que os consumidores pudessem analisar diretamente a variação do preço praticado entre o anunciado na Black Friday e o anteriormente praticado.



PROTESTE | Pesquisa produtos e serviços | Experimenta com 15% de desconto

COMPARATIVOS | AÇÕES COLETIVAS | RECLAMAR | OS NOSSOS Quem vamos e o

Black Friday ou Black Fraude?

Este Black Friday, a DECO PROTESTE oferece uma nova ferramenta aos consumidores que fazem compras online.

Fácil e rápido: insira o link completo onde encontrou o produto. Também pode colocar o nome da loja e do produto e procura-lo dessa forma.

Conheça a variação dos preços nos últimos 30 dias para o produto que quer comprar. Analise se o preço praticado é realmente uma oportunidade e compare entre lojas online. A ferramenta apenas considera preços com desconto direto e imediato.

Depois, clique no botão para verificar se o preço é imperdível ou se é Black Fraude.

Endereço do produto

PODE TAMBÉM PESQUISAR POR

Nome da loja

Nome do produto

Fotografia digital | Canon | Preço encontrado: € 199.99

Não aconselhamos esta compra.
O preço já esteve mais baixo. Aconselhamos a comparar o preço deste produto entre lojas.
Veja outras lojas em baixo

Variação do preço nos últimos 30 dias

A DECO PROTESTE aconselha a verificar a preço e a qualidade de outros produtos, devidamente tratados, e de forma independente. Loja24, Casa24 e Comp@rta.com

Verifique o preço noutras lojas

	€ 209.00	<input type="button" value="VISITAR LOJA"/>
	€ 217.67	<input type="button" value="VISITAR LOJA"/>
	€ 228.78	<input type="button" value="VISITAR LOJA"/>

Conclusões

- Necessidade de adequar o regime legal à Black Friday, garantindo transparência e coerência para o regime;
- Necessidade de verificar em cada prática se existe violação do Código da Publicidade ou do regime jurídico das práticas comerciais desleais.
- Necessidade de que os consumidores acompanhem os valores praticados nas diferentes lojas, pois podem variar muito consoante o estabelecimento.
- As empresas devem ser sancionadas pelo incumprimento da legislação.
- Os consumidores devem ser compensados em face deste incumprimento.

Obrigado
pfonseca@deco.pt

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed in black and red. Below the logo, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. A black banner contains the text: 'Temas de Direito Civil e Processual Civil', 'Paulo Fonseca, Diretor do Departamento Jurídico da DECO: BLACK FRIDAY: Verdadeiras promoções?', and 'Montepio - Auditório 17.03.2017 14:30'. The video frame shows a man in a suit speaking at a podium. The podium has a nameplate that reads 'Lisboa Paulo Fonseca BLACK FRIDAY: Verdadeiras promoções?'. The background of the video frame includes the logos 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA TA'. Below the video frame is a standard video player control bar with a play button, a progress bar showing '00:01:10' out of '-00:26:23', and various control icons. At the bottom of the player, there are logos for 'FCT' (Faculdade de Ciências e Tecnologia) and 'FCCN' (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais), along with the website 'www.fccn.pt'.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1zujlyx7wh/flash.html?locale=pt>

7.

**Cláusulas contratuais
gerais no âmbito dos
serviços financeiros**

Fátima Baptista



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS FINANCEIROS¹

Fátima Baptista*

I. Introdução

II. Cláusulas abusivas no sector financeiro e o recente Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 07 de Janeiro de 2016

III. A protecção do consumidor de produtos financeiros – novos desafios do **Ministério Público** ao nível da protecção dos investidores não qualificados.

I. Introdução

A utilização de cláusulas contratuais gerais potencia a ocorrência de situações de risco e abusos por parte dos seus predisponentes, que tenderão, naturalmente, aquando da sua elaboração, a acautelar os seus interesses em detrimento dos interesses dos aderentes, para além de aumentarem consideravelmente o risco de os aderentes desconhecerem cláusulas que vão fazer parte do contrato.

Ora, o sistema de protecção instituído pela Directiva Comunitária n.º 93/13/CE, de 05/04/1993, em matéria de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, e que se encontra na génese do actual regime vertido no Decreto-lei n.º 446/85, de 25/10, assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade e de desigualdade relativamente ao profissional, no que respeita tanto ao poder de negociação como ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o seu conteúdo e sem, muitas vezes, o conhecer, ou pelo menos, o conhecer totalmente.

Pelo que, qualquer intervenção judicial em matéria de protecção do consumidor no âmbito das cláusulas contratuais gerais deverá ter sempre em consideração, estes dois princípios basilares nas relações *consumidor / predisponente*:

- A existência de desigualdade e inferioridade ao nível da negociação;
- A existência de desigualdade e inferioridade ao nível da informação.

Do mesmo modo, aquando da análise de uma cláusula contratual geral com vista a aferir da sua validade, o critério que deve nortear tal análise é o de que estaremos perante uma cláusula abusiva sempre que, analisado o teor da mesma e a sua concreta redacção, se verifique que, da sua estipulação, resulta, para o predisponente, uma vantagem injustificável, afectando significativamente o equilíbrio contratual, em prejuízo do destinatário da mesma.

¹ Na génese do presente texto encontra-se estudo elaborado com vista à apresentação realizada na acção de formação “Temas de Direito Civil e Processual Civil – Direito do Consumo”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários em 24 de Março de 2017.

* Procuradora-Adjunta do Núcleo de Propositura de Ações da Procuradoria Cível de Lisboa.

Assim, o sistema de fiscalização e sindicância das cláusulas contratuais gerais deve nortear-se por este paradigma, visando assegurar a existência de um equilíbrio entre as partes.

II. Cláusulas abusivas no sector financeiro e o recente Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 07 de Janeiro de 2016

Segundo dados avançados pela União Europeia, constantes do 1º Relatório elaborado pela Comissão Europeia em 27/04/2000, sobre a implementação da Directiva Comunitária n.º 93/13/CE, de 05/04/1993, o sector financeiro é um dos sectores económicos mais problemáticos ao nível da inclusão de cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, e onde se verifica que o maior peso económico por parte dos predisponentes Bancos é determinante para que os consumidores se encontrem efectivamente numa situação de maior debilidade contratual, levando-os a aceitarem celebrar contratos com cláusulas abusivas.

Por esse facto, trata-se do sector económico que tem sido o maior alvo de acções inibitórias propostas quer pelo **Ministério Público**, quer pela associação de defesa dos consumidores **DECO**, com vista à declaração de nulidade de inúmeras cláusulas contratuais gerais.

Segundo dados apurados² junto do **Núcleo de Propositura de Acções (NPA)** da Procuradoria da República de Lisboa – Área Cível, foram já propostas contra instituições financeiras, mais de 90 acções inibitórias devidamente transitadas em julgado, não incluindo, em tal contagem, as acções inibitórias propostas contra as instituições bancárias visando exclusivamente as denominadas cláusulas dos arredondamentos em alta.

De acordo com a metodologia adoptada no presente trabalho, procedeu-se à selecção, entre as inúmeras cláusulas contratuais gerais constantes de contratos relativos a instituições financeiras que foram alvo de declaração de nulidade, de quatro grandes grupos de cláusulas que, de forma maioritária, foram sendo alvo de tal declaração.

Propositadamente, deixou-se de fora da presente análise, as cláusulas abusivas constantes de contratos celebrados por Seguradoras, em virtude de ser temática já anteriormente tratada e analisada em acção de formação no Centro de Estudos Judiciários e posteriormente abordada no texto “A protecção do consumidor de seguros”, publicado *in* Revista do Ministério Público, n.º 149, Janeiro – Março 2017, Ano 38.

O primeiro grande grupo de cláusulas sindicado nestas acções propostas contra instituições financeiras prendeu-se com a inclusão, nesses contratos, de cláusulas de vencimento

² Perante a ausência de uma base de dados completa, contendo a totalidade das acções inibitórias que têm vindo a ser propostas nos tribunais nacionais, os números apresentados no presente texto assentam na estatística constante do **NPA** da Procuradoria da República – Área Cível de Lisboa, e bem assim nas decisões que constam da base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPI) – Registo de Cláusulas Abusivas (<http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>), sítio da *internet* onde se tem vindo a proceder ao registo das cláusulas contratuais gerais abusivas julgadas pelos tribunais portugueses. Desta forma, a estatística apresentada poderá encontrar-se incompleta.

antecipado das obrigações e de exigibilidade imediata da totalidade das obrigações previstas nos contratos de concessão de crédito.

Com efeito, no âmbito de contratos de concessão de crédito verificou-se que as predisponentes Rés consagravam uma cláusula que lhes permitia considerar vencidas todas as dívidas decorrentes do contrato e obter uma indemnização com fundamento em circunstâncias praticamente irrelevantes ou, pelo menos, irrelevantes para o contrato a resolver, ainda que o consumidor mantivesse o pagamento atempado dos montantes em dívida³.

Tais cláusulas vieram a ser declaradas nulas por violarem os “valores fundamentais do direito” defendidos pelo princípio da boa - fé (arts. 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro).

De facto, o que a jurisprudência sustentou neste grande grupo de cláusulas é que nas mesmas se verificava uma desconsideração da importância do comportamento gerador das consequências previstas na cláusula de vencimento antecipado da totalidade das obrigações previstas no contrato, o que podia originar uma injusta disparidade, prejudicial ao consumidor.

Com efeito, as mesmas encontravam-se apenas consagradas a favor das predisponentes Rés, e das referidas cláusulas ressaltava o poder assumido pelo predisponente em relação ao consumidor, uma vez que tais cláusulas permitiam através delas considerar vencidas todas as dívidas decorrentes do contrato por circunstâncias praticamente irrelevantes ou, pelo menos, irrelevantes para o contrato em causa, ainda que o mutuário mantivesse o pagamento atempado dos montantes ou da prestação principal, em dívida.

³ A título de exemplo, verificou-se a consagração de cláusulas-tipo com a seguinte redacção:

“O Banco poderá considerar os seus créditos vencidos e exigíveis e promover a execução da hipoteca se:

(...)

c) Não forem cumpridas quaisquer das obrigações previstas no presente contrato;

d) Não forem pagas despesas afectas ao empréstimo;

(...)

h) O/A(s) mutuário/a(s) celebrar(em) qualquer acordo de pagamento de dívidas com os seus credores ou se se verificarem quaisquer sinais objectivos de deterioração substancial da sua situação económica ou financeira;

i) For protestada qualquer letra ou livrança em que o(a/s) mutuário(a/s) seja(m) obrigado/a(s) ou se este(a/s) ingressar(em) a listagem de utilizadores de cheque que oferecem risco;

j) O/A(s) mutuário/a(s) deixar(em) de cumprir pontualmente as obrigações decorrentes de outras responsabilidades contraídas, junto de outras Instituições Financeiras, nacionais ou estrangeiras, ou se contra si forem instauradas quaisquer acções executivas.” – in acção inibitória n.º 846/09.4YXLSB, que correu termos no extinto 8º Juízo Cível de Lisboa – 2ª Secção, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas (<http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>).

“Sem prejuízo de outros direitos que lhe são expressamente atribuídos nas cláusulas anteriores, ao BANCO é expressamente atribuído o direito de considerar imediatamente vencidas, independentemente de interpeação, a totalidade das dívidas dos MUTUÁRIOS decorrentes deste contrato, ainda que vincendas, com a consequente exigibilidade do seu pagamento imediato, quer em capital, quer em juros e, demais encargos legalmente exigíveis e, bem assim, o direito de executar a(s) garantia(s) ora prestada(s), caso:

a) Não sejam pontualmente cumpridas pelos MUTUÁRIOS quaisquer das obrigações assumidas neste contrato – ou em qualquer outro celebrado ou a celebrar com o BANCO – nomeadamente o não pagamento, na data do respectivo vencimento, de quaisquer juros, comissões ou outros encargos” – in acção inibitória n.º 651/09.8YXLSB, que correu termos no extinto 8º Juízo Cível de Lisboa – 3ª Secção, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas (<http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>).

Pelo que, tais cláusulas foram consideradas atentatórias do princípio da boa - fé e, conseqüentemente, nulas por violação dos arts. 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro.

Assim se decidiu, entre outras, nas acções inibitórias n.ºs 651/09.8YXLSB, 2393/11.5TJLSB, 813/09.8YXLSB, 846/09.4YXLSB, 1114/09.7YXLSB, 1128/09.7YXLSB, 2482/10.3YXLSB, 615/11.1YXLSB, 177/10.7YXLSB e 814/09.6YXLSB – todas disponíveis para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas, à excepção das duas últimas acções citadas.

O segundo grande grupo de cláusulas sindicado nestas acções prendeu-se com a inclusão, nesses contratos, das chamadas cláusulas de compensação de contas.

Com efeito, no âmbito de contratos de concessão de crédito verificou-se que as predisponentes Rés consagravam uma cláusula que lhes permitia proceder à compensação, debitando qualquer conta do aderente/consumidor pelas quantias não pagas⁴.

Contudo, tal cláusula permitia, indistintamente, não só a compensação com contas singulares, mas também com contas colectivas, conjuntas ou solidárias, isto é, contas em que o aderente/consumidor não era o único titular.

Desta forma, tais cláusulas tinham a virtualidade de permitir aos bancos, a compensação de contas que o aderente devedor fosse co-titular para além da proporção do respectivo saldo. Relativamente a estas concretas cláusulas, a jurisprudência entendeu que as mesmas são proibidas, nos termos dos arts. 15.º e 16.º, ambos do Decreto-Lei 446/85, de 25/10, por violação do princípio geral da boa-fé, na medida em que autorizam os Bancos a proceder à compensação de créditos mediante o débito de outras contas do aderente de que este seja co-titular, em qualquer regime de movimentação, para além da respectiva proporção na titularidade do respectivo saldo, ou seja, sem que se mostrem acutelados os legítimos interesses de terceiros de boa fé.

Assim se decidiu, entre outras, nas acções inibitórias n.ºs 651/09.8YXLSB, 745/11.0TJLSB, 188/09.5TJLSB, 846/09.4YXLSB, 1114/09.7YXLSB, 1128/09.7YXLSB, 2747/12.0TJLSB,

⁴ A título de exemplo, verificou-se a consagração de cláusulas-tipo com a seguinte redacção:

“O Banco fica desde já expressamente autorizado a movimentar a Conta para os efeitos previstos em 8.2. supra, e bem assim a debitar quaisquer contas junto dos seus balcões de que o(s) Mutuário(s) seja(m) ou venha(m) a ser titular(es) ou co-titular(es), para efectivação do pagamento de quaisquer dívidas emergentes do presente financiamento, podendo ainda proceder à compensação dessas dívidas com quaisquer saldos credores do(s) Mutuário(s), independentemente da verificação dos pressupostos da compensação legal.” – in acção inibitória n.º 2478/10.5YXLSB, que correu termos no extinto 6º Juízo Cível de Lisboa – 2ª Secção, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

“No caso de não se mostrar possível o pagamento integral dos créditos emergentes do presente contrato nas datas convencionadas e pelo meio indicado no número anterior, fica igualmente o Banco autorizado a debitar pelo valor dos montantes em dívida e, independentemente de declaração, quaisquer outras contas existentes em nome dos CLIENTES e/ou dos FIADORES, de que o Banco seja depositário, para o que os mesmos FIADORES dão também e desde já o respectivo acordo e autorização de movimentação.” – in acção inibitória n.º 3358/15.3T8LSB, que correu termos nos Juízos Cíveis de Lisboa – J9, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

2475/10.OYXLSB, 2482/10.3YXLSB – todas disponíveis para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

De salientar que recentemente, no âmbito da acção inibitória n.º 2475/10.OYXLSB, proposta pelo Ministério Público, veio a ser proferido o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 07 de Janeiro de 2016, publicado no Diário da República n.º 4/2016, Série I de 2016-01-07.

Neste Acórdão de Uniformização de Jurisprudência considerou-se que é proibida, nos termos do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, por contrária à boa-fé, a cláusula contratual geral que autoriza o banco predisponente a compensar o seu crédito sobre um cliente com o saldo de conta colectiva solidária, de que o mesmo cliente seja ou venha a ser contitular.

Importa sublinhar que este Acórdão de Uniformização de Jurisprudência não se pronunciou quanto à possibilidade de os bancos procederem à compensação relativamente a contas colectivas conjuntas, uma vez que o acórdão fundamento em que assentou o recurso de uniformização de jurisprudência apenas se pronunciava relativamente a contas colectivas solidárias.

Não obstante, quanto a este particular ponto e no âmbito das acções inibitórias propostas, as próprias Rés assumiam que a cláusula em apreço não lhes permitia proceder à compensação de créditos relativamente a contas colectivas conjuntas.

O terceiro grande grupo de cláusulas sindicado nestas acções incidiu sobre as cláusulas – tipo inseridas nos contratos de concessão de crédito que previam expressamente a possibilidade, sem necessidade de qualquer consentimento por parte dos consumidores, de cessão da posição contratual a qualquer empresa daquele grupo financeiro bancário ou a terceiros⁵.

Relativamente a estas concretas cláusulas, a jurisprudência entendeu que as mesmas são proibidas, nos termos do art. 18.º, alínea I), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, uma vez que não consta do contrato inicial, a identidade do cessionário, nem o mesmo se torna identificável através da referência a “qualquer empresa do grupo financeiro”, pois que, durante o prazo de duração do contrato, o grupo financeiro pode ir sofrendo alterações, extinguindo empresas e criando outras.

⁵ A título de exemplo, verificou-se a consagração de cláusulas-tipo com a seguinte redacção:

“O CLIENTE desde já autoriza o BANCO a ceder total ou parcialmente a sua posição contratual nestas Condições Gerais para outras entidades do Grupo BANCO sediadas em Portugal ou no estrangeiro com representação em Portugal, a qual será eficaz a partir da data da sua comunicação ao CLIENTE mediante carta registada.” – in acção inibitória n.º 2475/10.OYXLSB, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

“O Cliente autoriza o Banco a ceder a sua posição no presente contrato e nos contratos que lhe estejam associados, a qualquer momento e sem necessidade de qualquer aviso ou notificação, directamente ou mediante qualquer operação de titularização dos seus créditos, a qualquer empresa do Grupo Banco ou a terceiros que tenham por objecto a concessão de crédito ao consumo ou aquisições a crédito, ou a detenção de títulos a eles correspondentes.” – in acção inibitória n.º 814/09.6YXLSB, que correu termos no extinto 6º Juízo Cível de Lisboa – 3ª Secção.

Com efeito, a proibição de cessão da posição contratual sem o acordo do aderente, pretende prevenir que, a coberto do esquema de transmissão do contrato, se venha a limitar, de facto, a responsabilidade ou a diminuir as garantias dos consumidores, bastando, para tanto, transferir a posição para uma entidade que não tenha adequada cobertura patrimonial para, na prática, esvaziar o conteúdo de qualquer imputação de danos.

Assim se decidiu, entre outras, nas acções inibitórias n.ºs 177/10.7YXLSB, 188/09.5TJLSB, 2475/10.0YXLSB e 814/09.6YXLSB – todas disponíveis para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas, à excepção da última acção citada.

De salientar que também sobre esta concreta cláusula-tipo de cessão da posição contratual, pronunciou-se o citado Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 07 de Janeiro de 2016, no âmbito do qual veio a ser definido que é proibida, nos termos do art. 18.º, alínea l), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, a cláusula contratual geral que autoriza o banco predisponente a ceder total ou parcialmente a sua posição contratual para outras entidades do respectivo grupo, sediadas em Portugal ou no estrangeiro.

O quarto grande grupo de cláusulas sindicado nestas acções prendeu-se com a inclusão, nesses contratos, das denominadas cláusulas de despesas, no âmbito das quais se previa expressamente correrem por conta dos aderentes, todas as despesas judiciais e extra-judiciais, incluindo honorários de advogados, com vista à garantia dos créditos das predisponentes⁶.

Conforme se sustentou nas acções inibitórias propostas, tais cláusulas implicavam uma aceitação do aderente/consumidor relativamente a todas as dívidas futuras, judiciais e de honorários de advogados, em que as predisponentes incorressem para garantia dos seus créditos, ou em caso de incumprimento contratual, sendo que de tais cláusulas não constava qualquer limite ao montante que poderia vir a ser reclamado ao consumidor/aderente.

Pelo que, o alcance dessas dívidas não podia ser previsto no momento da celebração do contrato, e sem que o aderente/consumidor, antes do pagamento ocorrer – devido à não precisão, ao desconhecimento dos montantes em causa –, tivesse a possibilidade de o prever ou de ponderar sobre o mesmo.

A jurisprudência considerou que este tipo de cláusulas eram nulas por violação, quer dos arts. 15.º e 16.º, quer do art. 19.º, alínea d), todos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, uma vez que das mesmas resultava a imposição de uma responsabilidade ilimitada e autónoma por

⁶ A título de exemplo, verificou-se a consagração de cláusulas-tipo com a seguinte redacção:

“20.2. O(s) Mutuário(s) são ainda responsáveis pelo pagamento de todas e quaisquer despesas de natureza judicial e/ou extrajudicial em que o Banco venha a incorrer com vista à protecção e exercício dos direitos que lhe assistem ao abrigo do presente contrato, incluindo honorários de advogados e solicitadores ou outros prestadores de serviços.” – in acção inibitória n.º 2478/10.5YXLSB, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

“Correrão por conta dos CLIENTES e serão por eles pagas quaisquer despesas ou encargos, incluindo fiscais, relacionados com a celebração, segurança e extinção deste contrato e respectivas garantias, e, bem assim, todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogados e de solicitadores, que o Banco haja de fazer para garantia e cobrança do seu crédito.” – in acção inibitória n.º 3358/15.3T8LSB, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

todas e quaisquer despesas e honorários que a predisponente realizasse, em caso de incumprimento contratual, sem qualquer remissão para a aplicabilidade das regras processuais relativas às custas de parte, nem o estabelecimento de qualquer critério objectivo de determinação do montante de tais despesas e honorários.

Com efeito, em tais cláusulas ocorre um grau total de indeterminação das despesas, impondo-se ao aderente/mutuário uma responsabilidade por encargos indeterminados e indetermináveis, aparentemente para além daqueles que já lhe incumbiria suportar por via da aplicação directa das disposições atinentes às custas de parte.

Pelo que foi entendido que tais cláusulas, inseridas em contrato de adesão, violam o indispensável equilíbrio contratual, ao impor encargos indetermináveis e potencialmente desproporcionados à parte mais fraca e desprotegida na relação contratual.

Assim se decidiu, entre outras, nas acções inibitórias n.ºs 651/09.8YXLSB, 188/09.5TJLSB, 846/09.4YXLSB, 1114/09.7YXLSB e 814/09.6YXLSB – todas disponíveis para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas, à excepção da última acção citada.

Por outro lado, numa das acções inibitórias decidiu-se ainda que tais cláusulas geravam um desequilíbrio contratual, uma vez que as mesmas apenas previam o pagamento de tais despesas em caso de incumprimento dos consumidores, mas se fossem as Rés a incumprirem o contrato, o consumidor não beneficiaria de tal protecção – *in* acção inibitória n.º 2477/10.7YXLSB, disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

Por último, existe ainda um grande grupo de cláusulas que também foram alvo de declaração de nulidade – as denominadas cláusulas do foro.

Tais cláusulas são transversais a diversos sectores da actividade económica, com particular incidência no sector financeiro, tendo as mesmas sido alvo de análise no âmbito do texto “A protecção do consumidor de seguros”, publicado *in* Revista do Ministério Público, n.º 149, Janeiro – Março 2017, Ano 38.

De salientar que esta concreta cláusula de estipulação do foro também foi alvo de análise no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016.

No entanto, no âmbito desse Acórdão, foi explanada questão distinta e que também é muitas vezes suscitada no âmbito das acções inibitórias, onde se procede à fiscalização abstracta do carácter abusivo das cláusulas.

Com efeito, sucede com bastante frequência que no âmbito das acções inibitórias, as Rés aí demandadas sustentam que a verificação do pressuposto constante do art. 19.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10 - a existência ou não de graves inconvenientes para os

aderentes -, apenas pode ser realizada perante uma determinada situação concreta, ou seja, o juízo de valor a realizar apenas pode ser realizado em concreto e não em abstracto.

Tal tese, posta em prática, implicaria, como consequência, sustentar que o art. 19.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, apenas poderia vir a ser sindicado e aplicado no âmbito de acções concretas e não no âmbito de acções inibitórias.

Aparentemente, esta questão estará agora ultrapassada face ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, que considerou que a nulidade da cláusula de atribuição de competência territorial pode ser apreciada em acção inibitória, em função da valoração do quadro contratual padronizado e não apenas no âmbito dos contratos concretos.

Por último, entroncando na parte final do presente texto – novos desafios do Ministério Público – importa salientar que as instituições financeiras, à medida que vão sendo demandadas e alvo de acções inibitórias, vão reformulando os seus formulários e refinando as suas cláusulas. Assim, o carácter abusivo das mesmas vai sendo cada vez mais difícil de detectar.

Com efeito, a título de exemplo, veja-se a concreta cláusula que foi alvo de sindicância na acção inibitória n.º 3358/15.3T8LSB, cuja decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/03/2016 se encontra disponível em www.dgsi.pt, tendo igualmente sido publicada na Colectânea de Jurisprudência:

“Meios de prova

Fica convencionado que o extracto de conta do empréstimo e, bem assim, todos os documentos de débito emitidos pelo Banco, e relacionados com o presente contrato, serão havidos para todos os efeitos legais como documentos suficientes para prova e determinação dos montantes em dívida, tendo em vista a exigência, a justificação ou a reclamação judiciais dos créditos que delas resultem em qualquer processo.” (sublinhado nosso).

Decorre da cláusula sindicada que, quer o extracto de conta do empréstimo, quer todos os documentos de débito emitidos pela predisponente, relacionados com o contrato, constituem prova bastante e suficiente, quer da existência da dívida, quer relativamente ao exacto montante da mesma, para efeitos de exigência, justificação ou reclamação judicial de tais montantes em qualquer processo.

Ou seja, através de tal cláusula, a predisponente consagra, para si, um meio de prova bastante e suficiente relativamente, não só à existência de dívida, como também aos respectivos montantes da mesma, fazendo recair sobre o consumidor/aderente, o dever de neutralizar essa prova, quer quanto à sua existência, quer quanto ao seu exacto valor.

Com efeito, e face à possibilidade consagrada pela presente cláusula, a predisponente fica exonerada de alegar e demonstrar a existência da dívida e o seu montante efectivo, bastando-lhe apenas emitir o respectivo extracto de conta do empréstimo ou a respectiva nota de débito.

Assim, a mera comunicação da predisponente faz prova bastante e suficiente da dívida, passando a incumbir ao aderente/consumidor, o ónus de neutralizar essa prova.

Ora, conforme decorre do art. 342.º, n.º 1, do Código Civil, quem alega um direito, tem o ónus da prova dos factos constitutivos do mesmo.

Tal significa que, alegando a predisponente, a existência de uma determinada dívida, incumbir-lhe-á, fazer prova, não só da sua existência, mas também do seu exacto montante.

Porém, face à cláusula em apreço, a predisponente pouco ou nada tem de provar, uma vez que impõe aos aderentes/consumidores, um meio de prova por si elaborado, ao qual atribui valor de prova favorável para si.

Desta forma, verifica-se que através da referida cláusula, inverte-se claramente o princípio do ónus da prova, que, neste caso, incumbiria à predisponente, passando a ter que ser o aderente/consumidor a fazer prova da inexistência da dívida ou da incorrecção do montante em dívida.

Por outro lado, importa salientar que os documentos elencados na cláusula em apreço são, nos termos do art. 363.º, do Código Civil, documentos particulares.

E que, conforme decorre do art. 366.º, do Código Civil, os documentos particulares são apreciados livremente pelo Tribunal, excepto se, de acordo com o art. 376º, do mesmo diploma legal, façam prova plena, ou seja, se a autoria de tais documentos estiver reconhecida.

Sendo que, ainda assim, de acordo com o art. 376.º, n.º 2, do Código Civil, a força probatória plena do documento particular apenas funciona contra o seu autor, uma vez que os factos constantes de tal documento apenas se consideram provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante.

Contrariamente, verifica-se que a predisponente, através de tal cláusula, consagra a favor de si, uma presunção de prova, uma vez que os documentos particulares por si emitidos funcionam probatoriamente a seu favor.

O que necessariamente constitui uma valoração antecipada de um meio de prova, violando, desta forma, o princípio da livre apreciação da prova.

De acordo com o art. 21.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, são absolutamente proibidas, as cláusulas contratuais gerais que modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou que restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos.

Conforme refere Ana Prata, em anotação a este preceito legal⁷, *“Proíbe-se aqui qualquer alteração convencional dos critérios de distribuição do ónus da prova, independentemente dos*

⁷ In *“Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais”*, Livraria Almedina, 2010, págs. 511 e ss.

respectivos efeitos na dificuldade que ela acarrete para o aderente/consumidor na respectiva produção. Existe (...) como que uma presunção inilidível de que qualquer cláusula que tenha esse conteúdo, quando elaborada pelo predisponente, tem forçosamente o efeito de dificuldade da prova, o que representa uma acrescida tutela do aderente”.

Pretende-se, com a proibição constante da alínea g), do art. 21.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, evitar que quem predispõe cláusulas contratuais gerais possa prevalecer-se da sua posição de domínio para impor ao aderente uma alteração das regras gerais, quer sobre o ónus da prova, quer sobre os meios probatórios legalmente admissíveis.

O que veio a ser decidido no âmbito da acção inibitória n.º 3358/15.3T8LSB é que tal cláusula viola o disposto nos arts. 342.º, 366.º, e 376.º, todos do Código Civil, uma vez que não só contraria o princípio da repartição do ónus da prova, como também viola o princípio da livre apreciação da prova, tendo sido declarada nula, por violação do art. 21.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, uma vez que modifica os critérios de repartição do ónus da prova e restringe a utilização de meios probatórios legalmente admitidos.

III. A protecção do consumidor de produtos financeiros – novos desafios do Ministério Público ao nível da protecção dos investidores não qualificados

Conforme decorre do art. 321.º, n.ºs 2 e 3, do Código dos Valores Mobiliários, os contratos de intermediação financeira podem ser celebrados com base em cláusulas gerais, sendo-lhes aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, considerando-se para esse efeito, os investidores não qualificados equiparados a consumidores.

Para se determinar se estamos perante um investidor não qualificado é necessário aferir se o mesmo se enquadra na definição de investidor qualificado constante do art. 30.º do Código dos Valores Mobiliários.

Caso não se enquadre, *a contrario sensu*, estamos perante um investidor não qualificado, o qual, para todos os efeitos legais, é equiparado a consumidor.

Assim, verifica-se que perante um qualquer contrato de serviço financeiro que incida sobre valores mobiliários, é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, desde que tal contrato tenha sido celebrado com investidor não qualificado.

Porém, tal regime deve ser aplicado com as necessárias adaptações e tendo em atenção o especial âmbito em que tais contratos se inserem.

Não obstante tal regime legal, verifica-se que a jurisprudência tem vindo a ser bastante renitente na aplicação do diploma das cláusulas contratuais gerais no âmbito de contratos que incidam sobre valores mobiliários, exactamente por considerar que é necessário atender à especial natureza deste tipo de contratos e por considerar que é necessário compatibilizar esse regime com o próprio regime de protecção que já consta do Código dos Valores

Mobiliários, com especial enfoque no que resulta do disposto nos arts. 304.º, 312.º e 314.º, todos do Código dos Valores Mobiliários.

Com fundamento nestes preceitos legais, o Ministério Público intentou contra uma instituição financeira, a acção inibitória n.º 2965/12.OYXLSB⁸, no âmbito da qual foram sindicadas e declaradas nulas, três cláusulas⁹ constantes de contrato de negociação *online* de activos financeiros, denominado “*Plataforma de Negociação Big Trader 24*”.

Assim, é de salientar que os clausulados utilizados na comercialização deste tipo de produtos financeiros estão também sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais, afigurando-se nos que dificilmente tais contratos passarão incólumes pelo crivo de tal diploma.

A título de exemplo, veja-se as seguintes cláusulas constantes de contrato de subscrição de valores mobiliários perpétuos subordinados com juros condicionados representativos da emissão, celebrado por uma instituição financeira com um cliente particular, ou seja, por investidor não qualificado.

De tal contrato consta no campo 4, denominado “*Declaração*”, duas cláusulas alternativas:

“Com base na informação prestada ao Banco, o Banco enquadrou-me num Perfil de Investimento de forma a poder avaliar se este produto é apropriado. Com base no Perfil de Investimento em que fui enquadrado e na avaliação efectuada pelo Banco, o Banco adverte-me para o facto de não considerar apropriado à minha situação pessoal este instrumento financeiro. No entanto, confirmo que pretendo realizar a presente Ordem de Subscrição, sendo minha a responsabilidade relativa ao facto de dispor de conhecimentos e experiência necessários para compreender os riscos inerentes.”

⁸ Disponível para consulta na base de dados da Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) – Registo de Cláusulas Abusivas.

⁹ Nesta concreta acção inibitória foram declaradas nulas, duas cláusulas de exclusão da responsabilidade da instituição financeira e a denominada cláusula de despesas:

* *“Correm por conta do Cliente, devendo ser pagas de imediato após solicitação do Banco, todas as despesas e encargos com a negociação, designadamente:*

(...)

(v) custos em que o Banco incorra com advogados, solicitadores e despesas legais, designadamente custas judiciais.”

* *“O Cliente reconhece que o seu acesso à Plataforma de Negociação depende da manutenção da relação contratual existente entre o Banco e a Entidade Emitente. O Cliente aceita sem reservas que caso a relação contratual existente entre o Banco e a entidade Emitente seja terminada ou significativamente modificada por qualquer motivo, o Cliente atribui ao Banco o direito de cancelar o seu acesso à Plataforma de Negociação e proceder ao fecho de todas as posições por si abertas, independentemente de estas serem ganhadoras ou perdedoras, sem que o Banco seja responsável por quaisquer ganhos ou perdas de capital daí resultantes para o Cliente. Nesse caso, o Banco poderá, mediante envio de notificação escrita ao Cliente, resolver o Contrato, ficando totalmente desonerado das obrigações por si assumidas perante este, nos termos previstos no número anterior.”*

* *“O Cliente aceita sem reservas que caso o Banco proceda à resolução do presente Contrato por qualquer motivo o Banco tem o direito de cancelar o acesso do Cliente à Plataforma de Negociação e proceder ao fecho imediato de todas as posições por si abertas, independentemente de estas serem ganhadoras ou perdedoras, sem que o Banco seja responsável por quaisquer ganhos ou perdas de capital daí resultantes para o Cliente. Nesse caso, o Banco ficará totalmente desonerado das obrigações por si assumidas perante o Cliente.”*

“O Banco solicitou que prestasse informação de modo a poder enquadrar-me num Perfil de Investimento e poder avaliar se este instrumento é apropriado. Não tendo prestado a informação que me foi solicitada, o Banco adverte-me que tal situação não lhe permite à avaliação do carácter apropriado deste instrumento financeiro. No entanto, confirmo que pretendo realizar a presente Ordem de Subscrição, sendo minha a responsabilidade relativa ao facto de dispor de conhecimentos e experiência necessários para compreender os riscos inerentes.”

Repare-se que tais cláusulas são claramente alternativas, destinando-se as mesmas a serem assinaladas com uma cruz.

Ora, estas concretas cláusulas prendem-se directamente com os deveres que constam do art. 314.º do Código dos Valores Mobiliários:

“Princípio geral

1 – O intermediário financeiro deve solicitar ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento financeiro ou ao serviço considerado, que lhe permita avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos.

2 – Se, com base na informação recebida ao abrigo do número anterior, o intermediário financeiro julgar que a operação considerada não é adequada àquele cliente deve adverti-lo, por escrito, para esse facto.

3 – No caso do cliente se recusar a fornecer a informação referida no n.º 1 ou não fornecer informação suficiente, o intermediário financeiro deve adverti-lo, por escrito, para o facto de que essa decisão não lhe permite determinar a adequação da operação considerada às suas circunstâncias.

4 – As advertências referidas nos n.os 2 e 3 podem ser feitas de forma padronizada.”

Regressando às cláusulas supra enunciadas, constantes do referido contrato, verifica-se que a 1ª pretende atestar que a instituição financeira deu cabal cumprimento ao disposto no art. 314.º, n.º 2, do Código dos Valores Mobiliários, enquanto que na 2ª, pretende-se atestar que a instituição financeira deu cabal cumprimento ao disposto no art. 314.º, n.º 3, do mesmo diploma legal.

Não obstante o legislador permitir que o intermediário financeiro possa realizar as advertências previstas no citado art. 314.º, n.ºs 2 e 3, de forma padronizada (cfr. n.º 4 do mesmo preceito legal), entendemos que tal não habilita que essas advertências possam ser transformadas em cláusulas do próprio contrato, sob pena de nulidade.

Efectivamente, afigura-se-nos que tais cláusulas são nulas ao abrigo do art. 21.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, que preceitua que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais.

Conforme refere Ana Prata, em anotação a este preceito legal¹⁰, o art. 21.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10, pretende obstar a que se incluam nos contratos de adesão, cláusulas que consagrem “a declaração de conhecimentos do aderente relativos a aspectos materiais ou jurídicos do contrato”, o que pode “constituir uma forma fraudulenta de assegurar que foram cumpridas as obrigações de comunicação e de informação previstas nos artigos 5º e 6º. Fazer com que o aderente declare que conhece aspectos jurídicos e materiais do contrato, na ausência desses conhecimentos, é uma forma habilidosa, mas patentemente falsa, de obter dele a declaração de que tomou conhecimento efectivo e de que foi cabalmente informado de todos os elementos relevantes para a decisão de contratar”.

“As cláusulas que nesta alínea se proíbem, abstraindo de possível intuito esclarecedor, são as que exacerbam a faceta manipuladora ínsita nos contratos de adesão. O predisponente, ciente de que o aderente possa não atentar devidamente em aspectos menos evidentes do contrato, fá-lo declarar que os conhece.

Trata-se de um caso tão típico de abuso da posição contratual, contrário aos princípios da boa fé, que nunca seria de duvidar da consideração dessa cláusula como nula, ao abrigo do disposto no art. 15º, mesmo que não estivesse expressamente proibida na alínea e), do artigo 21º.” – in ARAÚJO BARROS, José Manuel de, “Cláusulas Contratuais Gerais”, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pág. 313.

Tendo em atenção tais possibilidades legais, e face ao âmbito de actuação do **Ministério Público** em prol da defesa dos direitos dos consumidores, cumpre concluir que novos desafios surgem para a magistratura do **Ministério Público**.

Porém, a defesa dos direitos dos consumidores através do trabalho que tem vindo a ser levado a cabo pelo **Ministério Público** só poderá ser realizada se existirem meios humanos que permitam prosseguir tal trabalho.

Se os meios humanos não existirem na área cível – área onde se insere a actuação do Ministério Público no âmbito da defesa dos direitos dos consumidores em sede de cláusulas contratuais gerais -, dificilmente será possível dar continuidade a este trabalho que tem vindo a ser levado a cabo pelo **Ministério Público**.

¹⁰ In “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais”, Livraria Almedina, 2010, págs. 491 e 492.

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information for Largo do Limoeiro 1149-048 is provided. A navigation bar contains the text 'Temas de Direito Civil e Processual Civil', 'Fátima Baptista, Procuradora-Adjunta do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste - Juízo Local...', and 'Montepio - Auditório 24.03.2017 10:15'. The video frame shows a woman, Fátima Baptista, speaking at a podium. The video player includes a progress bar at the bottom with a timestamp of 00:00:14 and a total duration of 00:40:54. Logos for FCT and FCCN are visible at the bottom left, and the website www.fccn.pt is at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15240zww58/flash.html?locale=pt>

8.

Comissões bancárias

Maria Isabel Menéres Campos



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMISSÕES BANCÁRIAS¹

Maria Isabel Menéres Campos*

1. Apresentação do tema
2. Noção e função das comissões bancárias
3. Classificação das comissões bancárias
4. O dever de ter conta bancária e o direito à conta bancária; a consequente cobrança de comissões
5. Os serviços mínimos bancários
6. A Directiva 2014/92 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014
7. As recomendações do Banco de Portugal sobre as comissões bancárias
8. O Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio
9. Alguns casos

1. Apresentação do tema

O tema que me foi proposto tratar nesta sessão – as comissões bancárias – tem sido relativamente ignorado pelos juristas que se dedicam ao estudo das matérias do direito do consumo e do direito bancário. Não obstante, considerando os recentes desenvolvimentos no Direito da União Europeia, na área dos meios de pagamento e da banca de retalho, parece-nos um tema do maior interesse e actualidade.

Há poucos dias, recebemos a notícia de que a Comissão Europeia pondera intentar um procedimento contra o Estado português por não ter ainda transposto a Directiva 2014/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, mudança de conta de pagamento e acesso a contas de pagamento com características básicas. E também, recentemente, o Parlamento Europeu, no seu relatório anual sobre concorrência, fala sobre as comissões bancárias, salientando que os bancos não devem cobrar comissões sobre contas bancárias, a não ser que estas estejam ligadas a serviços específicos.

Coube-nos, pois, analisar este assunto, na perspectiva da protecção do consumidor bancário, sendo que esta matéria tem atinências também com o tema da prestação de serviços mínimos bancários.

2. Noção e função das comissões bancárias

Geralmente, não temos noção, enquanto consumidores bancários, das comissões suportamos pelo simples facto de mantermos uma conta aberta num banco. Pagamos

¹ Corresponde este texto, com ligeiras alterações, à comunicação que proferimos a convite do Centro de Estudos Judiciários, em 24 de Março de 2017, no âmbito das acções de formação contínua *Temas de Direito Civil e Processual Civil*, no módulo dedicado ao direito do consumo.

* Professora da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica.

também toda uma série de comissões por serviços que o banco nos presta, que julgamos serem gratuitos mas não são.

A comissão bancária pode definir-se como a quantia que os bancos cobram aos seus clientes pela prestação de certos serviços ou pela realização de certos actos, quantia essa que pode ter um valor fixo ou corresponder a um montante calculado com base numa percentagem do acto ou negócio em causa.

O valor da comissão deve, evidentemente, ser um valor razoável e proporcional ao serviço prestado, havendo que determinar, em cada caso concreto, o que e que constitui um valor adequado para uma comissão bancária. Isso nem sempre é tarefa fácil. No entanto, cabe observar que as comissões cobradas pelos bancos portugueses são, em geral, muito baixas quando comparadas com as que se cobram noutros países da União Europeia.

3. Classificação das comissões bancárias.

Podemos sugerir vários critérios de classificação para as comissões bancárias. Quanto ao tipo de serviço que origina o seu pagamento, temos:

– *Comissões de gestão ou de manutenção* – aquelas que estão associadas à manutenção corrente dos serviços bancários, não correspondendo a um acto específico ou isolado mas a um conjunto de serviços correntes que o banco presta ao seu cliente ou a um serviço que se prolonga no tempo. São exemplos: as comissões de gestão da conta à ordem, as comissões de cobrança das prestações num contrato de mútuo; as comissões associadas à manutenção de garantias bancárias, comissão pela imobilização do saldo da conta corrente;

– *Comissões de formalização ou de contratação* – estão associadas à prestação ou contratação de um serviço específico ou à formalização de um acto ou contrato. São exemplos: as comissões por alteração dos titulares da conta de depósitos à ordem ou dos titulares de um empréstimo; pelo levantamento de dinheiro aos balcões; pela emissão de cheques avulsos ou visados; pelo depósito de conjunto de moedas composto por mais de cem unidades; por perda ou extravio de cheques; pela realização de transferências bancárias, quer através do serviço *homebanking* quer através dos balcões; comissão por extravio ou perda do cartão de débito ou de crédito; comissão por perda ou esquecimento do PIN associado ao cartão de débito ou de crédito; comissões pela emissão de distrates ou outros documentos; comissão pelo cancelamento de garantias bancárias; comissão de libertação da garantia.

– *Comissões de incumprimento*: são aquelas que estão associadas ao incumprimento ou mora do cliente para com o banco. São exemplos: as comissões pelo pagamento de cheques sem provisão; pelo atraso no pagamento de prestações do mútuo; por descoberto em conta.

Quanto ao critério da periodicidade, podemos agrupar as comissões em:

- *Comissões instantâneas*: que se esgotam num só momento temporal;
- *Comissões reiteradas ou periódicas ou não periódicas*: que se renovam, por mais de uma vez, periodicamente ou não, podendo as periódicas ser anuais, mensais, semestrais, trimestrais ou mensais e as não periódicas estar dependentes da verificação de um certo evento ou facto.

Nem todas as contas ou operações bancárias estão sujeitas às comissões acima descritas. Dependendo das operações em causa, pode até suceder que os bancos não cobrem quaisquer comissões, atenta a relação comercial que mantêm com o cliente.

4. O dever de ter conta bancária e o direito à conta bancária; a consequente cobrança de comissões

Quase todos os cidadãos, mesmo os mais carenciados, têm, nos dias de hoje, pelo menos, uma conta bancária. Por vezes, são mesmo obrigados a tê-la: veja-se, por exemplo o que sucede com os trabalhadores por conta de outrem, que recebem o seu salário por transferência bancária ou no facto de, para termos acesso a alguns serviços, termos de ter uma conta bancária associada, como sucede, por exemplo, com a Via Verde. Lembremos também que o próprio Fisco nos obriga a indicar uma conta bancária na declaração de IRS, para efeitos de restituição de valores.

Do ponto de vista prático, diria mesmo que não se consegue imaginar a vida quotidiana sem acesso a um conjunto de serviços que nos são proporcionados pelo banco onde temos a nossa conta: pagamentos ATM's, cartões *multibanco*, carregamento de telemóveis pré-pagos, entre outros. Os profissionais liberais e as empresas são, inclusivamente, obrigados a movimentar contas bancárias, isto é, a utilizar a conta bancária para o seu giro comercial, não podendo, a partir de certos montantes, fazer as transacções em dinheiro.

Como refere JANUÁRIO GOMES, existem deveres convencionais e mesmo legais de “ter conta”, questionando, no entanto, se há um “direito à conta” ou um *direito a ter conta*. O autor evidencia, como interesses opostos, por um lado, “o cidadão almeja, justificadamente, que o sistema lhe reconheça o direito a ter uma conta de giro sem que para tal tenha de pagar comissões irrazoáveis; por outro, o Estado, colocado entre a pretensão do cidadão e a posição dos bancos, escudados que estão nas regras da concorrência e na liberdade de iniciativa económica”².

² *Contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 148.

A abertura e a manutenção de uma conta bancária correspondem, com efeito, à prestação de um serviço por parte do banco, aplicando-se, de acordo com MENEZES CORDEIRO, o regime do mandato, conforme se prevê no artigo 1156º do Código Civil³.

Correspondendo a abertura e gestão da conta bancária a uma actividade que o banco desempenha no exercício do seu comércio bancário, determina o artigo 1158º do Código Civil que a prestação de tal serviço se presume onerosa. Pelo que daqui decorre que os bancos têm direito a cobrar pelos serviços que prestam ao cliente bancário, o que fazem através das comissões bancárias. A questão está em saber onde fica a fronteira entre considerá-las razoáveis ou abusivas, na perspectiva da defesa do consumidor. E também nos interessa saber até que ponto o consumidor deve ser informado sobre as mesmas.

O tema das comissões bancárias convoca também a questão de considerar o direito à conta bancária como um serviço essencial. Se é certo que o banco não é obrigado a conceder crédito, podendo recusá-lo, não me parece tão seguro afirmar que o banco possa recusar a um consumidor a abertura de uma conta bancária.

A este propósito, veja-se o que prevê o diploma das práticas individuais restritivas do comércio⁴, no seu artigo 6º, onde se diz: “(...) é proibido a uma empresa recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a outra empresa, ainda que se trate de bens ou de serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado, excepto quando se verifique causa justificativa de recusa”. É equiparada à recusa de venda a subordinação da venda de um bem ou da prestação de um serviço à aquisição de outro bem ou serviço. Por outro lado, ao abrigo deste preceito, são consideradas causas justificativas de recusa, designadamente: a fundada falta de confiança do vendedor quanto à pontualidade do pagamento pelo adquirente, tratando-se de vendas a crédito; a existência de débitos vencidos e não liquidados referentes a fornecimentos anteriores; a ocorrência de qualquer outra circunstância inerente às condições concretas da transação que, segundo os usos normais da respetiva atividade, tornaria a venda do bem ou a prestação do serviço anormalmente prejudicial para o vendedor ou para o comprador. Acresce ainda que incumbe ao vendedor a prova das causas justificativas a que se refere o número anterior.

Este preceito, aplicando-se apenas a recusa de venda ou prestação de serviços entre empresas não resolve a questão de saber se há efectivamente um *direito à conta*⁵ e se o banco pode recusar a abertura de conta a um cliente.

Pensamos que, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, o banco pode, com efeito, recusar abrir uma conta e pode encerrar (denunciar) livremente uma conta bancária, desde que respeite o prazo de pré-aviso contratualmente previsto, que deve ser

³ *Direito bancário*, 6ª Edição Revista e actualizada, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 545.

⁴ Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro.

⁵ Neste sentido, *vide* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 556.

um prazo razoável. Não pode, por isso, a nosso ver, afirmar-se que haja um direito à conta bancária previsto na lei.

5. Os serviços mínimos bancários

O legislador, acautelando a possibilidade de recusa dos bancos na abertura de conta a certas pessoas e reconhecendo a essencialidade da conta bancária na vida quotidiana, veio prever a conta de prestação de serviços mínimos bancários, no Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março⁶, onde se estabelece que todos os cidadãos têm direito a adquirir um conjunto de serviços bancários considerados essenciais a um custo reduzido, nomeadamente a abertura de uma conta de depósito à ordem e a disponibilização do respetivo cartão de débito.

As alterações posteriores que o diploma sofreu visaram remover eventuais barreiras ao acesso das pessoas singulares a estes serviços, reforçar a informação sobre os serviços mínimos bancários e o seu regime, consagrar a possibilidade de conversão de contas de depósito à ordem já existentes em contas de depósito abrangidas pelo regime dos serviços mínimos bancários e, mais recentemente, impor a obrigação de disponibilização de serviços mínimos bancários a todas as instituições de crédito que prossigam a actividade bancária aberta ao público.

Estes serviços, designados por “Serviços Mínimos Bancários”, devem ser prestados por todas as instituições de crédito autorizadas a receber depósitos do público, ou seja, bancos, caixas económicas, caixa central e caixas de crédito agrícola mútuo e que disponibilizem ao público os serviços incluídos nos serviços mínimos bancários. As instituições de crédito devem anunciar estes serviços nos seus balcões, através da afixação de um cartaz, no qual constam as condições de acesso e manutenção das contas de serviços mínimos bancários e os serviços disponibilizados.

A abertura de uma conta de serviços mínimos bancários depende da celebração de um contrato de abertura de conta de depósitos à ordem, junto de uma instituição de crédito, desde que o interessado não seja titular de nenhuma outra, o que este deve declarar aquando da abertura, fazendo menção de que autoriza o banco a confirmar tal informação. É também possível, nos termos do diploma que uma conta à ordem seja convertida numa conta de serviços mínimos bancários, o que dependerá de solicitação do interessado.

Os serviços mínimos bancários incluem os seguintes:

- Abertura e manutenção de uma conta de depósito à ordem – a conta de serviços mínimos bancários;

⁶ Este diploma sofreu já diversas alterações posterior, a saber: Lei n.º 19/2011, de 20 de Maio, Decreto-Lei n.º 225/2012, de 17 de Outubro e Lei n.º 66/2015, de 6 de Julho.

- Disponibilização de um cartão de débito para movimentação da conta;
- Acesso à movimentação da conta de serviços mínimos bancários através de caixas automáticos, serviço de *homebanking* e balcões da instituição de crédito; e
- Realização de depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos diretos e transferências intrabancárias nacionais, sem restrição quanto ao número de operações que podem ser realizadas.

As instituições de crédito não podem cobrar pela prestação dos serviços mínimos bancários comissões, despesas ou outros encargos que, anualmente e no seu conjunto, representem um valor superior a 1% do salário mínimo nacional, ou seja, 5,57 euros de acordo com o salário mínimo em 2017.

Os produtos ou serviços contratados que não integram os serviços mínimos bancários estão sujeitos às comissões e despesas em vigor na respetiva instituição de crédito. As comissões de manutenção de conta de serviços mínimos bancários praticadas pelas instituições de crédito são divulgadas pelo Banco de Portugal, no seu *site*, onde consta também um comparativo de comissões, devendo esta informação ser prestada pelas instituições de crédito aos seus clientes, através dos respectivos preçários.

Por outro lado, estabelece-se no diploma que as instituições de crédito não podem oferecer, explícita ou implicitamente, quaisquer facilidades de descoberto associadas às contas de serviços mínimos, já que as contas de serviços mínimos bancários não podem ter saldo negativo, ou seja, os bancos não podem permitir tacitamente a movimentação da conta para além do seu saldo aos clientes que acedam aos serviços mínimos bancários.

Acresce que os clientes que acedam aos serviços mínimos bancários podem contratar outros produtos ou serviços bancários não incluídos no conjunto de serviços mínimos, nomeadamente depósitos a prazo, contas-poupança, transferências interbancárias, transferências internacionais, produtos de crédito, entre outros. Isto significa que o cliente bancário subscritor de serviços mínimos não fica impedido de contratar outro tipo de produtos, pagando ao banco, por força disso, as comissões que couberem a tais operações que estão fora do leque considerado essencial.

Por outro lado, a conta de serviços mínimos é uma conta especial, pelo que se compreende que os bancos não possam unilateralmente encerrar a conta. Todavia, as instituições de crédito podem tomar a iniciativa de encerrar contas de serviços mínimos bancários se detectarem que o respetivo titular possui uma outra conta de depósito à ordem noutra instituição. Nesse caso, podem exigir o pagamento dos encargos e comissões habitualmente associados à prestação dos serviços entretanto disponibilizados.

As instituições de crédito podem ainda encerrar contas de serviços mínimos bancários caso se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições:

- A conta de serviços mínimos bancários estar aberta há, pelo menos, um ano;
- O saldo médio registado nos seis meses anteriores ser inferior a 5% do salário mínimo nacional, ou seja, 27,85 euros de acordo com o salário mínimo em 2017;
- E a conta de serviços mínimos bancários não ter sido movimentada (a débito ou a crédito) nos seis meses anteriores.

Finalmente, refira-se ainda que o diploma em causa estabelece um conjunto de apertados deveres de informação e um regime sancionatório severo para as instituições que violem o disposto na referida legislação.

Tendo em vista a concretização deste diploma, o Banco de Portugal emanou o Aviso n.º 2/2015, regulamentando os deveres de informação a prestar pelas instituições de crédito relativamente à disponibilização de serviços mínimos bancários, às condições de contratação e manutenção das contas de depósito à ordem constituídas ao abrigo desse sistema e, por último, à possibilidade de conversão de conta de depósito à ordem já existente em conta de serviços mínimos bancários e aos pressupostos dessa conversão.

Por seu turno, a Instrução n.º 15/2015 do Banco de Portugal tem como objectivo regulamentar a obtenção de informação sistematizada e periódica sobre o funcionamento do referido sistema por parte das instituições de crédito, tendo determinado que estas devem remeter semestralmente ao Banco de Portugal os elementos informativos relativos à prestação de serviços mínimos bancários, prevendo os requisitos de reporte da informação em causa.

6. A Directiva 2014/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014

A Directiva relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, mudança de conta de pagamento e acesso a contas de pagamento com características básicas foi publicada no Jornal Oficial em 28 de Agosto de 2014 e previa a transposição pelos Estados até 18 de Setembro de 2016. O Estado português ainda não procedeu à sua transposição para o sistema nacional.

Na Directiva, começa por se salientar que o bom funcionamento do mercado interno e o desenvolvimento de uma economia moderna e socialmente inclusiva dependem da prestação universal de serviços de pagamento, acrescentando que qualquer nova legislação nesta matéria tem de atender efetivamente às necessidades dos consumidores mais vulneráveis. Aponta-se a falta de transparência e de mecanismos comparabilidade das

comissões, bem como as dificuldades na mudança de contas de pagamento como barreiras à implantação de um mercado plenamente integrado, contribuindo para a fraca concorrência do sector da banca de retalho. Acrescenta-se ainda, nos considerandos, que a actividade transfronteiriça no mercado interno é prejudicada pelos obstáculos enfrentados pelos consumidores para abrirem uma conta de pagamento no estrangeiro, considerando-se que o acesso a uma conta de pagamento a todos os consumidores permitir-lhes-á participar no mercado interno e colher os benefícios que dele advêm⁷.

No que respeita às comissões bancárias, chama-se a atenção na Directiva para a essencialidade de os consumidores sejam capazes de compreender as comissões, para que possam comparar as ofertas de diferentes prestadores de serviços de pagamento e tomar decisões informadas quanto à conta de pagamento mais adequada às suas necessidades. A comparação entre comissões bancárias não pode ser efectuada se os prestadores de serviços de pagamento utilizarem terminologia diferente para os mesmos serviços e prestarem informações em diferentes formatos. A utilização de uma terminologia normalizada, aliada à apresentação, num formato harmonizado, de informações específicas sobre as comissões dos serviços mais representativos, pode ajudar os consumidores a compreender e a comparar as comissões.

Segundo o diploma, os consumidores beneficiariam mais com informações concisas, normalizadas e fáceis de comparar entre os vários prestadores de serviços de pagamento.

Os instrumentos à disposição dos consumidores para a comparação das ofertas de contas de pagamento não terão um impacto positivo, se os consumidores tiverem de despender muito tempo na consulta de extensas listas de comissões correspondentes a diferentes ofertas. O investimento na consulta e percepção de extensa informação suplanta, geralmente, o benefício de escolher a oferta que representa o melhor valor.

Para superar este problema, a Directiva vem estabelecer um mecanismo de normalização da informação a prestar, à semelhança do que ocorre, por exemplo, no crédito ao consumo com a FINE – Ficha de Informação Normalizada Europeia. Estabelece-se que a terminologia normalizada relativa às comissões a utilizar nas informações seja determinada pelos Estados-Membros, permitindo ter em conta as especificidades dos mercados locais.

Para garantir a suficiente homogeneidade das listas nacionais, a Autoridade Europeia de Supervisão Bancária (EBA) deve orientar os Estados-Membros a determinar quais os serviços mais correntemente utilizados e que geram os custos mais elevados para os consumidores a nível nacional. O objectivo é que seja utilizado um único termo para cada serviço, de modo a que os consumidores possam ser mais facilmente esclarecidos acerca das comissões que pagam.

⁷ Sobre os objectivos da Directiva, leia-se o interessante estudo de PETER ROTT, “Access to basic bank accounts – Portugal as front runner in Europe”, em *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Lisboa, Deco, 2016, págs. 470 e segs..

Prescreve-se ainda que os prestadores de serviços de pagamento forneçam aos consumidores um documento com informações sobre comissões, de que constem as comissões de todos os serviços incluídos na lista dos serviços mais representativos associados a contas de pagamento a nível nacional, devendo ser utilizados os termos e definições normalizados. Chega-se mesmo a estabelecer que para ajudar os consumidores a compreender as comissões que têm de pagar pelas suas contas de pagamento, deverá ser-lhes disponibilizado um glossário com explicações claras, não técnicas e inequívocas. Acresce que os prestadores de serviços de pagamento devem informar gratuitamente os consumidores, pelo menos anualmente, de todas as comissões que lhes foram cobradas na sua conta de pagamento.

A Directiva, reconhecendo a *internet* como um meio de divulgação privilegiado, prevê ainda que as instituições bancárias devem divulgar toda a informação relevante relativa às comissões bancárias, de modo a que os consumidores possam compreender e comparar as comissões que suportam pelos serviços prestados pelos bancos.

7. As recomendações do Banco de Portugal sobre as comissões bancárias

No que respeita à implementação das Directivas da União Europeia sobre o mercado interno bancário, o Banco de Portugal, no uso da sua competência como órgão regulador, tem-se antecipado ao legislador, impondo aos bancos regras e princípios (*soft law*) orientadores que são muitas vezes a concretização do previsto nos diplomas europeus por transpor.

É o que sucede, neste momento, com a Directiva do Crédito Hipotecário, que o legislador nacional já devia ter transposto até Março de 2016, o que não sucedeu. E o mesmo ocorre com a Directiva das Comissões Bancárias, que também deveria ter sido transposta até Setembro de 2016, o que não sucedeu.

A Carta Circular n.º 24/2014/DSC veio estabelecer um conjunto de recomendações sobre as contas bancárias e respectivas comissões, considerando, designadamente, que a disponibilização de serviços mínimos bancários deve ser generalizada a todas as instituições de crédito que comercializam contas de depósitos à ordem e não apenas por parte dos bancos que aderiram ao sistema de serviços mínimos.

O Banco de Portugal recomenda que os bancos devem comercializar uma conta de depósito à ordem padronizada, que inclua os serviços mínimos bancários, sem os pressupostos e sem as restrições de comissionamento previstos no Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março. Repare-se que, nos termos do diploma, apenas as pessoas singulares que não sejam titulares de mais do que uma conta de depósito à ordem podem aceder aos serviços mínimos bancários.

Nesta mesma Carta Circular, o Banco de Portugal salienta que as práticas nacionais relativas ao comissionamento de contas de depósito à ordem, concluiu-se que são complexas, dificultando a comparação entre comissões, pelo que entende ser necessário

que as instituições de crédito adotem um modelo de comissionamento das referidas contas padronizado, mais simples, transparente e adequado ao serviço prestado, o qual deve estar claramente identificado.

Reconhece-se, todavia, que, apesar de a conta à ordem ser um produto base, é legítima a cobrança de uma comissão de manutenção, enquanto contrapartida pela prestação dos serviços inerentes à sua gestão, os quais devem necessariamente incluir instrumentos para a respetiva movimentação pelo depositante. Não se admite, todavia, como adequada, a prática comercial de fazer variar o montante da comissão em função de saldos médios em contas de depósito à ordem.

O Banco de Portugal entende, ainda, que é premente incrementar a transparência no sentido de assegurar uma mais fácil apreensão, por parte dos clientes, das comissões e respetivos serviços associados relativos a produtos bancários de referência. Tal é condição necessária para a comparabilidade entre produtos oferecidos pelas instituições de crédito.

Deste modo, determina-se, nesta Carta Circular, que os bancos devem disponibilizar dois tipos de contas de depósito à ordem padronizadas para pessoas singulares, a saber:

- a) Uma conta de serviços mínimos bancários com as características reguladas pelo Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, na redação em vigor; e
- b) Uma conta de depósito à ordem, designada de “conta base”, com as características que se elencam na Carta Circular.

As instituições de crédito podem adicionalmente disponibilizar contas de depósito à ordem com outro tipo de características, devendo para o efeito considerar as boas práticas descritas no documento em análise.

Quanto à conta de serviços mínimos, o Banco de Portugal entende que as instituições de crédito, que aceitam depósitos com atividade relevante no sector de produtos bancários de retalho, devem aderir ao sistema de acesso instituído pelo Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março.

No que à conta base respeita, recomenda-se que as instituições de crédito, que aceitam depósitos, devem passar a comercializar uma conta de depósito à ordem padronizada, que inclua os seguintes serviços:

- a) Serviços relativos à constituição, manutenção, gestão e titularidade de conta de depósito à ordem;
- b) Disponibilização de um cartão de débito por cada titular da conta;
- c) Acesso à movimentação da conta através de caixas automáticas, serviço de *homebanking* e balcões da instituição de crédito;

d) São incluídas as operações de depósitos, levantamentos, pagamentos de bens e serviços, débitos diretos e transferências intrabancárias nacionais;

e) Os levantamentos realizados em qualquer dos balcões da instituição de crédito podem ser limitados ao número de três levantamentos no decurso do mesmo mês e, caso o cliente pretenda realizar mais do que três levantamentos ao balcão no mesmo mês, as instituições de crédito poderão cobrar a comissão autónoma que constar do preçário.

Prevê-se que, por tais serviços, seja devida uma contraprestação única, designada de “comissão de manutenção de conta base”, a qual será fixada livremente pelas instituições de crédito, atendendo a princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Acresce que as instituições de crédito podem isentar os clientes do pagamento da comissão de manutenção de conta base, mas não devem fazer o montante desta variar em função de saldos médios em conta.

Quanto às contas bancárias com características diferentes das apontadas, as instituições de crédito, no âmbito da sua liberdade contratual, podem livremente comercializá-las, podendo propor, nomeadamente, a aquisição facultativa de outros produtos ou serviços financeiros associados à conta de depósito à ordem (“Contas Pacote”), desde que não se associem produtos que impliquem risco de perda de capital (cfr. Carta-Circular n.º 31/2011/DSC).

O Banco de Portugal recomenda ainda a adopção de uma terminologia harmonizada, designadamente:

- A contraprestação devida pelos serviços compreendidos na conta de serviços mínimos bancários deve designar-se “comissão de manutenção de conta de serviços mínimos bancários” e compreender as “comissões, despesas e outros encargos” a que se refere o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de Março;
- A contraprestação devida pelos serviços compreendidos na conta base deve designar-se “comissão de manutenção de conta base”;
- A contraprestação devida pelos serviços compreendidos em outras contas de depósito à ordem deve designar-se “comissão de manutenção de (...)” seguida da designação atribuída à conta;
- A contraprestação devida pelos serviços compreendidos em Contas Pacote deve designar-se “comissão de gestão”.

8. O Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio

O Decreto-Lei 58/2013 veio estabelecer as normas aplicáveis à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor.

No que às comissões respeita, o diploma prescreve algumas regras que, como se diz no seu preâmbulo “sendo hoje o comissionamento de serviços bancários uma prática habitual das instituições de crédito, as múltiplas comissões devidas em caso de incumprimento não constituem excepção a esta regra. Estas comissões têm vindo a ser aplicadas, não raras vezes, de forma cumulativa, ao longo dos vários momentos em que pode perdurar a situação de incumprimento, gerando, em consequência, um incremento significativo dos valores em dívida por parte do cliente bancário”.

Sublinha-se que o montante de tais comissões pode, por vezes, assumir valores bastante representativos, situação que dificulta a regularização dos contratos em incumprimento. Desta forma, atenta a natureza indemnizatória subjacente aos juros moratórios, e considerando também a atualização dos seus limites máximos, proíbe-se a cobrança pelas instituições de crédito de comissões relativas ao incumprimento do devedor.

Admite-se apenas que as instituições de crédito possam exigir, com fundamento no incumprimento, uma comissão única respeitante à recuperação de valores em dívida, a qual é devida apenas uma vez por cada prestação vencida e não paga.

Esta matéria está regulada no artigo 9º do diploma, onde se diz:

1. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, as instituições não podem, com fundamento na mora do devedor, cobrar quaisquer comissões ou outras quantias, mesmo que a título de cláusula penal moratória.
2. Para além dos juros moratórios, as instituições só podem cobrar aos seus clientes uma comissão pela recuperação de valores em dívida, que não pode exceder 4% do valor da prestação vencida e não paga.
3. Se a comissão determinada nos termos do número anterior corresponder a um montante inferior a 12,00 EUR (doze euros), podem as instituições cobrar uma comissão fixa de 12,00 EUR (doze euros).
4. Se a comissão determinada nos termos do nº 2 corresponder a um montante superior a 150,00 EUR (cento e cinquenta euros), não podem as instituições cobrar uma comissão de valor superior àquele, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo.
5. Quando a prestação vencida e não paga exceder 50 000,00 EUR (cinquenta mil euros), para além dos juros moratórios, a comissão a cobrar pelas instituições pela

recuperação de valores em dívida não pode exceder 0,5% do valor da referida prestação, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo, não sendo aplicáveis os limites previstos nos números anteriores.

6. A comissão exigível nos termos dos nºs 2 a 5 só pode ser cobrada uma única vez, por cada prestação vencida e não paga, ainda que o incumprimento se mantenha.

7. As quantias devidas a título de comissão pela recuperação de valores em dívida que não forem pagas pelos clientes bancários só podem acrescer ao montante do capital em dívida em caso de reestruturação ou consolidação de contratos de crédito.

8. O disposto nos números anteriores não impede a repercussão nos clientes bancários das despesas posteriores à entrada em incumprimento, que, por conta daquele, tenham sido suportadas pelas instituições perante terceiros, mediante apresentação da respetiva justificação documental.

9. Os valores previstos nos nºs 3 e 4 são anualmente atualizados de acordo com o índice de preços ao consumidor, mediante portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da economia, a publicar até 30 de novembro do ano anterior.

Foram, deste modo, instituídos limites à cobrança de comissões pelo incumprimento a um determinado montante. Preceitua-se também que os bancos só podem cobrar tais comissões uma única vez, por cada prestação vencida e não paga, pondo-se fim à prática, muitas vezes frequente, de debitar ao cliente em incumprimento sucessivas comissões, que se iam acumulando, à medida que o atraso perdurava.

9. Alguns casos

a) Cálculo das comissões por referência a um “preçário”

Normalmente, nos contratos de mútuo ou outros, celebrados com os bancos não prestam informações mínimas que permitam ao cliente bancário aperceber-se da natureza e dos montantes das comissões que lhe são cobradas em cada circunstância.

A informação é feita, geralmente, por remissão para os “preçários” do banco, o que é, claro está, uma informação deficiente. Penso que a remissão para o “preçário” não substitui a obrigação de o banco dar a conhecer e explicar esses quantitativos ou o seu critério de determinação ao cliente, para que este possa compreender e aderir, ou não, ao que contratualmente lhe é proposto. O cliente bancário deve poder aceder a todos os elementos a ponderar para a celebração do contrato, elementos esses que devem constar do próprio contrato e não com recurso a informação exterior.

Este deficit de informação negocial é incompatível com a obrigação de observância das regras de conduta e dever de informação que recai sobre as entidades bancárias, mostrando-se as cláusulas que remetem simplesmente para um preçário violadoras do princípio da boa-fé negocial e, como tal, proibidas, nos termos do disposto nos artigos 15.º e 16.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

O Tribunal da Relação de Lisboa, considerou que as cláusulas sobre comissões que remetem genericamente para um “preçário” são consideradas proibidas e, conseqüentemente, nulas, “face ao disposto no artigo 19.º, alínea d) do RJCCG, já acima transcrito, por preverem a ficção de aceitação do pagamento de quantias com base em factos insuficientes para a sua determinação e sem que permitam ao mutuário “contraditar a dívida ou negar o seu pagamento”⁸.

b) Comissões por incumprimento

Conforme acima referido, o artigo 9º do Decreto-Lei 58/2013, de 8 de Maio, veio proibir e restringir a cobrança de comissões em caso de incumprimento. Ou seja, proíbe-se a cobrança pelas instituições de crédito de comissões relativas ao incumprimento do devedor, apenas se permitindo que as instituições de crédito cobrem uma comissão única pela recuperação de valores em dívida, a qual é devida apenas uma vez por cada prestação vencida e não paga, sendo nos montantes limitados aos valores previstos no preceito.

Além destes valores, não podem os bancos cobrar outras despesas por força do incumprimento, tanto mais que, na maior parte das vezes, tais despesas não têm qualquer justificação documental.

c) Efeitos da declaração de insolvência sobre as contas bancárias e subsequente cobrança de comissões

O n.º 1 do artigo 46.º do CIRE define o conceito de massa insolvente, referindo que o mesmo, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo. Nos termos do artigo 81º, n.º 1 do CIRE, a declaração de insolvência priva imediatamente o devedor insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrados na massa insolvente, poderes esses que passam a competir ao administrador da massa.

A estas regras há uma excepção, regulada nos artigos 223º e segs., onde se prevê que na sentença de declaração de insolvência o juiz pode determinar a administração da massa insolvente pelo devedor, quando se verificarem os pressupostos constantes do artigo 224º. Nestes casos, o devedor, apesar de insolvente, conserva os poderes de administração dos bens integrantes da massa, designadamente os poderes de movimentação das suas

⁸ TRL 09-07-2015 (LUÍS ESPÍRITO SANTO).

contas bancárias. Assim, em princípio, a declaração de insolvência determina, a *suspensão* dos poderes de movimentação ou *bloqueio temporário*, atento o facto de o devedor insolvente perder os poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente. Com efeito, dependendo das condições que os titulares acordarem com o Banco as instituições de crédito, as contas só podem ser movimentadas pelos próprios titulares ou por representantes, aos quais, no âmbito da conta, aqueles tenham concedido poderes para o efeito. Por isso, perdendo o insolvente os poderes de administração e de disposição dos seus bens por força da insolvência, suspendem-se, regra geral, os poderes de movimentação da conta, como forma de evitar que os fundos nela depositados que pertencem à massa se dissipem mas também para impedir o agravamento do passivo com o movimentos a débito para além do saldo existente, designadamente, por força da cobrança e do débito de comissões.

Decorre, por sua vez, do artigo 46º do CIRE que o saldo existente à data da declaração de insolvência integra a massa insolvente, o mesmo sucedendo com os movimentos a crédito, lançados na conta de depósitos à ordem após a declaração de insolvência. Temos dúvidas quanto à aplicabilidade do artigo 116º do CIRE às contas de depósito à ordem. Em qualquer caso, o administrador, no âmbito dos poderes que lhe competem, pode optar por manter a conta de depósitos à ordem ou encerrá-la, transferindo para a conta da massa o respectivo saldo.

Logo, havendo lugar ao pagamento de comissões pela manutenção da conta bancária, se esta se mantiver aberta, devem essas comissões ser consideradas dívidas da massa insolvente. Conforme estabelecem as disposições dos artigos 51º e 172º do CIRE, as dívidas da massa insolvente devem ser pagas na data do seu vencimento, pelo que, mesmo na pendência do processo de insolvência, é legítimo o banco continuar a cobrar comissões que, nos termos contratualmente estabelecidos, sejam devidas.

d) Encerramento do processo de insolvência e os seus efeitos sobre as contas bancárias e subsequente cobrança de comissões

O processo de insolvência em que seja aprovado um plano de insolvência é encerrado após o trânsito em julgado da sentença de homologação do plano de insolvência, de acordo com o artigo 230º, n.º 1, alínea b). Em consequência do encerramento do processo, em princípio, cessam todos os efeitos da declaração de insolvência (recuperando o devedor o poder de livre disposição e administração dos seus bens e direitos), cessam as atribuições do administrador de insolvência e da comissão de credores, os credores da insolvência podem exercer os seus direitos contra o devedor nos termos gerais, salvaguardando-se, contudo, as limitações resultantes do plano de insolvência (artigo 233º, n.º 1).

De referir ainda, no que às sociedades comerciais respeita, o disposto no artigo 234º: baseando-se o encerramento na homologação de um plano de insolvência que preveja a continuidade da sociedade comercial, esta retoma a sua actividade.

Isto quer dizer que, recuperando o devedor os poderes de livre disposição e de administração dos seus bens, deve o Banco proceder ao levantamento do “bloqueio” da conta bancária cuja movimentação estava suspensa ou bloqueada temporariamente, podendo voltar, nessa medida a cobrar as comissões habituais, devidas pela manutenção da conta.

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top, the text reads 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' with contact information: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. Below this, it says 'Temas de Direito Civil e Processual Civil' and 'Maria Isabel Menéres Campos, Professora da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade...'. The video content shows a woman, Maria Isabel Menéres Campos, speaking at a podium. The podium has a sign that says 'Lisboa' and 'Comissões Bancárias'. The video player controls at the bottom show a progress bar at 00:00:17, a total duration of 00:35:06, and various playback controls. Logos for 'FCT' and 'FCCN' are visible at the bottom left, and the website 'www.fccn.pt' is at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1wqaqmoo5b/flash.html?locale=pt>

Título:

Direito do Consumo - 2015-2017

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-01-8

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt