



DÁLIA SHASHATI

PERÍODOS DE FIDELIZAÇÃO

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas Empresariais

Orientador:
Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor na Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Lisboa, outubro de 2015

DÁLIA SHASHATI

PERÍODOS DE FIDELIZAÇÃO

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas Empresariais

Orientador:
Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Lisboa, outubro de 2015

Declaração Anti-plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar

Lisboa, 14 de outubro de 2015

Aos meus Pais, que são a minha sorte.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

1. Nas notas de rodapé, para citar monografias refere-se o autor, título, ano e página. Os artigos são citados referindo autor, título do artigo, revista, número, ano e página. Quando existam vários autores, estes são citados pela ordem constante da obra.
2. Para citar jurisprudência refere-se o tribunal, data, número de processo e relator. Na lista final as decisões encontram-se ordenadas por data, da mais antiga para a mais recente. Os acórdãos citados encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.
3. A bibliografia está ordenada por ordem alfabética. As obras encontram-se ordenadas por autor e, dentro de cada autor, pela data de publicação, da mais antiga para a mais recente.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
art.	Artigo
arts	Artigos
CC	Código Civil
DL	Decreto-Lei
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
nº	Número
p.	Página
pp.	Páginas
RCCG	Regime das Cláusulas Contratuais Gerais
ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 187. 695 caracteres.

Resumo

Esta dissertação tem como objetivo estudar as cláusulas de fidelização presentes em grande parte dos contratos de prestação de serviços de execução duradoura. Apresentamos as suas principais características tal como as suas consequências que derivam do incumprimento contratual.

Analisa-se a presença dos períodos de fidelização na legislação portuguesa. Aborda-se, nesse sentido, o Decreto-Lei 446/85, a Lei 24/96, o Decreto-Lei 57/2008 e o Decreto-Lei 56/2010.

O período de fidelização é o período de tempo mínimo pelo qual o contrato se deve manter. Não se cumprindo esta obrigação, está, na maior parte das vezes, prevista uma cláusula penal com função compulsória, pretendendo pressionar a parte mais fraca a cumprir o contrato ou a sancioná-la quando o incumpre.

Conclui-se que a relação contratual onde exista período de fidelização é, geralmente, uma relação desequilibrada dado que apenas se protege o interesse de uma das partes. A cláusula penal compulsória não deveria ser admitida quando exista, entre as partes, um grande desequilíbrio dos poderes contratuais. O desequilíbrio contratual não se resume a contratos de consumo.

Abstract

This dissertation aims to study the loyalty clauses present in most of the long lasting service contracts. We introduce its main features and the consequences that arise from breaching of contract.

We analyze the presence of loyalty periods in the Portuguese legislation. In this sense, we discuss Decree-Law 446/85, Law 24/96, Decree-Law 57/2008 and Decree-Law 56/2010.

The loyalty period is the minimum period of time for which the contract should be maintained. In most cases, when this obligation is not fulfilled a penalty clause is set, intending to push the weaker party to comply with the contract or sanction it when the party fails to do so.

We conclude that the contractual relationship where there is a loyalty period is usually an unbalanced relationship because it only protects the interest of one party. The penalty clause should not be admitted between parties with unequal bargaining powers. The contractual imbalance is not limited to consumer contracts.

1. Introdução

1.1. Introdução e delimitação do tema

Os períodos de fidelização são, cada vez mais, usados pelas grandes empresas de modo a garantir a permanência da clientela durante um determinado período de tempo. Os prestadores de serviços justificam esta condicionante com vantagens que de outro modo não existiriam. Fala-se, principalmente, duma política de preços mais baixos já que a garantia de continuidade do cliente na empresa permite a esta outra segurança financeira.

Não basta, no entanto, falar das possíveis vantagens atribuídas ao utente. Por norma, a relação consumidor-profissional (e, em alguns casos, utente-prestador) estabelece-se à custa de um irremediável desequilíbrio contratual. Enquanto uma das partes beneficia de um poder quase decisivo na formação do conteúdo do contrato, à outra parte resta apenas a possibilidade de aceitar ou não as condições predispostas, sob pena de não contratar caso não concorde com a totalidade das condições apresentadas.

O que é certo é que esta questão relativa ao período de fidelização levanta várias dúvidas, especificamente ao nível da admissibilidade da cláusula.

Assim, inicio o trabalho com uma reflexão sobre o conceito e qualificação jurídica de período de fidelização e a sua integração na realidade contratual portuguesa.

Revejo, depois, os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual e como estes se relacionam com os contratos de adesão, onde se inserem grande parte dos contratos de consumo.

De modo a compreender melhor os contratos de adesão, segue-se um capítulo dedicado à análise do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Estudo, primeiro, o seu âmbito de aplicação e a forma como a cláusula de fidelização se enquadra, normalmente, neste regime. Para isso, analisa-se o modo de inserção da cláusula de fidelização nos contratos individualizados, nomeadamente a comunicação da cláusula ao aderente e o dever de informação por parte do predisponente. Finalizo este segmento considerando como se repercute a inobservância destes deveres na inclusão da cláusula no contrato. Abordar-se-á, então, a questão da cláusula de fidelização prevalente, da cláusula de fidelização excluída e, consequência da última, da subsistência do contrato.

Pertencente também a este capítulo e ainda no âmbito do diploma das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), ocupo-me da cláusula de fidelização enquanto cláusula abusiva e da sua consequente nulidade.

No capítulo seguinte, estudo, sinteticamente, de que forma a cláusula de fidelização pode inserir-se no contexto das práticas comerciais desleais, abordando o Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março.

Antes da conclusão, examina-se as diferentes formas de cessação do contrato em que exista uma cláusula de fidelização e respectivas consequências para cada uma das partes.

Primeiramente, trata-se da resolução do contrato devido ao incumprimento quer por parte do profissional, quer imputável ao utente. De seguida, abordo a denúncia, enquanto incumprimento da cláusula de fidelização, por iniciativa de cada uma das partes e, por último, da resolução ou modificação do contrato devido a uma alteração das circunstâncias.

Por fim, na conclusão, aponto possíveis soluções que se relacionam com toda a problemática tratada.

Períodos de Fidelização

2. Período de fidelização

2.1. Conceito do período de fidelização

Não há, no ordenamento jurídico português, uma clara definição do que é um período de fidelização¹. No entanto, é relativamente seguro dizer que muitos de nós, mesmo que leigos nas matérias jurídicas, entendem o que isso significa ou, pelo menos, o que isso acarreta no sentido prático para as nossas vidas. Amiúde, a ideia que se tem deste conceito é consequência da nossa própria experiência enquanto consumidores ou utentes. Por vezes, surge como informação pré-contratual, outras tantas surgirá como uma surpresa no momento em que se tenta pôr fim a um contrato.

Esta realidade contratual surge em diversos tipos de contratos. Os mais conhecidos são os contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas (entre os quais se podem incluir os serviços de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso de comunicações electrónicas²), mas não são os únicos. Contratos relativos à produção e distribuição de eletricidade, gás, água, e de utilização de instalações e equipamentos desportivos³ (ginásios e health clubs) incluem, com alguma frequência, períodos de fidelização.

A Lei de Defesa do Consumidor⁴, no seu artigo 8º n.º 2 alínea h) menciona os “períodos contratuais mínimos” quando se refere ao direito à informação, nomeadamente sobre o “período de vigência do contrato”. Embora curta e aparentemente bastante simples, esta menção (período contratual mínimo) faz sentido, já que o período de fidelização obriga à vinculação das

¹ Também designado por período contratual mínimo; compromisso de permanência; período de vigência; acordo de permanência.

² Sendo o DL n.º 56/2010, de 1 de junho (art. 4º) juntamente com a Lei das Comunicações Electrónicas – Lei n.º 5/2004 de 10 de fevereiro - (art. 48º, n.º3), os únicos diplomas nos quais a lei prevê uma limitação no que diz respeito ao período de fidelização – ambos 24 meses.

³ Sobre este tema, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JORGE MORAIS CARVALHO, “Contrato para a utilização de instalações e equipamentos desportivos – Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de junho de 2012”, *Desporto e Direito*, n.º28, Ano X, 2012.

⁴ Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

partes ao contrato (e a todas as suas condições) durante certo período de tempo, não podendo denunciá-lo durante esse mesmo período.

JORGE MORAIS CARVALHO entende o período de fidelização como “o período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, dentro do qual os contraentes não lhe podem pôr fim por via da denúncia”⁵.

Determina ANA PRATA que apesar de quase inevitáveis, principalmente em contratos de prestação de serviços, as cláusulas de fidelização “impõem durações mínimas dos contratos por períodos que, atentos o tipo e a natureza dos serviços prestados, têm de ser considerados excessivos”⁶.

O site da ANACOM avança com uma diferente definição: “O período de fidelização é um período durante o qual o cliente se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas, nomeadamente os serviços contratados ou o tarifário escolhido. Em troca, o operador oferece-lhe preços mais baixos, descontos nas mensalidades ou outras condições mais favoráveis, como equipamentos mais baratos, oferta do valor da instalação do serviço ou do aluguer dos equipamentos necessários à sua prestação (boxes de televisão, telefones ou outros), oferta de canais extra ou de pacotes de chamadas gratuitas, etc..”⁷.

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ avança com outra definição que, embora também relativa a contratos de telecomunicações, entendo que com as lógicas alterações se pode igualmente estender a todos os contratos de prestação de serviços que prevejam este mesmo tipo de cláusula:

⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p.104.

⁶ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 520.

⁷ Esta definição refere-se apenas aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas: http://anacom.inbenta.com/consumidores/?channel=graphic&hc=0&s=cat_content&log_id=65.000&content_id=553&match_type=CATEGORY#contentid553

“Trata-se de condição contratual por meio da qual o usuário se compromete a permanecer “fiel”, ou seja, vinculado a uma determinada operadora por um período determinado de tempo. Tais cláusulas normalmente são acompanhadas de outra, prevendo a indenização em caso de descumprimento do contrato”. Acrescenta ainda como as mesmas se revelam na prática: “Em termos operacionais, por sua vez, é usual percebê-la em práticas concorrenciais como o “bloqueio” do aparelho (a inviabilização técnica de utilização de um determinado aparelho com o “chip” de outra operadora); o desconto para aquisição de um ou, ainda, a “remuneração” pelo empréstimo do aparelho⁸”.

No que diz respeito à jurisprudência surgem, igualmente, várias explicações similares sobre este conceito. Apresento, assim, a que me pareceu mais interessante: “[A cláusula de fidelização é] de alguma maneira, uma cláusula de exclusão da faculdade extintiva do negócio; de impossibilidade temporária [...] de desvinculação”⁹.

Não será necessária uma análise muito detalhada para perceber que os pontos abordados pelas várias definições são, sensivelmente, os mesmos.

Examino, então, os aspetos essenciais a considerar.

Em primeiro lugar, e comum a todas estas definições, temos a fonte da obrigação: o período de fidelização tem origem contratual – “o cliente se compromete”. Não se encontra legalmente previsto. Surge de um acordo entre as partes, embora na maioria das vezes seja proposto (ou imposto como

⁸ FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ, “Consumidor e telefonia: breves apontamentos sobre a cláusula de fidelização e o prazo de instalação”, in *Revista portuguesa de Direito do Consumo*, nº 61, 2010, p. 152.

⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2011, Processo nº 1410/08.0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras);

veremos mais à frente no capítulo 3. das Cláusulas Contratuais Gerais) pelo profissional¹⁰.

Temos, no seguimento da primeira ideia, a existência de uma obrigação bilateral. Esta bilateralidade da obrigação, embora, a meu ver, encontre lugar na realidade¹¹, não se verifica em todas as definições, optando algumas por retratar apenas a obrigação de permanência do utente: “período durante o qual o cliente se compromete”; ou “o usuário se compromete a permanecer “fiel””.

É certo que é o utente que, grande parte das vezes, não pretende manter o contrato; situação contrária será mais rara de encontrar, já que o objetivo do prestador é manter os utentes seus clientes durante o maior período de tempo possível. No entanto, o prestador também se encontra obrigado a não alterar (nem denunciar) o contrato durante aquele período de tempo. De facto, de um lado existe a obrigação de permanência do utente como cliente ou, até mesmo, a vinculação do utente àquelas condições especificamente contratadas, não permitindo o prestador qualquer alteração. Do outro, existe a obrigação do prestador de, durante aquele período, não alterar unilateralmente o contrato, cumprindo pontualmente os termos acordados.

Em terceiro lugar, devo referir que embora, em duas das definições, nomeadamente nas que se referem às comunicações electrónicas, sejam mencionadas vantagens para o utente, na forma de descontos ou ofertas, como consequência do período de fidelização, e tal realmente suceda grande parte das vezes (pelo menos nesse tipo de contratos), não é certo que as mesmas

¹⁰ De modo a facilitar a compreensão do texto, a expressão “profissional” é usada neste trabalho, para referir qualquer prestador de serviços, quer esteja em causa uma relação de consumo ou não.

¹¹ Em sentido contrário temos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2011 Processo nº 1410/08.0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras), que refere: “A chamada cláusula de fidelização firmada entre o utente e operador do serviço de telefone móvel significa, para o primeiro, um vínculo autónomo de manter vivo o contrato da prestação do serviço móvel durante um certo período de tempo previamente ajustado”. O tribunal entende assim que esta obrigação de manter o contrato inalterado impende apenas sobre o utente.

existam em todos os casos, pelo que não se caracterizam como essenciais numa definição geral de períodos de fidelização¹².

Por fim, devido à sua importância, embora, a meu ver, também não faça parte da definição, está a “indenização” a que um dos autores se refere. Este dever de o utente compensar a contraparte pela denúncia do contrato surge, efetivamente, quase¹³ sempre que se estipula um período de fidelização.

Concluindo, posso definir período de fidelização como uma cláusula, no âmbito de um contrato de execução duradoura, que estipula a obrigação de, durante certo período de tempo, as partes manterem o contrato inalterado, não o podendo denunciar até ao termo desse período.

2.2. Qualificação jurídica

Definido o período de fidelização cabe, agora, analisar as implicações que o seu não cumprimento acarreta. Estas estão, normalmente, previstas na mesma cláusula, necessitando, por isso, de uma análise mais detalhada. As implicações estabelecidas para o seu não cumprimento vão permitir qualificar juridicamente este conceito.

Geralmente, a consequência da estipulação deste período contratual mínimo e da sua falta de cumprimento é a anteriormente citada

¹² Não obstante o que foi dito, importa também referir que, no caso dos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, a entidade reguladora, ANACOM, estabelece, na deliberação de 11 de dezembro de 2008, no ponto 5. alínea a), o dever das empresas de justificar no contrato a existência do período de fidelização: “[...]no sentido de se exigir que nos contratos para a prestação de serviços de comunicações electrónicas, caso se estipulem períodos de fidelização, sejam incluídas cláusulas que, expressa, clara e inequivocamente, estabeleçam o seguinte: a) A justificação do período de fidelização pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente, designadamente, como resultado da subsídio de equipamento, de custos de angariação ou de custos de ativação ou de descontos contratados”

¹³ A ERSE publicou, na sequência da Recomendação 2/2013 de 15 de março, um relatório em que no âmbito da análise do mercado energético, havia, nesta altura, uma empresa de prestação de serviços de energia elétrica, que apesar de impor período de fidelização, prescindia “da penalização por cessação antecipada do contrato”.

“indenização”. Pode-se dizer que é no mínimo comum estar estabelecido contratualmente (para o utente) um montante que deverá ser pago em caso de incumprimento do período de fidelização.

Esta estipulação vem normalmente justificada nos contratos como uma indenização, atribuindo à cláusula de fidelização carácter de cláusula penal. Apesar de considerar que se trata, de facto, de uma cláusula penal (podendo esta ser indemnizatória ou compulsória), não entendo que todas as cláusulas que normalmente se intitulam de “período de fidelização” ou “duração do contrato” tenham este carácter, pois por vezes não é imposta qualquer indenização pelo não cumprimento desta cláusula. A cláusula de fidelização estabelece, principalmente, uma obrigação (tal como as restantes cláusulas de qualquer contrato) que neste caso se refere à duração do contrato. Apenas quando estiver estabelecida a obrigação de indemnizar a outra parte pelo incumprimento, essa será, sim, uma cláusula penal.

Esta indenização revela-se como um direito de crédito¹⁴. O credor, que será o profissional (já que esta obrigação de indemnizar recai apenas sobre o utente¹⁵), tem o direito de exigir ao devedor, o utente, uma certa conduta, neste caso o pagamento de determinado montante¹⁶. Quando o utente decide fazer cessar o contrato antes de findo o período de fidelização, não cumpre uma das suas obrigações, dando ao prestador o direito de exigir uma indenização, nos termos da cláusula penal.

Análise dois casos reais para explicar a qualificação jurídica desta obrigação : A compra de telemóvel com desconto e a inscrição num ginásio.

¹⁴ Neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2011, Processo nº 1410/08.0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras) : “[...] nasceu, na esfera da autora, o crédito indemnizatório, por virtude de incumprimento contratual da ré, emergente da preterição do *período de fidelização* aos serviços de telefone móvel a primeira”.

¹⁵ Embora o período de fidelização enquanto período de tempo de duração do contrato vincule ambas as partes, a verdade é que a consequente cláusula penal dirige-se apenas ao utente, ficando o prestador de serviços livre de qualquer obrigação caso não cumpra esta estipulação.

¹⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p. 105.

No primeiro exemplo, o consumidor¹⁷ adquire um telemóvel. O preço do equipamento bloqueado (sem qualquer desconto) é de €689,90; o “preço do equipamento com subsídio”, ou seja, com desconto é de €514,90. Isto significa que o valor do desconto é de €175 (€ 689,90 - €514,90). Em contrapartida pelo desconto, o consumidor tem que assinar um “compromisso de permanência” por 24 meses. O consumidor obriga-se a manter o equipamento bloqueado à mesma operadora; a manter o tarifário indicado no contrato; e a manter ativo e em seu nome o serviço.

Ora, o consumidor já era cliente da empresa, o que significa que já tinha um tarifário a que se podia vincular pelos próximos dois anos, cumprindo a sua obrigação de se manter cliente durante este período de tempo. No entanto, a compra do telemóvel com o desconto em causa só seria possível se o consumidor alterasse o seu tarifário, pagando uma quantia mensal fixa diferente da anteriormente contratada.

O tarifário escolhido pelo consumidor (entre os possíveis apresentados pelo profissional) tem o custo mensal de €34,90. Este preço também é alvo de um desconto ou “subsídio” em contrapartida de um outro compromisso de permanência de 12 meses por parte do consumidor. Todavia, havendo uma acumulação de benefícios (desconto no equipamento e desconto no tarifário), o período de fidelização passa para 24 meses. Neste caso, ambos os prazos de 24 meses correm simultaneamente pois a sua contagem iniciou-se no mesmo dia. O preço do tarifário sem qualquer desconto é de € 35, o que significa que o desconto mensal de que o consumidor beneficia é de € 0,10, sendo o total do desconto durante os 24 meses de € 2,40 (24 x € 0,10).

¹⁷ Trata-se de um consumidor nos termos da Lei de Defesa do Consumidor, no entanto, a situação seria a mesma se se tratasse de qualquer outro utente.

Assim, se o contrato for pontualmente cumprido por ambas as partes durante dois anos o consumidor poupa €177,40 (€175 + €2,40), pagando na totalidade pelo serviço e pelo equipamento €1.352,50 em vez de €1.529,90. O valor de poupança do consumidor corresponde ao valor dos descontos o profissional ofereceu.

Tratando-se da denúncia¹⁸ ou do incumprimento do contrato, verifica-se que estas situações poderão fazer o consumidor incorrer em certas despesas, especialmente as que estejam relacionadas “ao incumprimento de períodos contratuais mínimos”. O facto de o consumidor não cumprir as suas obrigações, seja por falta de pagamento das suas prestações que levem à resolução contratual por parte do profissional, seja pela desativação de qualquer dos serviços, durante o período de fidelização, confere ao profissional “o direito de exigir ao Cliente uma indemnização”.

Assim, se o consumidor se tornar incumpridor terá de pagar:

a) pelo tarifário, a quantia de €35, correspondente ao preço do serviço sem qualquer desconto x o número de meses restantes até terminar o compromisso de permanência;

b) pelo telemóvel, dependendo do mês a que se reporta o incumprimento, uma certa percentagem do preço do telemóvel desbloqueado, à qual é deduzido o preço que o consumidor pagou à partida pelo equipamento.¹⁹

Assim, caso o consumidor cancele o compromisso de permanência nos primeiros 6 meses de contrato terá de pagar 100% do valor do telemóvel desbloqueado (e sem qualquer desconto) deduzindo o valor do telemóvel que

¹⁸ A denúncia a que aqui e em todo o trabalho me refiro (salvo outra referência expressa) corresponde à denúncia do contrato antes do período de fidelização ter terminado.

¹⁹ Este valor também será cobrado se o consumidor pretender desbloquear o telemóvel da rede em que se encontra, permitindo-lhe, assim, usar cartões de outras redes neste mesmo equipamento.

por ele já foi pago; caso o mesmo ocorra entre os 7 e 12 meses, aplica-se a mesma fórmula mas a apenas 80% do valor do telemóvel desbloqueado; entre os 13 e 24 meses, aplica-se igualmente a mesma fórmula mas a apenas 50% do valor²⁰.

De modo a tornar o que foi dito mais claro, dou dois exemplos: o consumidor que denuncia ou incumprir o contrato após 4 meses e o consumidor que denuncia ou incumprir o contrato após 15 meses.

Se o consumidor denunciar o contrato após 4 meses restarão 20 meses de cumprimento. Pelo tarifário terá de pagar €700 (20 x €35). Quanto ao telemóvel, terá de pagar 100% do valor do telemóvel desbloqueado, ou seja, €862,36²¹, subtraindo-se o que já foi pago pelo equipamento: €862,36 – €514,90 = € 347,46. O total da indemnização devida é de €1.047,46 (€700+ €347,40).

Supondo que a denúncia ocorre após 15 meses de cumprimento, as fórmulas serão as mesmas com as devidas adaptações. Faltariam 9 meses de contrato, o que significa que pelo tarifário seria devido o montante de €315 (9 x

²⁰ Esta mesma fórmula encontra-se regulada no DL n.º 56/2010. Diz o art.º 2.º n.º 2 que a percentagem do valor do telemóvel cobrada a cada uma das alturas refere-se ao preço “sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio”. Esta menção suscita muitas dúvidas já que não fica claro se o valor sem desconto diz respeito ao preço do telemóvel bloqueado e sem desconto ou ao preço do telemóvel desbloqueado e sem desconto. Pode-se considerar que o preço do telemóvel bloqueado (mesmo sem período de fidelização) já pressupõe um desconto pois este valor é menor que o preço do telemóvel desbloqueado. No entanto, neste contrato (e em muitos outros com as mesmas cláusulas) o valor de referência apresentado ao consumidor como aquele sobre o qual foi praticado o desconto é o preço do telemóvel bloqueado. Ainda assim na cláusula que estabelece as consequências pelo incumprimento do período de fidelização ou pelo desbloqueamento do equipamento, é expressamente determinado que o valor da percentagem para cálculo da pena é o preço do telemóvel desbloqueado.

É de notar que a não manutenção do tarifário contratado pelo período de fidelização obriga o consumidor a pagar um valor que tem como referência o preço do telemóvel desbloqueado mesmo que o consumidor pretenda continuar cliente da empresa, só alterando o tarifário. Ou seja, as consequências para o consumidor que se mantém cliente da empresa e para o que muda de rede são as mesmas o que, para mim, não faz muito sentido. Entendo que nestas situações em que o incumprimento do período de fidelização se deve a uma alteração do tarifário e não do fornecedor de serviços, dever-se-ia usar para calcular a indemnização correspondente ao equipamento, o preço do telemóvel bloqueado sem qualquer desconto e não o preço do telemóvel desbloqueado sem qualquer desconto, de outro modo está-se a cobrar um valor maior que a contrapartida oferecida. Após o cumprimento do contrato, o aparelho é desbloqueado sem qualquer custo.

²¹ O valor do telemóvel desbloqueado é obtido através da fórmula: preço do telemóvel bloqueado x 1,25. Neste caso, € 689,89 x 1,25 = € 862,36

€35). Pelo equipamento, o cálculo seria €431,18 (50% do preço do telemóvel desbloqueado) – €514, 90. O resultado desta subtração é negativo (-€83,72) significando, assim, que pelo telemóvel já nada é devido e que o montante total da indemnização corresponde apenas ao tarifário, ou seja, os €315.

O contrato menciona que “a indemnização referida [...], a título de cláusula penal, visa impedir a cessação antecipada do respetivo compromisso de permanência e ressarcir [o profissional] dos prejuízos sofridos pelo eventual incumprimento por parte dos Clientes, não afetando o direito [do profissional] de exigir o pagamento de eventuais valores vencidos e respetivos juros moratórios”.

De facto, considero que esta cláusula se trata uma cláusula penal com dupla função, a indemnizatória e a compulsória, já que pretende ressarcir o profissional pelo seu prejuízo ao mesmo tempo que, pelo seu valor excessivo, pretende compelir o utente a cumprir a sua obrigação ou a sancioná-lo pelo seu incumprimento²².

O valor que está a ser cobrado é superior ao benefício total atribuído ao consumidor. Para além disso, a cobrança, logo à partida, de mensalidades vincendas significa a cobrança de um serviço não irá ser prestado já que nessa altura o consumidor não será mais cliente da empresa. Mesmo que haja uma subsidiação do telemóvel e do tarifário e que a empresa afirme que a “indemnização” se deve à subsidiação, a verdade é que o desconto é mínimo quando comparado ao valor da cláusula penal. O pagamento das mensalidades vincendas ultrapassará (em muito) o valor do desconto.

A meu ver, se estivesse em causa uma indemnização que visa apenas a reparação de danos, ao consumidor seria somente cobrado o valor dos

²² Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2014, Processo nº 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (Martins de Sousa).

benefícios que obteve por se vincular ao período de fidelização, pois o único prejuízo do profissional seria a contrapartida oferecida ao consumidor e que não teve retorno. O consumidor, de modo a reparar ou até impedir que se causasse prejuízo ao profissional, deveria devolver a este todos os descontos de que usufruiu, pois deste modo tudo se passaria como se, desde início, o contrato não previsse período de fidelização.

Assim, e no que diz respeito ao tarifário, se durante determinados meses o cliente obteve um desconto mensal de € 0,10 deveria devolver esse benefício, isto é, pagar a soma desses descontos ao profissional. Já na compra do telemóvel o desconto foi de €175²³ em contrapartida pela sua permanência no respetivo tarifário. Não respeitando a sua obrigação, o consumidor deveria restituir esse valor. O total da indemnização seria muito menor: no incumprimento após 4 meses, a indemnização seria apenas de €175,40 (€175 + €0,40), em vez dos €1.047,46. Igualmente no incumprimento após 15 meses, a indemnização seria de €176,50 (€175 + €1,50) em vez de € 315.

O valor exigido aos consumidores comprova que este não é, na verdade, cobrado apenas com o intuito de ressarcir o profissional pelo prejuízo, mas também de levar o consumidor a cumprir o contrato e a puni-lo quando não o faz²⁴, revelando que se trata de uma cláusula penal que para além de indemnizatória é compulsória.

Refiro agora o caso do consumidor que celebra um contrato relativo a um ginásio.

²³ O desconto foi de €175 para os casos em que o consumidor continua cliente da empresa, pois o telemóvel continuará bloqueado à mesma rede. Caso o consumidor não permaneça cliente deste profissional e contrate outro fornecedor de serviços deverá pagar a diferença entre preço do telemóvel desbloqueado e o valor já pago (€ 862,36 – € 514,90 =) € 347,46. Assim a indemnização devida será de € 347,86 (€ 347,46 +€ 0,40).

²⁴ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 2005, p.63 e 64: “[...]nas segundas (cláusulas penais compulsórias), o acordo das partes tem por finalidade compelir o devedor ao cumprimento e/ou sancionar o não cumprimento.”

No contrato em questão, o consumidor, em contrapartida da sua vinculação às condições contratuais pelo período de 12 meses, usufrui de um desconto na mensalidade, pagando assim o valor de €34,90 por mês, ao contrário dos €50 que seriam devidos se não estivesse estipulado um período de fidelização. Através deste desconto o consumidor poupa mensalmente €15,10 que, no final de um ano, equivale à soma de €181,20.

Utilizo o mesmo raciocínio que no contrato de telecomunicações para explicar porque se trata de uma cláusula penal com dupla função. Vamos então supor que o consumidor denuncia ou incumpra o contrato após 4 meses e após 10 meses.

Segundo o profissional, no primeiro caso, restariam pagar 8 mensalidades. Este seria o valor da indemnização exigível. Na prática, as prestações do consumidor teriam de ser cumpridas como se o serviço ainda estivesse a ser prestado e a ser usufruído pelo consumidor. Assim, a fórmula de cálculo da indemnização será: $8 \times €34,90 = €279,20$. Após, 10 meses de cumprimento, restariam 2 mensalidades a ser pagas: $2 \times €34,90 = €69,80$.

Defendo, mais uma vez, que cobrar as mensalidades vincendas é excessivo, já que na realidade, está a ser cobrado um serviço que não irá ser prestado. O consumidor deveria, tal como no caso anterior, devolver ao profissional o valor do benefício recebido, como se à partida o consumidor tivesse contratado o serviço que não obriga ao período de fidelização e que tem o custo de €50 mensais. Deste modo, após 4 meses, beneficiando de um desconto mensal de €15,10, o consumidor obteve de desconto o total de €60,40 que deveria restituir ao profissional já que não manteve o contrato durante os 12 meses.

Na suposição seguinte, restaria pagar 2 meses, pois durante 10 meses o contrato tinha sido cumprido. Assim, calculando a diferença entre a devolução

dos benefícios auferidos durante os 10 meses ($€15,10 \times 10 = €151$) e o pagamento das 2 mensalidades vincendas ($€34,90 \times 2 = € 69,80$) conclui-se que será mais vantajoso para o consumidor manter o contrato pelos 2 meses restantes.

Contudo, caso o consumidor, ainda assim, insista em denunciar o contrato, coloca-se a dúvida de saber se o pagamento de €151 não será excessivo, já que os €69,80 seriam suficientes para impedir que o profissional sofresse qualquer dano.

Tratando-se de uma relação de consumo e sendo claro que o consumidor é a parte mais vulnerável desta relação, quer a nível económico, quer a nível de conhecimentos, há um direito de proteção que deve ser tutelado, o que para mim significa que se um valor menor for passível de ressarcir o profissional, é esse que deve ser pago. Compreendo que esta solução pode ser interpretada como uma forma de favorecer ou premiar comportamentos intencionalmente incumpridores, o que também não é o mais adequado.

Mas, na verdade, não haverá prejuízo para o profissional se este receber os €69,80 em vez dos €151, pois tudo se passará como se o contrato estivesse a ser cumprido até ao fim. A diferença é que o consumidor não estará a usufruir do serviço, o que significa que o ginásio está a receber por um serviço que não está a ser prestado (o que não quer dizer que, neste caso, o direito ao recebimento desta quantia seja ilegítimo). Pelo contrário, os €151 beneficiariam demasiadamente o profissional ao mesmo tempo que penalizariam excessivamente (e desnecessariamente) o consumidor. Se o profissional tivesse a receber os €151 em vez dos €69,80 estar-se-ia perante uma verdadeira pena que pretende apenas sancionar o consumidor, com a qual não concordo.

O pagamento dos dois meses restantes como se o consumidor estivesse a usufruir do serviço seriam suficientes para impedir o possível prejuízo que o profissional pudesse vir a ter, não vendo, por isso, nesta situação, razão para penalizar o consumidor, cobrando o valor dos descontos pelos meses passados que perfazem um valor bastante mais elevado. A falta de cumprimento do contrato por parte do consumidor não deverá originar uma penalização que vai além da diferença entre o preço normal (sem descontos) do serviço e o valor já pago.

Assim, se a denúncia ou o incumprimento do contrato se manifestarem durante o período de fidelização, deve ser cobrado ao consumidor, o valor mais baixo possível que seja capaz de ressarcir o profissional pela contrapartida oferecida e sobre a qual ele não obteve o devido retorno, quer o mesmo corresponda à devolução do valor dos benefícios oferecidos em troca do período de fidelização, quer se trate do valor das mensalidades vincendas, se este for menor.

Na minha opinião, esta seria a maneira mais justa e equilibrada de solucionar a questão, pois nem o profissional sofre qualquer prejuízo (pois acabará sempre por receber o valor de um dos contratos: o que prevê período de fidelização ou o que não o faz), nem o consumidor é beneficiado (obtendo vantagens que não irá pagar), nem será excessivamente penalizado pelo incumprimento (pagando valores muito superiores aos descontos que recebeu).

É certo que o pagamento do preço é uma obrigação do consumidor e não existindo voluntariedade no cumprimento da obrigação, o credor, neste caso o profissional pode, por via judicial, exigí-la²⁵.

De acordo com o artigo 798º do Código Civil, o devedor que falte culposamente ao cumprimento da sua obrigação torna-se responsável pelo

²⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, 1990, p.36: “No domínio contratual, não se dispondo o devedor a cumprir *sponte sua*, o credor pode força-lo a isso, se necessário *manu militari*”.

prejuízo que causa ao credor. A indemnização visa, assim, “a reparação do prejuízo de uma pessoa, em razão da inexecução ou da deficiente execução de uma obrigação [...]”²⁶, “na impossibilidade de o credor obter exatamente aquilo que pretendia e o levou a contratar: o cumprimento.”²⁷

O artigo 809º do Código Civil dispõe sobre a nulidade da cláusula em que o credor renuncia antecipadamente aos seus direitos provenientes do incumprimento do devedor, entre os quais se encontra a indemnização. Porém, o artigo 810º do Código Civil prevê a possibilidade de as partes fixarem previamente o montante que será devido ao credor a título de indemnização. Este mecanismo intitula-se cláusula penal.

A cláusula penal é extremamente vantajosa para o credor já que este terá apenas de provar o não cumprimento da obrigação, ficando dispensado de provar os restantes pressupostos da responsabilidade contratual que dão origem ao direito à indemnização²⁸.

Ora, o Código Civil impõe como limite à cláusula penal o valor do prejuízo²⁹. Se assim não fosse, isto poderia significar um (outro) grande desequilíbrio entre as partes, já que permitiria ao profissional indicar um valor ao seu critério, que poderia ser totalmente desmedido, vinculando o consumidor ao mesmo, por via da mera adesão.

A cláusula penal que visa somente a reparação dos danos é, a meu ver, o único tipo de cláusula penal admissível em relações com consumidores e também com outros utentes que estejam em clara desvantagem perante o profissional.

²⁶ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 536

²⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, 1990, p. 36.

²⁸ ANA PRATA, *Contratos de adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 413.

²⁹ Artigo 811º n.º3 do Código Civil : “O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante da obrigação principal”.

Há várias razões pelas quais entendo que não seja possível estabelecer, nestas relações, cláusulas penais compulsórias. Primeiramente porque os seus poderes económicos são extremamente díspares, o que causaria um ainda maior desequilíbrio entre as partes; e em segundo lugar, porque o consumidor (e qualquer aderente) não podendo negociar as condições do contrato, não dispõe da sua total liberdade contratual o que torna esta cláusula uma (outra) imposição; e em terceiro lugar, porque esta cláusula prejudicaria apenas o consumidor (e utente), já que esta só está prevista para o seu incumprimento

Deste modo, a cláusula penal exclusivamente indemnizatória poderá apenas, no máximo e em princípio, conter o valor das contrapartidas oferecidas ao consumidor. Todavia, como já vimos no exemplo do ginásio, se o pagamento de um valor menor (como foi o caso das mensalidades vincendas) for suficiente para ressarcir o prejuízo do profissional ou impedir que este venha a ter danos, deverá ser esse o montante pago. Outro valor superior que seja estipulado será desproporcional aos danos a ressarcir na medida em que o virtual pagamento do preço sem descontos ou das mensalidades vincendas eliminaria a ocorrência de danos. O carácter da cláusula penal não deverá, nunca, constranger o devedor ao cumprimento ou puni-lo pelo seu incumprimento³⁰.

Apenas após o incumprimento, caso o profissional consiga, de algum modo, provar que os danos efetivamente causados foram superiores aos descontos (ou mensalidades vincendas, se esse for o valor mais baixo), poderá exigir judicialmente uma indemnização de maior montante, tendo sempre em vista o ressarcimento do prejuízo e não a penalização da outra parte pela falta de cumprimento.

³⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 2005, p.63 e 64.

3. Autonomia Privada, Liberdade Contratual e contratos de adesão

O artigo 405º do Código Civil diz-nos que, se respeitarmos os termos da lei, podemos contratar livremente, celebrando qualquer tipo de contrato pelo qual optarmos³¹. Como o próprio título do artigo indica, o que está em causa é a liberdade contratual.

A liberdade contratual advém do princípio da autonomia privada. Este princípio é um princípio fundamental do Direito privado e, em especial, do Direito das Obrigações³².

A autonomia privada é a possibilidade, de que cada um dispõe, de optar e agir conforme os seus interesses, de modo a originar os desejados efeitos jurídicos, tendo sempre em conta os limites da lei³³. A liberdade contratual é a liberdade que cada um tem para decidir, consoante a sua vontade, se quer contratar ou não, de determinar qual o conteúdo do contrato e quais os seus efeitos jurídicos. Resumidamente, é a liberdade de cada um “auto-regulamentar os seus interesses”³⁴. O contrato, então, celebra-se quando as partes emitem duas declarações negociais em concordância³⁵ quanto aos efeitos jurídicos desejados³⁶.

³¹ “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

³² LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 1995 p.54: “O Direito das Obrigações é dominado por um princípio fundamental – o da autonomia privada [...]”.

³³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p.22 : “A autonomia privada consiste assim num espaço de liberdade, já que, desde que sejam respeitados certos limites, as partes podem livremente desencadear os efeitos jurídicos que pretendem”.

³⁴ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 1995, p.74.

³⁵ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p.23 : “[...]através de duas declarações negociais harmonizáveis entre si[...]”

³⁶ O artigo 232º do CC reflete a necessidade de acordo entre as partes, dispondo que “o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”

A manifestação da liberdade contratual verifica-se de três formas: a liberdade de celebração, a liberdade de seleção do tipo negocial e a liberdade de estipulação³⁷.

A liberdade de celebração, embora não esteja prevista expressamente na lei³⁸, diz respeito à vontade de contratar. Parte de cada um decidir se quer ou não celebrar um negócio jurídico com outrem, não podendo ninguém ser forçado a tal. No entanto, tal como foi dito, esta vontade tem como limite a lei. O limite é positivo quando a lei obriga à celebração do contrato e o limite é negativo quando a lei proíbe a sua celebração³⁹.

A liberdade de seleção do tipo negocial está disposta no artigo 405º do Código Civil e espelha-se na faculdade de as partes celebrarem um contrato diverso dos tipos contratuais que estão dispostos na lei. Exemplo de um destes contratos é o contrato de franchising⁴⁰ que, sendo um contrato atípico, não tem regime legal previsto.

A liberdade de estipulação, também prevista no artigo 405º do Código Civil, refere-se ao conteúdo do contrato. Os contraentes podem fixar livremente as cláusulas do contrato. Esta forma de liberdade estende-se igualmente a momentos posteriores ao da celebração do contrato⁴¹, já que o mesmo pode ser alterado por acordo das partes nos termos do artigo 406º do Código Civil. Mais uma vez, esta liberdade limita-se pela lei, havendo lugar a um limite positivo, que impõe a inserção de certas cláusulas, e a um limite negativo, que proíbe a inserção de outras⁴². Neste contexto de limitação negativa insere-se o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais. O Decreto-Lei

³⁷ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p.24

³⁸ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p.24

³⁹ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 613. A autora dá como exemplo, no caso do limite positivo, a obrigação de uma empresa de contratar com quem pretenda o seu serviço. Quanto ao limite negativo, a autora dá outros dois exemplos, entre os quais se encontra o artigo 877º do Código Civil que trata da venda a filhos ou netos.

⁴⁰ <http://www.infofranchising.pt/content.aspx?menuid=56&eid=57> .

⁴¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003 p. 25.

⁴² ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 613.

nº446/85 limita, como veremos, as cláusulas que podem ser incluídas no contrato, proibindo certas cláusulas consideradas abusivas.

Os contratos de adesão, embora de maneira diferente, apresentam-se também, como um claro limite à liberdade contratual⁴³. Esta limitação já não é imposta por lei, mas por força das circunstâncias que envolvem o contrato, consequência da massificação do comércio. O limite surge em relação à liberdade de estipulação, já que, como sabemos, o aderente não é, em princípio, livre de escolher o conteúdo do contrato, tendo do seu lado apenas a liberdade de celebração (quando não esteja em causa um monopólio⁴⁴).

Especialmente no caso dos consumidores há alguns aspetos ou “vícios⁴⁵” que limitam a sua liberdade contratual, como a “formação deficiente da vontade”, “o erro ou desconhecimento sobre os efeitos duma declaração válida” e “a pressão das necessidades”⁴⁶.

Quanto à primeira, é comum que o consumidor se deixe influenciar pelas técnicas publicitárias que despertam desejos consumistas. Para além disso, a falta de informação completa sobre o produto, como por exemplo sobre o período de fidelização, pode influenciar bastante a contratação. O consumidor pensa que encontrou o serviço pretendido, também por falta de comparação com serviços concorrentes, e contrata de acordo com a sua vontade. No entanto, a sua vontade foi condicionada pelas circunstâncias apresentadas e, por isso, não se pode considerar “realmente livre”⁴⁷.

⁴³ LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO, “As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº 5, 2003, p. 100, chega mesmo a afirmar que “os contratos de adesão representam, assim, uma violentação ou anulação da autonomia privada para o aderente [...]”

⁴⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 13.

⁴⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 13.

⁴⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 14.

⁴⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 14.

Relativamente quanto ao segundo aspeto, temos que, embora o consumidor tenha realmente querido contratar aquele serviço e a sua escolha não tenha sido influenciada por qualquer fator externo, o mesmo não tem total conhecimento das implicações do contrato⁴⁸. Um exemplo desta situação será o desconhecimento sobre o valor a pagar a título de incumprimento da cláusula de fidelização.

Por último, a “pressão das necessidades” pode ser uma das razões que mais leva os consumidores a contratar. Nestes casos, quando se trata de empresas sem qualquer concorrência, “monopólio verdadeiro e próprio⁴⁹”, o consumidor apesar de não concordar com as condições e não querer especificamente aquele serviço não dispõe de outra alternativa⁵⁰. Assim, de modo a satisfazer as suas necessidades, o consumidor acaba por celebrar o negócio⁵¹.

Conclui-se assim que apesar de o consumidor manifestar claramente a sua decisão em contratar, esta pode, na realidade, não ser a sua verdadeira vontade, encontrando-se apenas impelido a tal de modo a satisfazer uma sua necessidade. Da mesma maneira, o conteúdo do contrato, ainda que completamente aceite pelo consumidor, pode não espelhar o seu total acordo em relação a cada uma das cláusulas. Embora o consumidor tenha (ou pareça ter) liberdade contratual para decidir ou não contratar e com quem, a sua liberdade é, novamente, limitada no que diz respeito às condições contratuais. Raras são as vezes em que nelas pode interferir, limitando-se a aceitar o que lhe é apresentado.

⁴⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 14.

⁴⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 15.

⁵⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 14.

⁵¹ Também neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil”, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf> refere que: “Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais.”

Posso dizer, enfim, que o consumidor (e utente) dispõe de alguma liberdade contratual, sendo que esta nunca é completa, o que o coloca em evidente desvantagem perante o profissional.

Períodos de Fidelização

4. Cláusulas de fidelização como Cláusulas Contratuais Gerais

4.1. Âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 446/85

Em Portugal, as Cláusulas Contratuais Gerais⁵² encontram-se reguladas pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. No seu preâmbulo, podemos ver as razões que presidiram à criação deste regime que visa proteger a parte mais fraca que é o aderente (e não apenas consumidor⁵³).

A aprovação deste Decreto-Lei deveu-se, assim, à vontade de proteger o aderente numa situação de debilidade que se lhe apresentava cada vez mais frequente numa sociedade moderna. Usando as palavras do diploma, “são elaborados, com graus de minúcia variáveis, modelos negociais a que pessoas indeterminadas se limitam a aderir, sem possibilidade de discussão ou de introdução de modificações⁵⁴.”

A massificação do comércio levou, deste modo, à extinção da fase das negociações na celebração de muitos contratos⁵⁵ o que, por sua vez, conduziu a uma limitação da liberdade contratual do aderente. É desta limitação que surge o desequilíbrio contratual que o Decreto-Lei nº446/85 tenta, de certo modo, contrabalançar.

A maior parte dos contratos de consumo (e não só) da atualidade são celebrados em série, isto é, com milhares de consumidores e praticamente

⁵² Muitas vezes também são chamadas de contratos de adesão, muito embora não sejam sinónimos. Os conceitos diferem quanto ao número de destinatários. Enquanto as cláusulas contratuais gerais são elaboradas para figurar em vários contratos com várias pessoas, tendo, por isso, obrigatoriamente, carácter de generalidade, os contratos de adesão podem ser contratos destinados a contratar apenas com uma só pessoa, sendo por isso contratos individualizados (o que não significa que não possam existir contratos de adesão gerais, se estes forem propostos a várias pessoas). Posto isto devo dizer que o este DL também se aplica a contratos de adesão; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, nas “Cláusulas contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p.103, apresenta outra designação: condições gerais dos contratos.

⁵³ “[...]abrangendo situações que ultrapassam os meros consumidores ou utentes finais de bens e serviços.” – preâmbulo do DL 446/85

⁵⁴ Preâmbulo do DL 446/85, de 25 de Outubro.

⁵⁵ Preâmbulo do DL 446/85, de 25 de Outubro.

todos no mesmo molde. Quando um consumidor (e utente) se dirige a qualquer estabelecimento com o intuito de contratar qualquer serviço, é-lhe, normalmente, apresentado um formulário do qual já fazem parte as várias condições a contratar.

Este modo de contratar permite a celebração do contrato de forma muito mais rápida. Não admira, portanto, que seja bastante atrativo a nível comercial, oferecendo comodidade e poupança de tão precioso tempo que hoje em dia ninguém pretende despende para negociar as condições do seu novo tarifário de telemóvel ou do novo pacote de canais para a televisão.

Assim, embora facilitando a contratação entre o prestador e o utente, a verdade é que estes formulários são extensos, de letra miúda e terminologia jurídica com a qual o utente comum não se encontra familiarizado, permitindo assim que várias condições passem despercebidas ou não sejam, de facto, completamente compreendidas.

As condições são ali apresentadas ao aderente como um todo, um verdadeiro pacote de condições, não lhe sendo, à partida, possível negociar qualquer aspecto relativo ao contrato. Este facto impossibilita o aderente de exercer totalmente a sua liberdade contratual. A única liberdade de que dispõe será aceitar ou rejeitar a proposta apresentada pelo profissional⁵⁶, criando o grande desequilíbrio negocial que se verifica entre as partes. É neste sentido que se pode dizer que as cláusulas (de fidelização) são muitas vezes “impostas” ao aderente, já que este não as pode negociar ou rejeitar individualmente.

É este o contexto que, em 1985, fez surgir o diploma das Cláusulas Contratuais Gerais.

⁵⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA refere em *Contratos*, Vol. I, 2013, p. 168: “A expressão “contratos de adesão” tem subjacente um modo particular de formação dos contratos – a obtenção do consenso *por* adesão”.

Na sua primeira versão, o âmbito de aplicação deste diploma era mais restrito do que hoje se verifica. Incidia apenas sobre as cláusulas contratuais que, sendo pré-elaboradas por uma das partes ou por terceiro, se destinavam a ser incluídas em vários contratos dirigidos a várias e indeterminadas pessoas que não puderam influenciar o conteúdo das mesmas⁵⁷. Estavam por isso excluídas as cláusulas que, embora também não tivessem sido alvo de negociação, tinham sido elaboradas para figurar num contrato específico. Isto significa que não bastava que fosse impossível ao destinatário interferir no conteúdo das cláusulas, era também necessário que a cláusula fosse geral, ou seja, dirigida a várias pessoas.

Não estavam, tal como agora, incluídas neste regime as cláusulas que respeitassem a tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal, os contratos submetidos a normas de Direito público, os atos do Direito da Família ou Direito das Sucessões e as cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (artigo 3º).

Anos mais tarde, em 1993, surge a Diretiva nº 93/13/CEE, que varia em alguns aspetos em comparação com a versão do Decreto-Lei em vigor na altura.

Primeiramente, esta Diretiva dirige-se restritivamente aos consumidores, ao contrário do que já vimos que acontecia com o diploma nacional que se aplicava a todos os contratos, quer fossem contratos de consumo, contratos entre profissionais ou contratos entre particulares⁵⁸.

De seguida, o diploma comunitário abrange cláusulas individualizadas, isto é, para além das cláusulas contratuais gerais (elaboradas para vários

⁵⁷ “As cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar [...]” - art. 1º da primeira versão do DL nº446/85.

⁵⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I, 2013, p.170.

contratos), todas as cláusulas que o consumidor não tenha tido qualquer oportunidade de influenciar ou negociar, devido à sua prévia elaboração pela outra parte, limitando-se, assim, a aceitá-las.

Por último, a Diretiva debruça-se apenas sobre o conteúdo das cláusulas (questão das cláusulas abusivas), enquanto este Decreto-Lei tratava também do modo de informação e comunicação das cláusulas⁵⁹.

A primeira alteração ao diploma nacional ocorre em 1995, através do DL nº 220/95, de 31 de agosto, com o intuito de transpor a Diretiva. Como é referido no preâmbulo deste diploma: “Não se encontrou motivo para grandes alterações [...]”.

Contudo, em 1999, surge o desejo de conformar o âmbito de aplicação da legislação nacional à Diretiva nº 93/13/CEE, o que despertou mais uma alteração a este Decreto-Lei. Alargou-se, então, o âmbito de aplicação do regime às cláusulas individualizadas.

Assim, ficam compreendidas dentro do escopo de proteção conferido pelo diploma nacional todas as pessoas, consumidores ou não, que no decorrer de uma relação jurídica contratual não têm a possibilidade de negociar uma ou várias cláusulas (quer sejam gerais ou não), já que as mesmas foram pré-elaboradas pela outra parte, não permitindo qualquer alteração.

Para além da pré-elaboração já mencionada, as características comumente apresentadas para descrever as cláusulas contratuais gerais são a generalidade e a rigidez⁶⁰. Menos comum, mas não menos correta, é a

⁵⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p.56

⁶⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*. Vol. I, 2003, p.33. Noutro sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA em *Contratos*, Vol. I, 2013, p.171, defende que o mais acertado seria conferir-lhes apenas as características de predisposição unilateral (que inclui, para além da pré-elaboração, as ideias da elaboração unilateral e da intenção de inserção da cláusula em vários contratos) e generalidade (que prefere a indeterminação, já que, a seu ver, não precisa de existir

qualificação das cláusulas contratuais gerais como unilaterais, rígidas, pré-determinadas, gerais, indeterminadas e complexas⁶¹.

As características base manifestam-se no artigo 1º do diploma nacional: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual [pré-elaboração], que proponentes ou destinatários indeterminados [generalidade] se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar [rigidez]”.

No entanto, este diploma já não se aplica apenas a cláusulas gerais no sentido rigoroso da palavra (artigo 1º, nº2). Ainda que a generalidade seja uma qualidade real referente aos contratos de adesão na maioria dos casos (por serem apresentados a vários destinatários), estes são muito mais abrangentes, já que há contratos de adesão individualizados. Não faz por isso muito sentido, a meu ver, continuar a intitular este regime jurídico de Cláusulas Contratuais *Gerais* após o alargamento do âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 446/85. O facto de se poder aplicar este diploma a cláusulas individualizadas, elaboradas especificamente para um certo destinatário, contrasta com o carácter de generalidade que o título parece sugerir. Porventura, a designação Cláusulas Contratuais Pré-elaboradas seria uma opção mais adequada tendo em conta o conteúdo do diploma. Igualmente, a remoção da palavra “gerais” no artigo 1º e, de resto, em todo o texto do Decreto-Lei, evitaria qualquer possível confusão que se possa criar no leitor.

De acordo com o artigo 2º do Decreto-Lei nº 446/85, as cláusulas abrangidas por este diploma não se restringem às cláusulas escritas, já que a sua comunicação pode ser feita de várias maneiras, incluindo oralmente. Assim, tanto a internet, como o telefone, a rádio ou televisão são possíveis

uma indeterminação quanto à quantidade e qualidade dos destinatários), considerando a rigidez uma característica tendencial e não um requisito jurídico.

⁶¹ ISABEL AFONSO, “Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*- nº1, 1999, p. 466.

meios de comunicação das cláusulas contratuais gerais ao público. Estas podem manifestar-se em publicidade, em rótulos, ou cartazes afixados em loja.⁶²

Não há, igualmente, qualquer restrição quanto à extensão das cláusulas contratuais gerais, o que significa que não há um número mínimo ou máximo de cláusulas que devam fazer parte do contrato. O conteúdo do contrato também não se encontra limitado de nenhuma forma.

Quanto à parte que elabora as cláusulas, as mesmas podem ter sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou um terceiro⁶³. Embora este aspecto possa, à partida, afigurar-se estranho, visto não ser comum encontrar cláusulas contratuais elaboradas pelo destinatário, na verdade esta não limitação da elaboração pelo proponente (ou terceiro) permite uma maior proteção do aderente obstando a que o profissional recorra a estratégias dúbias ou até desleais que coloquem o aderente na posição de proponente, impedindo a aplicação deste diploma⁶⁴.

4.2. Inserção da cláusula de fidelização no contrato

As cláusulas de fidelização enquadram-se geralmente deste modo no regime das Cláusulas Contratuais Gerais. Entre o clausulado patente em impressos, panfletos ou em mensagens televisivas estão, várias vezes, mencionados os períodos de fidelização.

O artigo 4º do Decreto-Lei 446/85 dispõe que “as cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos,

⁶² JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 59; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos* Vol. I, 2013, p.176.

⁶³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA em *Contratos*, Vol. I, 2013, p. 172 e 173, refere os exemplos das associações profissionais regionais, nacionais e internacionais; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 60, dá o exemplo da publicidade e da rotulagem.

⁶⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014. p. 59

para todos os efeitos, pela aceitação [...]”. Isto significa que as cláusulas de fidelização (e quaisquer outras) que surjam na proposta apenas se consideram como parte do contrato após aceitação do aderente⁶⁵. Importa, no entanto, ter em conta que a aceitação deve ser atribuída à vontade livre e esclarecida do aderente nos termos dos artigos pertencentes ao capítulo II.⁶⁶

Deve, então, a aceitação, muito resumidamente e como veremos, ser precedida de uma informação adequada e esclarecimento efetivo do aderente. O aderente deve ser comunicado, informado e, caso veja ser necessário, adicionalmente esclarecido sobre o significado de “período de fidelização” e tudo o que a este diz respeito. Só aí se poderá dar uma verdadeira e completa aceitação da cláusula e, conseqüentemente, a sua inserção no contrato.

4.2.1. Comunicação da cláusula

O artigo 5º do diploma das Cláusulas Contratuais Gerais trata da comunicação destas. Analisando atentamente este artigo, verifica-se que este impõe alguns requisitos que, a serem preenchidos, cumpririam a função de comunicação.

Em primeiro lugar, as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas “na íntegra”. Este primeiro requisito não apresenta dúvidas. As

⁶⁵ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de março de 2011, Processo nº 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Granja da Fonseca): “Para que as cláusulas se possam incluir nos contratos, necessária se torna a sua aceitação pelo aderente, pelo que ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes”. Em sentido diverso, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I, 2013, p.174: “Para inserção das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares é possível mas não necessário nenhum acordo específico. A inserção efetua-se sempre por inclusão numa declaração contratual ou por remissão a partir de uma declaração contratual ou por remissão a partir de uma declaração contratual, que, com a declaração contratual concordante, forma o contrato”.

⁶⁶ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 204: “[...]a declaração de aceitação tenha de revestir todos os requisitos de esclarecimento e liberdade que em geral para ela impõe, como pressupostos da aceitação de todas e de cada uma das cláusulas e não apenas do conjunto do clausulado contratual”.

cláusulas devem ser comunicadas na sua totalidade, de forma a evitar que sejam colocadas no contrato cláusulas que o aderente desconhece totalmente⁶⁷.

O nº2 deste artigo surge muito mais complexo, impondo vários requisitos quanto ao modo de como a comunicação deve ser feita. “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 complexo e efetivo por quem use de comum diligência”. A presença de conceitos indeterminados neste número abre espaço a diferentes interpretações sobre o que torna o modo de comunicação adequado.

Decorre desta norma que deve ser tida em conta, primeiramente, a importância do contrato, tal como a complexidade e extensão das cláusulas. É a partir destas características que se vai determinar qual o modo adequado para a sua comunicação. Assim, consoante a cláusula de fidelização se apresente de maior ou menor extensão, com recurso a termos jurídicos, a uma estrutura frásica de difícil compreensão, ou use termos relativamente acessíveis, a sua comunicação deverá igualmente ser mais ou menos cautelosa.

Igualmente, e na minha opinião, atributo de um modo de comunicação adequado é a conexão⁶⁸ da cláusula com o contrato. Os dois requisitos são inseparáveis, pois não há comunicação adequada da cláusula se não houver conexão entre esta e o contrato.

⁶⁷ SARA LUÍSA BRANCO DANTAS, “As Cláusulas Contratuais Gerais” in Estudos do Direito do Consumidor”, nº 4, 2002, p. 294 ; Relativamente ao modo exigido de comunicação, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, em *Contratos*, Vol. I, 2013, p. 177, refere que o artigo 2º não representa especial novidade já que nos termos dos artigos 232º e 236º do Código Civil, a outra parte deve conhecer e concordar sobre todas as cláusulas, pois de outro modo o contrato não é celebrado. Assim, a comunicação integral, oportuna e adequada “é requisito de eficácia de qualquer declaração contratual”.

⁶⁸ JORGE MORAIS CARVALHO refere no *Manual de Direito de Consumo*, 2014, p.61 que “a inserção de uma cláusula contratual geral num contrato individualizado implica a superação de três obstáculos sucessivos, não sendo sequer necessário analisar o obstáculo seguinte se o anterior não estiver ultrapassado.” Os obstáculos são: a conexão com o contrato; a comunicação; e o esclarecimento.

Antes de mais, é necessário evidenciar que a possibilidade de transmissão das cláusulas contratuais gerais das mais variadas formas, como publicidade ou cartazes afixados em loja, pode resultar numa falha de comunicação. Quando cláusulas pertencentes ao contrato se encontram estabelecidas fora do mesmo, seja escritas em outro documento avulso ou transmitidas de outro modo diferente, torna-se difícil saber se o aderente tomou conhecimento das mesmas (ainda que a lei requeira apenas que exista a possibilidade de o aderente conhecer a cláusula caso “use de comum diligência” e não o seu conhecimento em concreto – artigo 5º nº2). Não se pode esperar de um utente que este tenha de ouvir um anúncio de rádio sobre o serviço que pretende contratar para saber que o mesmo tem um período de fidelização de 24 meses. É possível que o utente nunca chegue a ouvir esse anúncio. Não basta simplesmente que o profissional, por qualquer meio de comunicação, comunique a cláusula, sem que a mesma seja referida de algum modo no contrato ou no momento da sua celebração. É necessário que exista uma conexão entre o contrato e a cláusula, de modo a tornar a mesma verdadeiramente passível de conhecimento do aderente. Esta referência tem de existir sob pena de não inclusão da cláusula no contrato.

Basta imaginar o caso de um utente que se dirige a um ginásio para se tornar membro do mesmo. Após uma longa conversa com o profissional, onde foram comunicadas todas as aulas oferecidas, horários disponíveis e preços, o utente fica convencido que este serviço é ideal para satisfazer as suas necessidades. Assina o formulário e volta feliz para sua casa. Todavia, não foi nesse momento informado do período de fidelização que se impõe. O mesmo já tinha sido comunicado tanto em panfletos distribuídos pela cidade como em anúncios de rádio que passavam diariamente nas principais estações e até se encontrava afixado nas portas das salas de grupo, juntamente com o regulamento interno. Não penso que esta cláusula se possa considerar incluída

no contrato⁶⁹. Não há qualquer conexão entre a cláusula e o contrato, impossibilitando que o utente tomasse dela conhecimento, mesmo que usasse de “comum diligência”. Caso diferente, seria, por exemplo, se ao conversar com o utente, o profissional lhe apresentasse um dos panfletos em causa. Ainda assim, seria discutível se uma condição tão relevante como esta não necessitaria de, no mínimo, uma remissão mais direta.

Entendo, que tem de haver uma referência expressa (e não apenas uma remissão), no contrato, quanto ao período contratual mínimo que seja imposto por qualquer cláusula existente. Apenas existindo uma referência expressa quer no documento contratual, quer no momento da celebração, se pode dissipar qualquer dúvida de que a mesma se encontrava passível de conhecimento e, por isso, só aí considero que a comunicação tenha sido feita de modo adequado.

Na minha ótica, um dos pontos mais relevantes a reter nesta norma diz respeito ao efeito de cognoscibilidade que se atinge com a comunicação. Não está em causa o concreto conhecimento da cláusula, mas a possibilidade de conhecer⁷⁰. Este é o verdadeiro objetivo da norma: que através da comunicação adequada se torne possível o conhecimento das cláusulas “por quem use de comum diligência”. Esta diferença origina, indiretamente, um especial dever de atenção e diligência que impende sobre o aderente. Não obstante o dever de diligência do aderente, o n.º 3 deste artigo, relembra que, ainda assim, o ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao profissional.

Também neste sentido, e seguindo os parâmetros de complexidade, extensão e importância do contrato, é também necessário informar o aderente com a devida antecedência, dando-lhe tempo suficiente que lhe permita

⁶⁹ Embora tenha havido comunicação do período de vigência do contrato, esta comunicação não foi feita de modo adequado e efetivo.

⁷⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 65 : “O critério é o do cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 5.º e não o conhecimento das cláusulas em concreto”.

perceber as implicações da cláusula para que possa tomar uma decisão esclarecida.

Quanto à importância do contrato, no caso específico da cláusula de fidelização, admito que qualquer que seja o contrato o facto de o aderente se vincular a manter a relação contratual durante certo período de tempo (que na maioria dos casos não é inferior a 12 meses), torna automaticamente o contrato de extrema importância já que daí advêm inúmeras consequências práticas para a sua vida. Este vincula-se a um determinado profissional, impedindo-o de contratar com outro⁷¹ e vincula-se a determinado serviço e ou/condições que, mais tarde, em virtude da rápida evolução e oferta de produtos no mercado atual, podem já não o satisfazer totalmente.

Muitas vezes, em casos em que o local da prestação é um elemento essencial do contrato, como por exemplo nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, o aderente não poderá alterar a morada onde recebe o serviço, sob pena de poder estar a incumprir o contrato. Embora, na verdade, tenha a liberdade efetiva de pôr termo ao contrato, poderá, em consequência, ter de continuar a pagar o serviço (valor correspondente às mensalidades vencidas) ou pagar qualquer outro montante que esteja previsto a título de cláusula penal. Todas estas condicionantes acabam por influenciar a decisão do utente.

⁷¹ Na realidade, a cláusula de fidelização não impede, literalmente, que o utente contrate o serviço com outro profissional. Apesar da existência de um período de fidelização, o utente é, ainda assim, livre de contratar outro serviço. No entanto, não me parece lógico (tornando-se excessivamente oneroso) que o utente contrate dois serviços para satisfazer a mesma necessidade e se vincule a ambos por tanto tempo.

4.2.2. Dever de informação

Ao dever de comunicar a cláusula sucede o dever de informar sobre a mesma. Estes dois atos são realmente deveres na medida em que a lei obriga o profissional a comportar-se desta maneira, distinguindo-se assim do ónus⁷².

O dever de informação está disposto no artigo 6º do diploma das Cláusulas Contratuais Gerais e divide-se em dois momentos.

Num primeiro momento (após comunicação da cláusula) o contratante que recorre ao mecanismo das cláusulas contratuais gerais deve “informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique”. Com efeito, não basta a comunicação da cláusula para que esta faça parte do contrato. É necessário, de seguida, abordar a cláusula, informando o aderente sobre o seu significado, características e implicações. Um aspecto talvez curioso será o da norma em causa estabelecer um dever de informar quanto aos “aspectos [...] cuja aclaração se justifique”, quase que evidenciado a provável, senão certa, complexidade que geralmente distingue estas situações.

Assim, tal como o modo de comunicação da cláusula dependia da sua complexidade, também o esclarecimento deverá ser dado tendo em conta este fator. O grau de complexidade não varia apenas segundo a estrutura da própria cláusula, mas varia igualmente de aderente para aderente. É certo que haverá aderentes mais desinformados que outros, o que cria no profissional um dever de adicional cuidado no esclarecimento da cláusula, caso o mesmo se aperceba deste facto⁷³. É o que se depreende da norma quando a mesma expõe que as cláusulas devem ser esclarecidas “de acordo com as circunstâncias.” Neste

⁷² ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, pp.702 e 703, define o conceito de ónus distinguindo-o do conceito de dever. O ónus é um “comportamento necessário para o exercício de um direito ou realização de um interesse próprio. Figura distinta do dever, porque o comportamento não é aqui obrigatoriamente imposto pela lei: está na disponibilidade da pessoa realizá-lo ou não [...]”

⁷³ JÓRGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p.68.

caso, as circunstâncias serão as que estão diretamente ligadas ao aderente. Se o aderente for licenciado, os aspectos que necessitam de esclarecimento serão, provavelmente, menos do que se este tiver apenas o 4º ano de escolaridade. Compete ao profissional um exame concreto da situação que lhe é apresentada, analisando a pessoa que tem à sua frente, de modo a ter certeza que este compreende os esclarecimentos que lhe são oferecidos.

Impõe-se, assim, ao profissional, um dever que se percebe espontâneo⁷⁴.

O segundo momento caracteriza-se pelo esclarecimento que o profissional deve oferecer ao aderente sempre que o segundo o peça. Não se considera cumprido o dever de informar se o profissional se aperceber que a informação não é claramente apreendida pelo aderente. Também por isso o nº 2 impõe que se esclareça todas as questões “razoáveis⁷⁵” colocadas pelo aderente.

Este pode assim colocar novas questões ou pedir esclarecimentos adicionais sobre o que já foi informado: o que é o período de fidelização; que efeitos contratuais produz; quais as consequências ou implicações da sua aceitação e do seu não cumprimento; quais as contrapartidas oferecidas; quais as desvantagens; qual o seu prazo. Estas e todas as outras condições que estão vinculadas ao período de fidelização devem ser as principais questões abordadas pelo profissional, para além de todas as outras que o aderente ache necessárias.

Não há nenhuma consideração acerca da forma como se deve informar o aderente. A informação surge, normalmente escrita, num documento

⁷⁴ Esta espontaneidade existe apenas em comparação com o nº 2 deste mesmo artigo que trata dos esclarecimentos que são concretamente “solicitados” pelo utente.

⁷⁵ As questões serão razoáveis sempre que se relacionem com o contrato e com as cláusulas contratuais gerais em causa. Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p.68 e 69

contratual. Esta prática parece ser, em certa medida, bastante apropriada já que ficará sempre acessível ao aderente para ler sempre que quiser. A informação escrita apresenta-se também como uma vantagem para o profissional pois poderá servir como prova de que o consumidor foi informado. Um documento que contenha as cláusulas contratuais e que esteja assinado pelo aderente é passível de provar que o dever de informação foi realmente cumprido.

No entanto, pelo menos o esclarecimento solicitado, na minha opinião, deverá ser transmitido oralmente já que esta será a melhor maneira de cumprir este dever. O diálogo permite uma rápida e mais acessível troca de informação, deixando mais facilmente transparecer se o aderente ficou realmente esclarecido. O uso de termos mais informais, que naturalmente surgem durante o discurso oral, beneficia o aderente que não esteja tão acostumado com termos jurídicos.

O esclarecimento, caso seja necessário, também terá de ser provado pelo profissional já que faz parte do dever de informação. Surge, novamente, a questão da prova pois a cláusula apenas se insere caso se cumpra este dever. Assim, compreende-se que por vezes não seja o modo acolhido uma vez que será difícil provar algo que foi transmitido oralmente. Contudo, o esclarecimento que é dado por escrito, para além de contraproducente, pode ser desmotivante⁷⁶ na medida em que se torna num outro longo e maçador documento que deverá ser lido pelo aderente, sem garantias de que seja mais elucidativo que o próprio contrato⁷⁷.

⁷⁶ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, pp. 206 e 207, refere a “desmotivação” do consumidor que ao perceber que não pode influir no contrato acaba por desistir de tentar conhecer as cláusulas impostas.

⁷⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito de Consumo*, 2014, p.69.

4.3. Cláusula de fidelização prevalente, cláusula de fidelização excluída e subsistência do contrato

Durante a celebração do contrato, pode ocorrer que sejam acordadas cláusulas diversas das que constam no documento contratual.

Nos termos do artigo 7º, “as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”. Isto significa que se a cláusula de fidelização for alvo de negociação e, para aquele contrato em específico, for acordado um prazo diferente daquele que se encontra presente no formulário, prevalece o primeiro, mesmo que o documento tenha sido assinado pelas partes.

Por vezes, o profissional, no intuito de promover o seu produto e de contratar com mais pessoas, pode diminuir o período de vigência do contrato. Esta negociação, é, em princípio, feita oralmente, em conversa com o cliente, apresentando-lhe um negócio que, à partida, lhe será mais vantajoso. Caso o utente aceite, o artigo 7º indica que este período de fidelização que foi acordado oralmente entre ambos é o que prevalece, apesar de em grande parte dos casos, no documento escrito, o período contratual mínimo seja outro. Consegue-se perceber a motivação desta norma. O sentido aponta, uma vez mais, para a proteção do aderente que é a parte mais desamparada nesta relação negocial.

Há, contudo, o problema da prova. Será muito difícil para o aderente provar que, diferentemente do documento por ele assinado, outra foi a cláusula acordada. É por isso que, nestas situações, convém que o aderente exija que as cláusulas especificamente acordadas sejam estabelecidas por escrito, no

formulário do contrato (ou outro documento anexo), pois essas alterações são as que prevalecem.

Analisa-se agora o que sucede se o profissional não respeitar os deveres acima tratados que levariam à inclusão da cláusula no contrato.

O artigo 8º deste Decreto-Lei enuncia as cláusulas que se consideram excluídas dos contratos singulares, tal como se não tivessem sido escritas⁷⁸. São situações graves que criam especial desvantagem na esfera jurídica do aderente⁷⁹. Assim, não se consideram incluídas as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º, ou seja, que não tenham sido comunicadas na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária; as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, ou seja, as cláusulas cujo sentido, quer voluntariamente ou a pedido do aderente, o profissional não clarificou ou clarificou insuficientemente; e as “cláusulas-surpresa⁸⁰” que integram as cláusulas que, pelo seu enquadramento ou apresentação gráfica, um contratante normal não as tenha notado e as cláusulas que estejam colocadas depois do local da assinatura dos contratantes.

Considerando-se estas cláusulas excluídas, é relevante saber o que acontece com um contrato em que as mesmas surjam. O artigo 9º diz-nos que os contratos, em princípio, se mantêm, ajustando apenas os aspetos necessários. Os aspetos que carecem de adaptação são os que se consideraram anteriormente excluídos do contrato. Significa isto que o contrato continua a ser válido, recorrendo-se às normas supletivas no que diz respeito aos aspetos tratados pelas cláusulas consideradas excluídas.

⁷⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 322. Nas palavras do autor: “Têm-se por não escritas. Mais do que simples nulidade, afeta-as autêntica *inexistência jurídica*”.

⁷⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 322.

⁸⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I, 2013, p. 177; e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 66

Esta solução só é concretizável se as normas supletivas existentes substituïrem adequadamente o conteúdo das cláusulas afetadas. Quero com isto dizer que as normas supletivas usadas deverão preencher o vazio deixado pela não inclusão das tais cláusulas. Se não existirem normas supletivas adequadas a preencher estas lacunas, diz-nos o artigo 9º que devemos recorrer às regras de integração dos negócios jurídicos. Estas estão previstas no artigo 239º do Código Civil e dispõem que “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.”

Contudo, o recurso às normas supletivas e às regras de integração pode ser não ser suficiente para que se consiga definir os aspetos essenciais do contrato⁸¹. Pode também suceder que o uso destes mecanismos cause um desequilíbrio nas prestações “gravemente atentatório da boa fé”. Em ambas as situações os contratos serão, por isso, nulos.

Se, porventura, a cláusula de fidelização surgir colocada em local distinto do que é suposto, não for comunicada e esclarecida, ou sofra de qualquer outro sintoma mencionado no artigo 8º, a mesma considera-se excluída. Cabe agora encontrar uma norma supletiva que consiga ocupar eficaz e adequadamente o lugar da cláusula de fidelização. A norma supletiva deve, como já se viu, respeitar o equilíbrio entre as prestações e definir, em concreto, qual o período contratual mínimo aplicável ao contrato.

Em Portugal, não existe uma norma supletiva quanto ao período de fidelização. Assim, de acordo com regras de integração dever-se-ia preencher a lacuna de acordo com a provável vontade de ambas as partes. Todavia, as vontades do aderente e profissional dificilmente serão harmonizáveis até

⁸¹ O período de fidelização não pode, neste sentido, ser considerado um aspeto essencial pois é completamente possível manter o contrato sem nenhum compromisso de permanência.

porque, considerando-se a cláusula excluída do contrato, o aderente não foi devidamente informado sobre a mesma. Recorre-se assim ao princípio da boa fé.

Na minha opinião, de acordo com este princípio, não será possível incluir uma cláusula sobre a qual um dos contratantes foi indevidamente informado ou até desconhecia por completo no momento da celebração, não sendo por isso possível impor ao aderente, nesse momento, um (outro) período de fidelização. O contrato deverá, assim, manter-se sem que lhe esteja associado qualquer período de fidelização.

4.4. Nulidade da cláusula de fidelização

É no artigo 12º do DL 446/85 que surge, pela primeira vez, a referência a cláusulas proibidas. Segundo este artigo, todas as cláusulas contratuais gerais proibidas são nulas.

Nesta sequência, e tal como o artigo 9º tratava da subsistência dos contratos singulares em casos que existam cláusulas excluídas do contrato, o artigo 13º trata da subsistência dos contratos singulares quando algumas das cláusulas sejam nulas. Como seria de esperar, as implicações contratuais geradas pela existência de cláusulas excluídas e cláusulas nulas diferem.

Temos, deste modo, que a subsistência do contrato com cláusulas nulas depende da vontade do aderente. Na minha ótica, a escolha de palavras (“O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares, quando algumas dessas cláusulas sejam nulas.”), mostra, de forma latente, uma preferência pela nulidade total do contrato. Somente se o aderente o pretender, o contrato mantém-se. Esta possibilidade dada (apenas) ao aderente contrasta com a imposição visível no

artigo 9º - “os contratos singulares mantêm-se”- provavelmente devido à diferença entre o seu grau de gravidade. Uma cláusula não devidamente comunicada ou esclarecida é passível de se considerar menos grave do que uma cláusula contrária a um princípio ou “valor” fundamental do Direito.

De facto, concordo com a possibilidade dada ao aderente de optar pela nulidade ou manutenção do contrato, sendo que a primeira, como referi, se mostra na lei a ideia preferencial⁸². Penso que, deste modo, pelo poder dado ao aderente, é conferido um pouco do equilíbrio de que esta relação negocial carece desde o início. Estando sempre o aderente numa posição desprivilegiada em relação ao profissional, e tendo este feito uso de cláusulas abusivas e contrárias à boa fé, parece-me apropriado que se conceda ao primeiro a possibilidade de optar pela nulidade total do contrato, caso o pretenda, mesmo que, ao contrário do que regula o artigo 292º do Código Civil⁸³, se mostre que o contrato teria sido concluído sem a parte viciada. Entendo que o artigo 13º do Decreto-Lei nº446/85 opõe-se à regra geral estabelecida no Código Civil dado que, nos contratos de adesão, a liberdade contratual do aderente enfrenta maiores restrições do que nos restantes contratos em que as partes usufruem de igual poder negocial.

Optando o aderente pela manutenção do contrato, substituem-se as cláusulas nulas pelas normas supletivas adequadas, recorrendo, se for

⁸² INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002 p. 325, parece concordar com esta perspectiva quando refere que: “Diferentemente se passam as coisas se as cláusulas feridas de nulidade forem *cláusulas não negociadas*, a saber, cláusulas que o aderente haja *subscrito ou aceite sem discussão*. Nesse caso o aderente tem dois caminhos à sua frente: ou *rejeita o contrato*, dando-o como *totalmente nulo*; ou *aceita-o, privado naturalmente das cláusulas interditas*. Neste segundo caso, o vazio deixado por tais cláusulas será preenchido pelas normas supletivas aplicáveis ou, na falta destas, *de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto ou pontos omissos, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução imposta*. Eis como pensamos dever interpretar-se o artigo 13º do Decreto-Lei nº 446/95, conjugado com o artigo 239º do Código Civil”.

⁸³ “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”. – art. 292º do CC

necessário, à vontade presumida das partes ou à boa-fé, segundo as regras de integração dos negócios jurídicos (artigo 239º do Código Civil⁸⁴).

Em último caso, e de acordo como artigo 14º do Decreto-Lei, se o aderente não optar por nenhuma destas posições, ou optando pela manutenção do contrato, esta levar a um grave desequilíbrio das prestações, aplicar-se-á o regime geral da redução dos negócios jurídicos, estabelecido no artigo 292º do Código Civil, ficando o contrato “reduzido ou limitado às cláusulas válidas, salvo quando se mostre que o contrato não teria sido celebrado sem a parte viciada⁸⁵”.

Disposto no artigo 15º está o princípio geral que estabelece que todas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé são proibidas, sendo também por isso nulas, de acordo com o artigo 12º. A boa fé, neste contexto, deve ser entendida como a boa fé objetiva⁸⁶.

Como se sabe, torna-se difícil aplicar normas perante conceitos indeterminados e, por isso mesmo, o artigo seguinte (16º) tenta clarificar ou pelo menos indiciar que critérios seguir para aplicação da norma anterior. Deve-se assim ter em conta “os valores fundamentais do direito”, especialmente a “confiança suscitada, nas partes⁸⁷” pelo sentido geral do contrato e “o objetivo que as partes visam atingir negocialmente”. Todavia, voltam a surgir conceitos indeterminados que em nada facilitam a concretização do conceito e aplicação da norma.

⁸⁴ “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando seja a outra solução por eles imposta”. – art. 239º do CC

⁸⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002 p. 325.

⁸⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 110; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 92., refere que estando em causa a boa fé objetiva pode “a cláusula ser considerada abusiva mesmo que este [predisponente] não tivesse essa consciência ou não tenha violado qualquer regra de conduta”.

⁸⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 111, discorda deste critério, dizendo “Pode o destinatário não depositar a menor confiança no predisponente e, todavia, celebrar o contrato, por não ter na prática outro remédio. Isso é de todo irrelevante para a apreciação da cláusula”.

De forma a solucionar este impasse, a jurisprudência e doutrina têm vindo a concretizar o conceito de boa fé recorrendo ao princípio da proporcionalidade⁸⁸, analisando se há ou não um desequilíbrio entre as prestações do profissional e aderente.

A referência ao desequilíbrio entre as prestações surge devido à Diretiva 93/13/CEE que concretiza, no seu artigo 3º nº1, o que se deve considerar por cláusula abusiva⁸⁹. Também a Lei de Defesa do Consumidor, no seu artigo 9º nº 2 b), dispõe que, como modo de “prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados”, o profissional não deve incluir nos contratos cláusulas que “originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor”, remetendo para o Decreto-Lei nº446/85 sempre que não se respeite este preceito. Deste modo, são consideradas abusivas, e consequentemente contrárias à boa fé, as cláusulas contratuais gerais que causem um grave desequilíbrio em detrimento do aderente.

O desequilíbrio é analisado tendo em conta todas as prestações que fazem parte do contrato⁹⁰.

O diploma em causa dispõe, assim, de listas de cláusulas proibidas que se consideram abusivas por criar um grande desequilíbrio entre o predisponente e o destinatário. Estas proibições aplicam-se consoante uma divisão entre dois tipos de relações.

⁸⁸ JOANA FARRAJOTA, “A Exclusão da Exceção de Não Cumprimento no Regime das Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 39 – Cláusulas Contratuais Abusivas, 2007, p. 74.

⁸⁹ “Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. – art. 3º nº 1 da Diretiva 93/13/CEE, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 93, diz que este critério deve ser usado na interpretação da lei portuguesa apesar de não se encontrar consagrado na mesma.

⁹⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 93 : “tendo como referência o conteúdo do contrato na sua globalidade”; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 111 : “É uma questão puramente objetiva, em que se pondera o conteúdo das prestações”.

Às relações entre profissionais aplicam-se as proibições constantes dos artigos 18º e 19º. Já às relações de consumo e às relações entre particulares aplicam-se as todas as proibições previstas nas listas. Estão aqui incluídas as proibições dos artigos 21º e 22º, tal como as previstas nos artigos 18º e 19º⁹¹, uma vez que são estas as relações que devem ser mais protegidas.⁹²

Para cada um destes tipos de relação estão estabelecidos dois conjuntos de cláusulas proibidas: as cláusulas absolutamente proibidas e as cláusulas relativamente proibidas.

As cláusulas absolutamente proibidas são as cláusulas automaticamente⁹³ proibidas. Isto é, em qualquer situação e independentemente de qualquer análise, ou contrato onde se insiram, são proibidas e por isso são nulas.

As cláusulas relativamente proibidas dependem de uma análise, devem ser avaliadas “consoante o quadro negocial padronizado”. Estas cláusulas só são consideradas proibidas quando em comparação com os “padrões normais⁹⁴” diverjam dos mesmos.

Neste contexto, surge agora a questão de como se deve avaliar se uma cláusula é abusiva ou não. Está em causa a análise feita no âmbito da validade das cláusulas que não são absolutamente proibidas. Falo apenas das cláusulas relativamente proibidas já que as cláusulas absolutamente proibidas, como já referi, são sempre proibidas e por isso não necessitam passar por qualquer juízo.

⁹¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 107.

⁹² SARA LUÍSA BRANCO DANTAS, “As Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos do Direito do Consumidor*, 2002 n° 4, p. 300.

⁹³ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito de Consumo*, 2014, p. 95.

⁹⁴ SARA LUÍSA BRANCO DANTAS, As Cláusulas Contratuais Gerais, in *Estudos do Direito do Consumidor*, 2002 n° 4, p. 300.

Deve, então, esta análise ser feita de modo abstrato, somente em relação à cláusula contratual geral, ou deve ser feita em concreto, em relação ao contrato singular em que a mesma está inserida⁹⁵?

As cláusulas contratuais gerais relativamente proibidas dependem de uma comparação relativamente ao que é o “quadro negocial padronizado”, o que indica que é necessário um termo de comparação. A cláusula só poderá ser considerada abusiva comparativamente às prestações da outra parte. Todavia, não se deve ter em conta aquele contrato específico, mas sim a cláusula como parte de um certo padrão de contratos.

A solução passa, deste modo, por entender a situação que se nos apresenta como a “(...) situação abstrata, incluindo a situação típica, mas não a situação singular”⁹⁶. Quer isto dizer que analisamos a cláusula relativamente ao tipo de contrato em que se insere, verificando, assim, se essa mesma cláusula inserida em contratos desse tipo seria ou não válida.

A existência do registo⁹⁷ das cláusulas contratuais gerais abusivas julgadas pelos tribunais portugueses, ampara esta ideia. Esta lista⁹⁸ é formada pelas decisões⁹⁹ dos tribunais em que cláusulas contratuais gerais foram declaradas proibidas. Se estas cláusulas necessitassem de uma análise em cada

⁹⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 108.

⁹⁶Explica o autor exemplificando: “Perguntar-se-á nomeadamente se certa cláusula é válida nos quadros do contrato de seguro, mas não se é válida perante um concreto contrato de seguro”. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 108; O acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de junho de 2015, Processo nº 2397/13.3TBLRA.C1 (Anabela Luna de Carvalho) cita ALMENO SÁ, “Cláusulas Contratuais Gerais e Diretivas sobre Cláusulas abusivas, 2005, p.269, dizendo: “A aferição da proporcionalidade não emerge da ponderação de interesses individuais dos intervenientes, mas sim da ponderação dos interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas no negócio da espécie em consideração (...)”

⁹⁷ Artigos 34º e 35º do Decreto-Lei 446/85.

⁹⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase&Start=1>

⁹⁹ ASSUNÇÃO CRISTAS, “Registo Nacional de Cláusulas Abusivas”, in I Colóquio Internacional das Condições Gerais dos Contratos, 19 de outubro de 2007 : “O registo deve ser de cláusulas e não de decisões judiciais. As decisões são remetidas para que delas se possa extrair a informação necessária para construir o dito registo. Não é isto que existe, de momento, entre nós. O registo existente limita-se a tornar disponível um resumo das decisões judiciais e tem de ser o próprio utilizador a trabalhar a informação para retirar conclusões mais gerais”.

caso concreto para serem declaradas abusivas, não faria sentido que se criasse uma lista das mesmas¹⁰⁰.

As listas presentes nestes quatro artigos (18º, 19º, 21º e 22º) são meros exemplos de cláusulas proibidas, não sendo uma enumeração taxativa. Nada impede que qualquer outra cláusula não presente na lista seja considerada proibida, desde que seja contrária à boa fé, como regula o artigo 15º¹⁰¹.

A cláusula de fidelização encontra, assim, lugar em alguns dos exemplos enunciados nestas várias listas.

É na alínea a) do artigo 22º nº 1 do DL nº 446/85, de 25 de Outubro, que, primeiramente, se enquadra a cláusula de fidelização. Segundo este artigo “são proibidas, consoante o quadro comercial padronizado, [...], as cláusulas contratuais gerais que prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia”.

Na verdade, embora esta prática seja hoje comum, estando o aderente em quase todos os contratos de execução duradoura vinculado a idênticos períodos de fidelização, não posso deixar de considerar esses mesmos prazos excessivos. Para saber se segundo os “padrões normais” esta cláusula é abusiva, deve-se analisar se será válida uma cláusula que obriga o aderente a permanecer vinculado ao contrato durante 2 anos num contrato deste tipo.

A qualificação do prazo como excessivo deve-se, não à análise objectiva da sua duração, já que por norma os contratos com período de fidelização são

¹⁰⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e Boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, p. 108: “ Não faria sentido que se desse publicidade a cláusulas que só tivessem sido proibidas atendendo às circunstâncias do caso concreto; que elas fossem proibidas num caso e noutra não. Se se pretende dar aplicabilidade geral a uma proibição, isso implica que se atenda à cláusula geral em abstrato, ou tomada em si ou como elemento dum tipo contratual, mas nunca uma cláusula que só tenha sido proibida em atenção ao circunstancialismo do caso concreto”.

¹⁰¹ SARA LUÍSA BRANCO DANTAS, “As Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº 4, 2002, p. 300.

em si contratos de execução duradoura, mas à análise subjetiva da relação entre o serviço prestado e a satisfação ou expectativa do aderente. Os prazos são considerados excessivos já que “o aderente só se apercebe da qualidade dos serviços após o início da sua prestação”¹⁰², tornando-se assim, por exemplo, um contrato de prestação de serviços de telecomunicações pelo prazo de 2 anos que é insatisfatório na perspectiva do aderente excessivamente longo e oneroso para o mesmo.

Considero que, em princípio, qualquer vínculo que obrigue o utente a permanecer cliente de certo profissional durante tanto tempo é excessivo quando o mesmo ainda não tem verdadeiro conhecimento sobre o serviço prestado.

Nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, este problema é, por vezes, mitigado pelo direito de arrependimento ou de “livre resolução”¹⁰³ conferido pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro¹⁰⁴. No entanto, no caso da prestação de serviços, o prazo para exercer este direito começa a contar a partir do dia da celebração. Pode acontecer que o contrato se celebre muito antes da efetiva prestação do serviço. Exemplos desta situação são os contratos de comunicações eletrónicas, em que o profissional contacta o consumidor por telefone (ou na rua), celebrando nesse momento o contrato, mas a instalação dos equipamentos só ocorre dias depois. Se só se iniciar a prestação do serviço depois dos 14 dias, o consumidor não consegue fazer uso desse direito.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06 de maio de 2012, Processo n.º 3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra) é referido

¹⁰² ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 520.

¹⁰³ Art. 10.º n.º 1 al. a) do DL n.º 24/2014 : “O consumidor tem o direito de resolver o contrato sem incorrer em quaisquer custos [...] e sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias a contar do dia da celebração do contrato, no casos dos contratos de prestação de serviços”.

¹⁰⁴ Este diploma só se aplica a consumidores sendo estes “qualquer pessoa singular que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional”.

que só será possível estabelecer uma cláusula de fidelização quando em contrapartida é dada ao aderente alguma vantagem de ordem comercial. Quando tal não suceder, como é o caso daquela sentença, a cláusula é proibida nos termos deste mesmo artigo 22º nº 1 a).

Tratava-se de um contrato de disponibilização de instalações e equipamentos para a prática desportiva de lazer que previa uma “vinculação mínima de um ano”. O Ministério Público pedia a sua proibição por entender que a mesma contrariava o princípio da boa fé disposto no artigo 15º do Decreto-Lei nº 446/85 e por considerar este um prazo excessivo nos termos do artigo 22º nº1 a) deste mesmo diploma.

O Tribunal julgou o pedido procedente. Fundamentou-se a decisão referindo que deve existir um “equilíbrio na posição dos contraentes”. Este equilíbrio, e conseqüente respeito pelo princípio da boa fé, só é conseguido quando há uma troca de vantagens estabelecida no contrato, ou seja, quando exista um período de fidelização (vantagem para o profissional), tem o profissional de oferecer contrapartidas ao aderente (por exemplo, descontos): “É pelo facto da proponente ter a segurança de que contará com a manutenção do pagamento dos serviços, a pagar pela cliente, até ao fim do prazo estabelecido, que a mesma se dispõe a cativá-lo com uma série de benesses que tornam os termos contratuais igualmente vantajosos para o aderente”. Não se conseguindo provar que este contrato conferia qualquer vantagem ao aderente, sendo que, a meu ver, só se provam as vantagens concedidas quando seja dada a possibilidade de as contratar ou não¹⁰⁵, declarou-se que apenas os interesses do profissional estavam protegidos, dando origem à nulidade da cláusula: “E, assim sendo, tem de concluir-se que é excessivo o prazo de 12 meses fixado

¹⁰⁵ Na verdade, as vantagens oferecidas ao utente só se podem dar como provadas quando existe a possibilidade de o utente optar por pagar um preço mais elevado, pelo mesmo serviço, sem obter essa contrapartida. Não basta que o suposto desconto surja mencionado contrato ou seja simplesmente referido pelo profissional como tal. Para que se prove que o preço inclui efetivamente um desconto em troca da vinculação a um período de fidelização, deve haver um termo de comparação, ou seja, o preço sem desconto.

para manter vinculado o aderente, sem qualquer vantagem aparente para este [...]”.

Concordo com a ideia por detrás desta solução, embora ache que se revela insuficiente. O facto de serem atribuídas vantagens ao aderente em troca do período de fidelização pode torná-lo menos oneroso, já que este tirará algum proveito da limitação que lhe é imposta. Mas ainda assim, mesmo havendo um maior equilíbrio entre as prestações das partes, o desequilíbrio continua a ser significativo. O tempo pelo qual o utente fica vinculado é excessivo se este não estiver satisfeito com o serviço, ainda que esteja a pagar um preço mais reduzido. Não penso que compense para o cliente pagar mais barato por um serviço que não o satisfaz quando pode pagar mais caro por um serviço que realmente o faça.

No entanto, esta não é a única alínea onde podemos enquadrar a cláusula de fidelização.

De facto, a alínea h) do mesmo artigo refere-se à proibição das cláusulas que, segundo o quadro negocial padronizado, imponham a renovação automática de contratos através do silêncio¹⁰⁶ da contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de vontade contrária a essa renovação se encontre excessivamente distante do termo do contrato. Concordo, assim, com a norma com algumas reservas que passo a explicar.

¹⁰⁶ Ao contrário do que é estabelecido pela Lei das Comunicações Eletrónicas no artigo 48º nº 6, não considero que a comunicação por escrito de uma alteração contratual dentro do período de fidelização seja possível, mesmo sendo dada ao “assinante” a possibilidade de rescindir caso não concorde. As alterações apenas deveriam ser possíveis após o fim do período de fidelização, sendo que, como já referi, estas devem ser expressamente aceites, não considerando o silêncio do utente uma aceitação da alteração. Outra questão com a qual não concordo diz respeito ao artigo 48º nº 7 deste mesmo diploma que, continuando o tema, refere que se o utente não aceitar a alteração das condições dentro do período de fidelização terá de pagar a penalidade prevista. Como refere JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito de Consumo, 2014*, p.108: “Trata-se de uma solução que o direito não pode aceitar. Os princípios da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* são princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico, que se sobrepõem à Lei das Comunicações Eletrónicas”.

Em princípio, qualquer renovação automática através do silêncio de uma das partes é contrária a boa-fé¹⁰⁷, pois está-se a atribuir valor declarativo ao silêncio, o que contraria o regime geral do Código Civil que regula que o silêncio não tem valor declarativo, exceptuando-se os casos em que esse valor seja atribuído por lei, uso ou convenção¹⁰⁸. Não sendo esse valor atribuído por lei e não se podendo considerar um uso, nem considerar que um contrato de adesão corresponde a uma convenção (dado que o aderente se encontrava restringido na sua liberdade contratual), o silêncio não deve ter valor declarativo.

No entanto, estando em causa contratos de consumo e de prestação de serviços de execução duradoura que são modelos da contratação em massa, há, inevitavelmente, uma limitação à liberdade contratual do utente. Nesta sequência, não penso que a simples renovação automática possa, hoje em dia, ir contra a boa fé quando se fala neste tipo de contratos, a não ser que tal renovação se dê por períodos excessivos, como acontece quando a renovação é, por exemplo, igual ao período de fidelização. Se for esse o caso, está-se, indiretamente, a impor ao utente um novo período de fidelização (ou sucessivos períodos de fidelização)¹⁰⁹ se este não denunciar o contrato dentro do limitado período de tempo de que dispõe. Penso, assim, que deveriam ser proibidas as cláusulas que, segundo o quadro negocial padronizado, imponham a renovação automática de contratos através do silêncio da contraparte por períodos excessivos, independentemente de a data limite fixada para a manifestação da vontade contrária a essa renovação estar distante ou não do termo do contrato.

¹⁰⁷ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 546.

¹⁰⁸ Art. 218º do CC

¹⁰⁹ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 546 : “Teria sido por ventura preferível que se tivessem juntado numa só norma esta e a proibição da alínea a), pois ambas têm o escopo de evitar que o aderente fique vinculado negocialmente à contraparte por tempo excessivamente longo”.

Uma renovação automática por um ano é realmente excessiva, o mesmo direi por 6 ou 3 meses. Após o período de vigência inicial, o profissional já teve tempo suficiente para recuperar o investimento inicial (caso este tenha sido necessário) que muitas vezes usa como justificativa para o período de fidelização, não se encontrando, deste modo, qualquer outro motivo para prender o utente por um novo período de tempo igual.

Entendo que estes prazos lesam bastante o utente quando este não pretende mais manter o contrato. Já uma renovação automática por silêncio das partes que ocorra, por exemplo, mensalmente¹¹⁰, não é totalmente desadequada à realidade da contratação em massa. Muitas vezes, o próprio utente, por razões de comodidade, estando satisfeito com a prestação do serviço poderá preferir que o mesmo se mantenha inalterado¹¹¹, salvo sua intervenção. Esta solução permite não onerar em demasia o utente. Ressalvo que a renovação automática pelo silêncio das partes que defendo refere-se apenas a contratos que permaneçam inalterados. Caso haja uma alteração unilateral por parte do profissional, o silêncio não poderá ter valor declarativo, sendo necessária uma declaração expressa por parte do utente para que o contrato se mantenha.

Também as cláusulas de fidelização que impõem um dever do utente de pagar ao profissional certo montante sempre que não mantenha o contrato pelo tempo estabelecido podem enquadrar-se nas proibições estabelecidas pelo artigo 19º nº 1 alínea c) que trata das cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.

Neste âmbito, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de novembro de 2012, Processo nº 3058/08.0YXLSB.L1-8 (Rui da Ponte Gomes),

¹¹⁰ O prazo de um mês é, no meu entender, o prazo máximo razoável para a renovação automática, do contrato, podendo as partes, se entenderem, estabelecer um prazo mais curto.

¹¹¹ Neste sentido, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p.459, dá o exemplo dos contrato de fornecimento de bens ou serviços essenciais e da necessidade da sua renovação de forma automática de modo a não privar o aderente desses mesmos serviços. A autora propõe nestes casos que a “renovação deverá ser imposta por lei, sem que se prive o adquirente da possibilidade de terminar o contrato, por denúncia, com pré-aviso razoável”.

uma cláusula que estipula que se por “iniciativa do Cliente ou cessação da relação contratual por motivo imputável ao cliente, antes de decorrido o período mínimo inicial referido no número anterior, fica o Cliente obrigado ao pagamento imediato [...] de uma indemnização calculada de acordo com a seguinte fórmula: [...12 (doze) meses – nº de meses em que os Produtos e Serviços estiveram ativos] x [valor da mensalidade]”, foi considerada válida à luz do artigo 19º a) do RCCG.

Considerou-se, então, que esta cláusula penal que impunha o pagamento das mensalidades vincendas em caso de incumprimento do contrato por parte do cliente não era desproporcional aos danos a ressarcir, já que seria o que o profissional iria sempre receber caso não tivesse ocorrido qualquer incumprimento. O tribunal decidiu que esta cláusula não gerava “grave desequilíbrio entre as posições do proponente e do aderente [...], nem ofende quaisquer princípios gerais da boa-fé negocial”.

Neste caso, o facto de o profissional ter oferecido contrapartidas comerciais ao aderente foi decisivo já que o tribunal entendeu que, deste modo, não haveria desequilíbrio entre as prestações e poderia ser cobrado o valor apresentado na cláusula.

Como já referi anteriormente, apesar de concordar com a atribuição de vantagens ao aderente de modo a tentar equilibrar a onerosidade das obrigações, a verdade é que esta solução não é, a meu ver, suficiente. O valor mensalidades vincendas continua a ser um valor desproporcional e exagerado, quer tenham sido oferecidas contrapartidas ao consumidor ou não.

Neste sentido temos o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de junho de 2015, Processo nº 2397/13.3TBLRA.C1 (Anabela Luna de Carvalho), em que foi decidido que o pagamento das mensalidades vincendas como cláusula penal era excessivo. O contrato em questão fora celebrado entre

uma empresa de prestação de serviços de manutenção de elevadores e um condomínio. O contrato iniciado a 01 de julho de 2000 tinha a duração de 6 anos, terminando a 30 de junho de 2006, considerando-se “tacitamente prorrogado” por períodos iguais sucessivos, se nenhuma das partes o denunciasse pelo menos 90 dias antes do termo do prazo. Estava também estabelecida uma cláusula penal segundo a qual a denúncia do contrato ocorrida fora daquele prazo de 90 dias ou sem qualquer pré-aviso, daria o direito ao profissional de exigir, a título de indemnização, o pagamento das prestações vincendas.

Tratando-se de um contrato de adesão, a validade da cláusula foi analisada à luz do artigo 15º, 16º e 19º al. c) do Decreto-Lei nº446/85. O tribunal decidiu que esta cláusula causava um grande desequilíbrio entre as prestações das duas partes e, por isso, contrariava o princípio da boa fé, pois a empresa prestadora do serviço continuaria a receber o pagamento total das prestações, como se o contrato estivesse a ser totalmente cumprido, ficando, todavia, esta dispensada de prestar o seu serviço. Para além disto, o profissional ficaria também com a vantagem de receber o montante das prestações todo de uma só vez.

Apesar de aqui não ter sido oferecida qualquer contrapartida ao aderente não penso que esse facto tenha interferido com a decisão. Como refere o tribunal, o desequilíbrio das prestações deve-se ao facto de o profissional receber o preço de um serviço que não iria ser prestado. Mesmo que tivesse havido alguma vantagem atribuída ao consumidor, se a cláusula penal exigisse como indemnização o pagamento das mensalidades vincendas tal seria, a meu ver, excessivo, pois para além do valor indemnizatório enquanto reparação de danos, estar-se-ia a cobrar o preço dos serviços futuros que já não seriam prestados (ressalvo, como já foi referido no início do trabalho, que se o valor dos benefícios for superior ao das mensalidades vincendas, deve ser pago o

último, por ser mais baixo e ainda assim passível de reparar os danos sofridos pelo profissional).

Acrescentou ainda o tribunal que a desproporcionalidade das cláusulas penais não se deve ao facto de as mesmas calcularem previamente o montante indemnizatório devido, mas antes se deve às anormais vantagens atribuídas ao predisponente.

De facto, estando em causa um contrato onde figuram cláusulas cuja característica principal é a rigidez, torna-se tendencialmente fácil para o predisponente impor condições que se podem tornar abusivas.

Penso que neste caso, ao contrário do que se passa quando há oferta de algum benefício a cláusula penal é exclusivamente compulsória, pois não há justificativa para exigir uma reparação de danos pois não há nenhum valor por parte do profissional que é oferecido ao aderente e que não tem retorno, não havendo, assim, prejuízo. A cláusula penal é aqui imposta com o único objetivo de compelir o aderente a cumprir e sancioná-lo se este falhar no cumprimento do contrato. Estando em causa um contrato de adesão, a inclusão de cláusulas penais compulsórias não deveria ser possível pois trata-se de uma imposição que beneficia apenas a parte com maior poder negocial e económico.

5. Cláusula de fidelização e práticas comerciais desleais

As práticas comerciais desleais encontram-se reguladas, em Portugal, no Decreto-Lei nº57/2008, que transpõe a Diretiva 2005/29/CE.

Este diploma aplica-se apenas a relações de consumo e, lendo o seu preâmbulo, verificamos que tem o objetivo de desenvolver a confiança dos consumidores nos profissionais e de assegurar uma concorrência leal entre empresas, fomentando o comércio transfronteiriço. Este propósito é prosseguido através de uma proibição de todas as práticas comerciais desleais que sejam susceptíveis de alterar as escolhas comerciais do consumidor¹¹², causando prejuízos económicos tanto ao consumidor, como aos profissionais concorrentes.

A definição completa de prática comercial desleal conclui-se da conjugação do artigo 5º, que apresenta a definição geral das práticas comerciais desleais, e do artigo 3º, que surge como glossário, completando e concretizando o sentido e definições relevantes neste âmbito. Sabemos, portanto, que uma prática comercial desleal é “qualquer omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor ¹¹³ ” que “prejudique [ou seja susceptível de prejudicar] sensivelmente a aptidão de qualquer consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo¹¹⁴” e que não respeite “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no

¹¹² O artigo 3º dispõe o conceito de consumidor para efeitos de aplicação deste diploma é “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

¹¹³ DL 57/2008 artigo 3º d)

¹¹⁴ DL 57/2008 artigo 3º e)

âmbito da atividade profissional¹¹⁵”. Ou seja, prática comercial desleal é todo o comportamento do profissional, relacionado com o seu produto ou serviço que, por ser desonesto¹¹⁶ ou não zeloso, possa alterar as escolhas do consumidor.

É de salientar a susceptibilidade estabelecida na definição deste conceito, ampliando o âmbito de aplicação a todos os comportamentos do profissional que embora não tenham efetivamente alterado as decisões do consumidor, fossem passíveis de o fazer.

O nº 2 do artigo 5º diz-nos ainda que a lealdade ou deslealdade da prática é apreciada tendo em conta o “consumidor médio” ou, quando o alvo da prática for um grupo específico de consumidores, o “membro médio do grupo”. Quando estiver em causa um grupo de consumidores especialmente vulneráveis e o profissional tenha consciência que, ao praticar este tipo de comportamentos, irá possivelmente alterar o comportamento do grupo, a prática torna-se especialmente desleal¹¹⁷.

As práticas comerciais desleais desdobram-se em práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas. Irei apenas tratar as primeiras, dado que é, principalmente, nesse contexto que se enquadram os contratos que preveem cláusulas de fidelização¹¹⁸.

As práticas comerciais agressivas são mais fáceis de identificar que as práticas enganosas, e conseqüentemente, o consumidor poderá, mais rapidamente, defender-se se o desejar. Assim, se o profissional tenta coagir um consumidor, é mais provável que não consiga surtir os efeitos desejados (pelo

¹¹⁵ DL 57/2008 artigo 3º h)

¹¹⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 71 : “[...] pode dizer-se que é desconforme com a diligência profissional a prática que não seja razoável esperar de um profissional que intervenha no mercado de forma honesta.”

¹¹⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 70.

¹¹⁸ No entanto, reconheço que, não raras vezes, os contratos de consumo, quer sejam de execução duradoura ou não, são alvo de práticas comerciais agressivas, principalmente quando estão em causa contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, colocando o consumidor numa posição de maior vulnerabilidade.

menos a longo prazo) como vincular o consumidor ao contrato durante aquele tempo. Em contrário, quando o profissional faz uso das práticas enganosas, o consumidor só se apercebe que foi enganado muito mais tarde, quando já será mais difícil desvincular-se do contrato.

Ilustro esta afirmação com o exemplo dos contratos celebrados no domicílio do consumidor. Quando funcionários das empresas deslocam-se até à residência do consumidor para promover ou vender algum bem ou serviço, o consumidor é apanhado de surpresa, tornando-o mais vulnerável pois ninguém está à espera de ser abordado em casa. O fator surpresa, o curto espaço de tempo que tem para decidir contratar ou não e a pressão de ter alguém que lhe é desconhecido à sua porta (ou mesmo dentro de casa) que o tenta incessantemente convencer a adquirir algum produto, pode levar o consumidor a tomar decisões que não teria tomado se estivesse, por exemplo, na loja do profissional em causa.

São sucessivos os casos em que consumidores (maioritariamente idosos ou pessoas com níveis de educação inferiores), por não serem corretamente informados, contratam com as empresas, desconhecendo as condições do contrato na sua totalidade. Só no momento em que tentam denunciar o contrato se apercebem que foram alvo de práticas comerciais desleais.

Já se retratou o período de fidelização como algo que vincula os consumidores a certo contrato durante um determinado (longo) período de tempo e isso é algo que influencia bastante a escolha dos consumidores quando pretendem contratar, tentando, sempre que possível, evitá-lo. Devido a esta visão, alguns profissionais tendem a dar informações enganosas ou a omitir informações que sabem que vão influir na escolha do consumidor. As práticas comerciais enganosas dividem-se, assim, em ações enganosas e omissões enganosas.

Há uma ação enganosa quando o profissional transmite informações falsas, ou quando pela forma que como é transmitida e embora se trate de uma informação correta, o consumidor possa ser ou seja realmente induzido em erro em relação ao contrato, levando-o (ou podendo-o levar) a tomar uma decisão que de outro modo não tomaria.

Os artigos 7º e 8º apresentam alguns exemplos do que podemos considerar uma ação enganosa.

A cláusula de fidelização parece enquadrar-se na alínea b) do artigo 7º que refere as características principais do bem ou do serviço: O período de tempo pelo qual o consumidor se obriga a manter o contrato, tal como as suas possíveis implicações caso não o faça, fazem parte das características principais do serviço.

Há uma ação enganosa quando os profissionais dão informações incorretas ao consumidores, informando-os, por exemplo, de que o serviço apresentado não tem qualquer período de fidelização, ou que tendo, é mais reduzido do que se verifica na realidade. Estas informações levam o consumidor a contratar com este profissional, já que, comparando com outras empresas, irá obter o mesmo serviço, mas usufruir de condições mais vantajosas.

Por norma, o consumidor só se apercebe que a informação era falsa, quando, mais tarde, tenta denunciar (ou resolver, no caso de incumprimento) o contrato e é informado pelo profissional que ainda se encontra dentro do período de fidelização.

Não é sempre a própria empresa que promove estes comportamentos, resultando estes apenas da vontade dos seus funcionários que, com o intuito de vender o produto ao maior número possível de pessoas, adotam

comportamentos desonestos. De qualquer maneira, estas práticas são proibidas e as empresas são responsáveis pelos comportamentos e informações transmitidas pelos seus funcionários. Assim nos diz o artigo 500º do Código Civil: “Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”.

Outras vezes, o que sucede é que há uma omissão em relação ao período de fidelização. Nada é comunicado ao consumidor nesse âmbito, ficando o consumidor com a ideia de que esse serviço não tem qualquer período contratual mínimo. Esta prática é uma omissão enganosa e está prevista no artigo 9º. Este artigo define uma prática comercial como omissão enganosa quando o profissional omite uma informação com requisitos substanciais de informação¹¹⁹ para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; quando o profissional apresenta de modo pouco claro ou tardiamente essas informações; ou quando o profissional não refere a intenção comercial da prática. O período de fidelização, por ser uma característica principal do serviço, é um requisito substancial de informação, considerando-se assim a omissão do mesmo, uma prática comercial desleal que é, também, proibida.

Nos termos do artigo 14º, qualquer contrato celebrado devido a uma prática comercial desleal é anulável a pedido do consumidor, nos termos gerais do Código Civil¹²⁰.

¹¹⁹ São, nos termos do artigo 10º nº 3 do mesmo diploma, consideradas substanciais as seguintes informações: as características principais do bem ou serviço; a identidade do profissional, endereço e designação comercial; o preço que deve incluir impostos e taxas; as modalidades de pagamento e expedição e o mecanismo de tratamento das reclamações; a existência de direitos de resolução ou anulação que resultem da lei ou de contrato. Para além destas informações, de acordo com o nº3 do artigo 9º, são considerados requisitos essenciais de informação os previstos nos diplomas nacionais enumerados no nº 4 do mesmo artigo, entre os quais, a título de exemplo, se encontram o DL nº 138/90, de 26 de abril sobre a obrigação de exibição dos preços dos bens ou serviços; o DL nº 7/2004 de 7 de janeiro que aprova o regime jurídico do comércio electrónico; entre outros.

¹²⁰ Art. 287º

Para além disso, qualquer uma das práticas comerciais desleais referidas, quer a indicação de um falso (ou inexistente) período de fidelização quer a sua omissão, gera consequências contratuais, à luz do já estudado Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (caso esteja em causa uma cláusula contratual geral). Assim, segundo este regime, sendo comunicada uma falsa informação sobre o período contratual mínimo, é esta a que prevalece, de acordo com o artigo 7º que relembro: “As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”. Tratando-se de uma omissão da cláusula de fidelização, a mesma considera-se excluída do contrato de acordo com o artigo 8º alínea a) que também recorro: “Consideram-se excluídas dos contratos singulares as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º”.

A Lei de Defesa do Consumidor, prevê, igualmente, no seu artigo 8º, o direito de o consumidor resolver o contrato, no prazo de sete dias úteis a contar da data de celebração, quando se verifique a sua falta de informação sobre vários elementos, entre os quais se encontra o “período de vigência do contrato”¹²¹.

¹²¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 39.

6. Cessação do contrato e período de fidelização

Trato agora do momento em que se d a a cessação do contrato.

Ocorre-me primeiramente referir que, nos termos do artigo 406  n 1 do Código Civil, “O contrato deve ser pontualmente cumprido, e são pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. Significa isto que todas as cláusulas do contrato devem ser respeitadas por ambas as partes, estando ao alcance destas, se assim o acordarem, alterar ou terminar esse mesmo contrato quando entenderem.

O contrato também pode cessar “nos casos admitidos na lei”. Dentro destes casos, temos a resolução, em que uma das partes, tendo por base um incumprimento de ordem legal ou contratual, não pretende manter o contrato; e a alteração das circunstâncias, que se refere a situações anormais e inesperadas em que o surgimento de novos factos altera as circunstâncias que serviram de “base do negócio”¹²² para ambas as partes, permitindo a lei que a parte lesada resolva ou modifique o negócio.

A denúncia   também admitida por lei, como forma de extinguir um contrato sem prazo certo. No entanto, por ser uma vontade unilateral poderá acarretar certas implicações quando esta for manifestada antes do prazo mínimo estabelecido, podendo obrigar a parte que denunciou a indemnizar a outra.

Fora estes casos, o contrato deve ser “cumprido ponto por ponto”¹²³.

Analiso de seguida estas formas de cessação do contrato e respetivas consequências.

¹²² INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p.345.

¹²³ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual do Direito do Consumo*, 2014, p. 169.

6.1. Resolução do contrato

A resolução do contrato “é uma forma de extinção dos contratos por vontade unilateral e vinculada (a um fundamento legal ou convencional) de um dos contraentes[...]”¹²⁴. Pode-se dizer então que a resolução do contrato é motivada por uma falha, por parte do outro contraente, no cumprimento de alguma estipulação contratual ou preceito legal. Assim, se o incumprimento for do profissional, o utente poderá resolver o contrato com base nesse mesmo incumprimento; e se o incumprimento for do utente, poderá o profissional também resolver o contrato com o mesmo fundamento.

6.1.1. Incumprimento contratual pelo profissional e resolução pelo utente

O incumprimento pelo profissional pode revelar-se de diferentes maneiras, seja pela alteração unilateral do preço, pela alteração do período de fidelização, pela alteração do serviço prestado, pela falta de qualidade na prestação do serviço, entre outros¹²⁵. Na verdade, qualquer falha em cumprir o contrato de acordo com o estabelecido é considerada um incumprimento. Havendo um incumprimento, há, em princípio, fundamento para a resolução pela parte contrária.

Todavia, cabe esclarecer que se o incumprimento for insignificante, não pode o utente com base nesse fundamento pedir a resolução do contrato sob pena de estar a incorrer em abuso de direito nos termos do artigo 334º do Código Civil. Mais uma vez, a boa fé surge como limite à atuação das partes. Se, por exemplo, num contrato de prestação de serviços de televisão, houver uma falha ou impossibilidade de apresentar um canal específico durante umas

¹²⁴ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 862.

¹²⁵ A própria denúncia do contrato também caracteriza um incumprimento do contrato, dado que não se mantem o contrato pelo tempo que tinha sido acordado. No entanto, a denúncia é um incumprimento que incide exclusivamente sobre o período de fidelização e será tratada mais à frente.

horas ou um dia, não será motivo suficiente para resolver o contrato. O mesmo acontecerá com um serviço de telefone ou internet: a impossibilidade de usar o serviço durante umas horas não é fundamento suficiente para que o utente se desvincule do contrato. Estando em causa um contrato com um ginásio, se durante um dia ou dois, o estabelecimento necessitar de obras e não for possível, durante esse tempo, ao utente usufruir do mesmo, não poderá este basear a resolução nesta justificação.

Nestes casos, o incumprimento foi pontual. Num contrato de execução duradoura, uma impossibilidade para o utente em usufruir do serviço que dura um dia ou algumas horas não se caracteriza como fundamento suficiente para a resolução do contrato.

Caso diverso, será se qualquer uma destas situações se apresentar recorrentemente: um ginásio que todos os meses encerra para obras ou um serviço telefónico, de televisão ou internet que apresenta falhas constantemente, impedindo o utente de usar o serviço convenientemente. Igualmente situações em que haja, uma alteração do pacote de canais contratado, das aulas de ginásio frequentadas pelo utente ou até do horário de abertura e encerramento do mesmo, caracterizam, a meu ver, razão suficiente para que o utente possa resolver o contrato. São situações em que há, realmente, uma alteração das condições contratadas. Estas situações são incumprimentos contratuais que podem ser usados como base para a resolução. O profissional torna-se, deste modo, a razão pela qual o contrato é terminado.

Quando é o próprio profissional o imputável pela resolução do contrato é do meu entender que não pode ser cobrado ao utente a penalização estabelecida pelo incumprimento do período de fidelização¹²⁶. Este acordo de permanência vincula ambas as partes, sendo que é o próprio profissional que o

¹²⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, Manual de Direito de Consumo, 2014, p. 107.

impõe. Se o profissional falta ao cumprimento do contrato, não pode o utente, que em nada incumpriu, ser penalizado por isso.

Normalmente, o pagamento previsto para incumprimento do prazo de duração do contrato é estabelecido apenas para utente. Penso que esta situação causa, como já referi anteriormente, um grave desequilíbrio entre as partes, já que a parte mais fraca da relação é a única que fica sujeita a uma penalização (normalmente exagerada) em caso de incumprimento, sendo que se o profissional incumprir não lhe é exigido qualquer montante a título de cláusula penal. Estando o profissional também vinculado ao período de fidelização enquanto período de tempo contratual mínimo, é obrigado a manter as condições previstas no contrato por esse tempo, se não o fizer estará a incumprir.

Temos que qualquer alteração relativamente ao contratado por parte do profissional dá ao utente o direito de o resolver, nos termos do artigo 801º, nº2 do Código Civil. Diz-nos este artigo que “tendo por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro¹²⁷”.

Tratando-se de uma alteração no serviço, a resolução do contrato pode afigurar-se como a única solução do utente. No entanto, quando se tratar da alteração de preços, é possível ao utente, em alternativa à resolução, exigir o cumprimento do contrato judicialmente, segundo o artigo 817º do Código Civil: “Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor de exigir judicialmente o seu cumprimento [...]”.

¹²⁷ Nos contratos de prestação de serviços, a restituição da prestação por inteiro refere-se apenas ao meses pagos antecipadamente, ou seja, meses que já foram pagos mas ainda não chegaram. Por exemplo, se um utente ao se inscrever no ginásio pagar de imediato as 12 mensalidades e o profissional alterar o contrato levando o utente a pedir resolução do mesmo, devem as mensalidades referentes aos meses que ainda não foram usufruídos ser devolvidas ao utente.

Significa isto que estando em causa uma alteração de preços, o cumprimento coercivo pode ser possível; tratando-se de um incumprimento relativamente ao serviço, pode não o ser, pois o mesmo pode-se dever a uma impossibilidade de prestação, já que a própria empresa pode ter deixado de dispor desse mesmo serviço, canal ou aula, tornando-se mais difícil exigir o seu cumprimento.

Adicionalmente, é necessário ter em conta que se o incumprimento criar um prejuízo para o utente e este o conseguir provar, deverá ser indemnizado nos termos gerais da responsabilidade contratual¹²⁸, de acordo com o já referido artigo 801º e com o artigo 798º do Código Civil: “O devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”¹²⁹.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de setembro de 2010, Processo nº 254524/09.6YIPRT.L1-7 (Dina Monteiro), a apelada, neste caso, empresa utente, resolve o contrato baseando-se num incumprimento contratual por conta do prestador de serviços.

As partes tinham celebrado um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, tendo sido cedidos ao utente vários telemóveis “topo de gama” a um preço simbólico de €20, tal como desconto de 30% em serviços em contrapartida da permanência do cliente na empresa durante o período de fidelização.

¹²⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, Manual de Direito do Consumo, 2014, p. 107.

¹²⁹ Refere LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2003, p. 350, que “desta norma resulta uma clara equiparação dos pressupostos da responsabilidade obrigacional aos pressupostos da responsabilidade delitual, uma vez que também aqui se estabelece uma referencia a um facto voluntário do devedor (“o devedor que”), cuja ilicitude resulta do não cumprimento da obrigação (“falta (...) ao cumprimento da obrigação”), exigindo-se da mesma forma a culpa (“culposamente”), o dano (“torna-se responsável pelos prejuízos”) e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (“que causa ao credor”).

O incumprimento dado como fundamento para a resolução do contrato era a constante presença de erros de faturação, a alteração dos preços contratados e a suspensão do serviço sempre que o utente se recusava a pagar os preços que erradamente estavam a ser cobrados. De facto, qualquer um dos motivos apresentados seria suficiente para a resolução do contrato.

No âmbito deste contrato estava também prevista uma “estipulação antecipada do montante devido pelo devedor em caso de incumprimento desse mesmo contrato [...]”, isto é, uma cláusula penal. O tribunal entendeu que se tratava de uma cláusula penal com função sancionatória já que visava “incentivar o devedor a cumprir sob pena de, não o fazendo, ter de proceder ao pagamento de uma indemnização que é, na prática superior ao dano previsível.” Referiu-se também que o fornecedor pretendia com a cláusula “garantir um benefício ou valor equivalente àquele que receberia como cumprimento do contrato e não reparar os danos causados com o incumprimento”.

Na verdade, estava previsto como cláusula penal o pagamento de um valor de €500 por cada telemóvel e adicionalmente o valor de €5.436,60 pelo serviço de telecomunicações, tendo o prestador de serviços alegado que este valor incluía tanto o valor que teria obtido se o contrato tivesse sido cumprido até ao fim do período de fidelização, tal como os descontos no serviço oferecidos à empresa utente e ainda o preço dos telemóveis que estavam associados ao contrato e tinham sido “cedidos” a preços simbólicos.

Ora, apesar de não se ter julgado sobre a desproporcionalidade da cláusula penal, esta apresenta um valor superior ao que seria previsto simplesmente para eliminar os danos. É exigido ao utente não só o valor dos descontos, mas o valor do serviço que seria prestado caso o contrato se mantivesse, ou seja, um serviço que não irá de facto ser prestado. Embora, o valor do prejuízo só se possa realmente verificar após o acontecimento que dá

origem aos danos¹³⁰, exigir o valor dos descontos e adicionalmente o preço do serviço como se este estivesse a ser prestado é desproporcional. O valor dos descontos, é, a meu ver, o único prejuízo que poderá ser causado ao profissional dado que é o único valor investido que não terá retorno. Uma vez devolvido ao prestador do serviço o valor de que o utente beneficiou, o dano deixa de existir. O valor exigido pelos meses de serviço em que o mesmo não será prestado é excessivo já que não corresponde a uma tentativa do prestador de se ressarcir dos prejuízos, mas sim, como é referido no acórdão, de obter um “benefício” o que entendo ser desproporcional nos termos do artigo 19º c) do Decreto-Lei 446/85.

Provou-se, então, que houve um incumprimento por parte do fornecedor do serviço e que a utente tinha direito à resolução do contrato, tendo sido decidido que a “cláusula de fidelização apenas pode atuar quando o cliente deixa de cumprir, ficando a operadora numa situação desfavorável”, o que não se verificava neste caso. Mesmo que a cláusula penal fosse proporcional, sendo a resolução imputável ao prestador do serviço, a mesma não poderia ser cobrada. Com efeito, tratando-se de uma falta de cumprimento do fornecedor do serviço, a obrigação do utente em continuar a pagar o preço durante o período estipulado seria um benefício despropositado e desproporcional para o primeiro. Quando o fornecedor é responsável pela resolução do contrato, o utente não deve continuar a efetuar as suas prestações.

Como solução apresentada no acórdão, a utente teria apenas que devolver os equipamentos adquiridos por meio deste negócio, não ficando obrigada a pagar qualquer montante pela desvinculação do contrato. Quanto ao não pagamento de qualquer montante estou de acordo. No entanto, o facto de a utente ter de devolver os equipamentos suscita-me dúvidas.

¹³⁰ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 418.

Está aqui em causa o pagamento dos telemóveis. Quando celebraram o contrato a utente pagou uma parte do preço dos telemóveis, embora “simbólica”. Ora, quem incumprir o contrato é o fornecedor do serviço e da mesma forma que o utente não pode ser penalizado continuando a pagar as mensalidades do serviço, não poderia também, na minha ótica, ser penalizado na perda dos telemóveis que já tinham sido, em certa parte, pagos. Propria, então, que a empresa fornecedora do serviço devolvesse ao utente o valor dos telemóveis que já tinha sido pago, uma vez que o cliente não poderá ficar com os equipamentos. Em alternativa, poderia ser cobrado ao utente o valor remanescente do preço dos telemóveis se este pretendesse ficar com eles.

6.1.2. Incumprimento contratual pelo utente e resolução pelo profissional

O incumprimento do contrato pelo utente reporta-se, normalmente, à falta de pagamento das mensalidades. Esta é a sua obrigação principal.

Os efeitos do incumprimento do contrato pelo utente assemelham-se, em quase tudo, aos efeitos do incumprimento contratual por parte do profissional. Temos, assim, o direito de o profissional exigir o cumprimento da obrigação coercivamente, ou seja, por via judicial, nos termos do artigo 817º do Código Civil. Igualmente, pode o profissional, tal como no caso do utente, optar por resolver o contrato com base nesse mesmo incumprimento e de acordo com o artigo 801º nº2 do Código Civil.

Há, no entanto, na prática, uma grande diferença entre os efeitos do incumprimento contratual pelo profissional e pelo utente. Enquanto o utente dispõe da alternativa entre exigir o cumprimento ou resolver o contrato e, apenas no caso de provar que há danos a ressarcir, pedir uma indemnização, o profissional pode resolver o contrato e ainda assim receber a prestação a que o

utente estava obrigado. Isto acontece sempre que a cláusula penal preveja que o montante a pagar são as mensalidades vincendas, ou seja, o valor que o profissional receberia se o contrato continuasse a ser cumprido e estivesse efetivamente a prestar o seu serviço. O valor a pagar em caso de incumprimento previsto nesta cláusula faz com que, na realidade, o profissional obtenha a resolução e o cumprimento da prestação da outra parte, ficando dispensado de prestar a sua. Esta situação acaba por tornar o incumprimento do utente mais vantajoso para o profissional do que a própria manutenção do contrato.

Com efeito, o prestador do serviço está dispensado de provar qualquer dano, bastando que o utente incumpra o contrato para que ele possa receber o montante previsto. Isto significa, mais uma vez, um grande desequilíbrio entre as partes: o profissional, independentemente de provar prejuízos, recebe uma compensação pelo incumprimento; o utente terá de conseguir provar que lhe foi causado um dano para poder ser ressarcido, não bastando o incumprimento do profissional.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de maio de 2010, Processo nº 4294/06.0YXLSB.L1-2 (Neto Neves) decidiu sobre o que é devido pelo aderente quando a ele é imputável a resolução do contrato.

Neste caso estava em causa um contrato de prestação de serviços de telecomunicações móveis que a empresa utente contratava para vários números telefónicos um serviço de comunicações com uma mensalidade fixa durante o período de 24 meses, sendo que a empresa prestadora do serviço lhe cedia, em contrapartida e “praticamente sem custos” os vários telemóveis.

Sucedeu que a empresa utente deixou, a certa altura, de pagar as faturas a que estava obrigada, incumprindo assim a sua prestação. Deste modo, após tentativa por parte da empresa fornecedora do serviço de cobrança do valor em

dívida, a mesma procedeu à resolução do contrato, enviando para tal, uma fatura a título de “indenização por incumprimento contratual”. O valor em questão, e que também não foi pago pela utente, correspondia à “quantia equivalente ao valor das taxas relativas a 24 meses de utilização dos telemóveis deduzidos das já pagas acrescido do valor do equipamento”, acrescentando-se que eram desde logo dados “como garantia de pagamento desta e do cumprimento integral do acordo de adesão”, os telemóveis, ficando o fornecedor do serviço como fiel depositários destes, podendo inibir a sua utilização pela utente enquanto esta não cumprisse a sua obrigação.

A utente pediu ao tribunal que se considerasse esta cláusula penal nula por ser desproporcional aos danos a ressarcir nos termos do artigo 19º c) do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

O tribunal entendeu que havendo um incumprimento pelo aderente que conduziu à quebra do período de fidelização e conseqüentemente à resolução do contrato, a exigência das mensalidades vincendas pelo fornecedor não era excessiva ou desproporcionada, dado que este valor já estava pré-estabelecido como o aquele que o fornecedor iria obter, quer houvesse ou não prestação e utilização do serviço. Este montante era devido por ser “tão só o esperado ganho que a prestadora espera ter do acordo celebrado com acordo de permanência”. Adicionalmente refere o tribunal que foram fornecidos à utente telemóveis e tarifários a preços mais baixos, o que apenas sucedeu devido à sua vinculação ao período de fidelização, não havendo por isso qualquer desproporção nos termos do artigo mencionado.

Ora, é certo que a utente obteve vários benefícios em contrapartida da sua vinculação ao contrato por determinado período de tempo, e, é certo também, que a mesma falhou no cumprimento das suas obrigações. No entanto, não penso que esses dois factores influenciem a validade da cláusula. Cláusulas que obriguem o aderente a pagar serviços que não serão prestados

são, em princípio, desproporcionais aos danos a ressarcir, pois estar-se-á, regra geral, a cobrar para além do valor em dívida.

Naturalmente, não será de esperar que a empresa fornecedora tenha que abarcar com o prejuízo, pois tal seria também desproporcional, dado que uma das partes ficaria com todos os benefícios. Sugiro a solução apresentada já anteriormente e ao longo do trabalho: cobrar à utente o valor dos benefícios já oferecidos. Isto é, somar-se-ia o valor dos descontos oferecidos nos tarifários durante os meses em que o mesmo foi usado e valor dos descontos em equipamentos. Todo o investimento tido pelo fornecedor para vincular a utente ao período de fidelização ser-lhe-ia devolvido, impedindo assim que lhe fossem causados quaisquer prejuízos, pois tudo se passaria como se os preços inteiros (sem desconto) tivessem sido pagos desde início.

Todavia, em casos excepcionais, pode acontecer que o custo das mensalidades vincendas seja menor que o da devolução dos benefícios e, nessas situações, esse deverá ser o preço pago, já que essa hipótese também eliminaria quaisquer danos que pudessem ser causados ao fornecedor. Deve assim ser paga a quantia mais baixa passível de eliminar danos, seja ela a devolução do valor dos benefícios oferecidos, seja o valor das mensalidades vincendas.

Neste caso específico não é possível determinar qual o valor mais baixo, se o total dos benefícios oferecidos, se as restantes mensalidades vincendas, pois não são apresentados todos os valores necessários para o cálculo. Se as mensalidades vincendas forem o valor mais alto entre os dois, a cláusula será desproporcional aos danos a ressarcir¹³¹.

¹³¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 109 afirma que: “Quanto às consequências do incumprimento da cláusula de fidelização -quando esta seja válida- pelo consumidor, o valor a pagar por este nunca poderá exceder o das prestações em falta até ao final do período definido no contrato”.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2011, processo nº 1410/08.0TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras), trata de uma questão semelhante: o fornecedor de serviços de telecomunicações propôs a ação contra o utente devido à falta de pagamento das mensalidades, levando, assim, o primeiro a resolver o contrato e a exigir o montante previsto na cláusula penal. No entanto, este caso não é analisado à luz do Decreto-Lei nº446/85, já que, aparentemente, não estará em causa um contrato de adesão.

Neste acórdão, a cláusula de fidelização é referida como sendo, para o utente, “um vínculo autónomo de manter vivo o contrato” e uma cláusula de “exclusão da faculdade extintiva do negócio”. A meu ver, isto significaria que a obrigação de manter o contrato é apenas do utente. Contudo, se os descontos são dados em contrapartida do período de fidelização, só se pode concluir que há uma troca de vantagens, ambas as partes obtêm benefícios: uma consegue preços mais baixos e a outra consegue garantir clientela durante determinado período de tempo. Se ambas as partes obtêm vantagens, ambas as partes devem, se incumprirem, ser penalizadas da mesma forma, ou seja, perdendo a contrapartida de que beneficiaram. Assim, se o utente incumprir deverá ser retirado o valor dos benefícios oferecidos¹³², e se o fornecedor incumprir perderá a vinculação do cliente durante o período estabelecido. Não se vê razão para uma penalização acrescida, principalmente quando esta impende apenas sobre uma das partes.

Apesar de ter havido uma apreciação no sentido de que esta cláusula apenas se aplicava ao utente, decidiu-se que este teria de pagar o montante previsto a título de cláusula penal (as mensalidades vincendas) uma vez que a mesma tinha sido previamente “ajustada” dentro do domínio da autonomia privada e liberdade contratual das partes, o que significava que as partes quiseram criar aqueles efeitos jurídicos.

¹³² Se valor menor não for passível de ressarcir o credor.

A cláusula penal foi aqui entendida como uma cláusula penal indemnizatória já que o tribunal entendeu que cumpre apenas a funcionalidade de ressarcir o credor pelo prejuízo causado pelo incumprimento do devedor (artigos 798º e 799º do Código Civil).

Novamente, considero que haja um grande desequilíbrio entre as prestações, mesmo não estando no domínio das Cláusulas Contratuais Gerais: a cláusula penal foi apenas instituída para uma das partes, a parte que apesar de não ser um particular, será a parte mais frágil desta relação negocial e o montante exigido diz respeito a serviços que não serão prestados¹³³.

6.2. Denúncia do contrato

A denúncia do contrato é uma forma de cessação dos contratos de execução duradoura sem prazo e acontece quando uma parte comunica à outra que pretende pôr termo ao contrato¹³⁴.

Nestes casos, em que existe um compromisso de permanência, a denúncia traduz-se num incumprimento da obrigação, correspondendo “ao exercício de um direito potestativo a que a contraparte não se pode opor eficazmente¹³⁵”. Quando há uma denúncia, o incumprimento contratual refere-se exclusivamente à falta de cumprimento da cláusula de fidelização. É, tal como a resolução, um ato unilateral, apesar de não ter fundamento num incumprimento da outra parte.

¹³³ Mais uma vez seria necessário comparar os montantes que correspondem à devolução dos benefícios e as mensalidades vincendas. O que considero excessivo não é o valor em si (já que este até pode ser menor que o dos benefícios), mas o facto de se considerar aceitável, à partida, o pagamento de um serviço que não irá ser prestado, penalidade que apenas recai sobre uma das partes.

¹³⁴ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 329.

¹³⁵ FILIPE VAZ PINTO, “Os Limites à Liberdade de Estipulação em Matéria de Denúncia”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 39 – Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas, 2007, p. 53.

6.2.1. Denúncia do contrato pelo profissional

Relativamente à denúncia do contrato pelo profissional, esta apresenta-se como uma realidade quase impossível. O principal objetivo do profissional é o lucro, sendo que este último só se torna possível quando o profissional contrata com vários clientes. Assim, quanto mais contratos o profissional conseguir manter, maior será o seu lucro. A denúncia, sendo um modo de cessar o contrato que não é motivado por qualquer incumprimento, dificilmente fará parte das decisões do profissional, até porque o próprio período de fidelização é, por regra, imposto pelo profissional com o objetivo de não permitir (ou adiar) a denúncia do utente durante esse tempo.

Ainda assim, a denúncia pelo profissional é possível e terá, as mesmas consequências que o simples incumprimento que já tratámos, nos termos dos artigos 798º, 801º e 817º, cabendo, assim, ao utente o direito de exigir, se for possível, o cumprimento coercivo ou, caso não o seja, uma indemnização pelos danos causados se os conseguir provar. O utente nesta situação também não terá que pagar qualquer penalização pelo termo do contrato antes do fim do período mínimo acordado.

6.2.2. Denúncia do contrato pelo utente

Tal como em todos os contratos, pode suceder que, a qualquer momento, o utente pretenda desvincular-se do mesmo, ainda que tenha sido estabelecido um período de fidelização no contrato. Não está em causa, qualquer acontecimento imprevisível que torne impossível o recebimento do serviço pelo utente¹³⁶. Falo, sim, de situações em que por própria decisão do utente, o mesmo já não pretenda manter o contrato com o profissional e procede à denúncia do contrato.

¹³⁶ Este aspeto é tratado no ponto 6.3.

Como já retratei, qualquer atuação de uma das partes que não respeite e cumpra o período de fidelização, estará a incumprir o contrato. Quando há uma denúncia do contrato, o utente falta culposamente ao cumprimento da obrigação e torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor, neste caso o profissional.

Tal como foi referido anteriormente neste trabalho, amiúde, a cláusula de fidelização prevê o montante a ser pago pelo utente se este denunciar o contrato antes do período contratual mínimo.

No acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de junho de 2014, processo nº 28496/12.0YIPRT.P1 (Pedro Lima Costa), surgiu uma nova abordagem a esta questão, não se tendo recorrido ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Tratava-se de um contrato de prestação de serviços de telecomunicações a uma empresa (utente) iniciado a 7 de agosto de 2008 cujo período mínimo de vigência estava estabelecido até ao dia 29 de dezembro de 2011¹³⁷. No caso concreto, o fornecedor não oferecia qualquer contrapartida à utente pela sua vinculação durante o período de fidelização. Ainda assim estava estabelecida uma cláusula penal que previa que em caso de não cumprimento do contrato, a utente teria de pagar “as mensalidades em falta”.

A utente portou os seus números para outra operadora em agosto de 2011, fazendo, assim, cessar o primeiro contrato.

¹³⁷ O prazo estabelecido para a duração do contrato era de 3 anos e 4 meses, o que contraria o art. 4º do DL 56/2010 que dispõe que o prazo máximo do período de fidelização deverá ser no máximo de 24 meses. No entanto, o contrato foi celebrado em 2008, antes da publicação do diploma, e assim, nos termos do art. 9º nº 2, o mesmo só se aplica a contratos celebrados após a sua entrada em vigor.

A nova abordagem surge na medida em que, no âmbito do período de fidelização, é aplicado o Decreto-Lei 56/2010. Este diploma diz respeito às comunicações eletrónicas, promovendo os direitos dos “utilizadores”¹³⁸, impondo limites aos valores que os prestadores de serviço podem cobrar pela resolução do contrato no período de fidelização e pelo desbloqueamento de telemóveis.

O tribunal entendeu que este diploma não se aplicava apenas aos casos em que há desbloqueamento de equipamentos, mas a todos em que o utente se encontra vinculado a um período de fidelização. Decidiu, concordando com a sentença anterior, que apenas seria possível estabelecer uma cláusula penal quando houvesse fornecimento de equipamentos a preços mais baixos do que os normalmente praticados. Assim, não tendo havido qualquer desconto em equipamentos, concluiu-se que o artigo 2º nº 2 e nº 3 impedia o operador de cobrar qualquer valor pela “resolução [...] operada pelo utente durante o período de fidelização”. Deste modo, os montantes exigidos pela empresa fornecedora do serviço a título de cláusula penal que representavam as mensalidades vincendas não eram devidos.

Concordo, em parte, com a sentença do tribunal. Com efeito, não havendo qualquer contrapartida dada ao utente, não vejo razão para se cobrar uma penalização pela denúncia do contrato.

Todavia, há situações em que pode haver um desconto em serviço e não em equipamentos. O preço do tarifário pode sofrer uma redução mesmo que o preço dos telemóveis não tenha qualquer desconto. Nestes casos, apesar de concordar que não deve ser cobrada nenhuma penalização ao utente pela denúncia do contrato antes do período de fidelização, penso que o valor do benefício oferecido deve ser devolvido, pois este apenas foi dado em

¹³⁸ Como refere o acórdão, a expressão “utilizadores” demonstra que a aplicação deste diploma não se restringe apenas a relações de consumo na acepção prevista na Lei de Defesa do Consumidor, mas a todos os contraentes parte num contrato de prestação de serviços de telecomunicações.

contrapartida da vinculação do utente durante determinado período. Há um investimento do prestador que, mesmo sendo o contraente mais forte, não deve ficar desprotegido. Julgo que deste modo estar-se-ia, de certo modo, a beneficiar um incumprimento do utente, que tendo contratado naquelas condições para obter uma certa vantagem, desvincula-se quando pretende sem qualquer custo, obtendo apenas os benefícios, enquanto o profissional corre o risco de sofrer prejuízos.

Concluo, novamente, que a solução mais acertada e equitativa será a devolução do benefício oferecido. Esta solução permite impedir o fornecedor de sofrer danos, impedir que o utente se aproveite do contrato para obter benefícios com o seu incumprimento, mas também impedir este sofra penalizações excessivas.

6.3. Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

Nos dias de hoje, a precariedade faz parte das nossas vidas. Quer em termos pessoais, quer, principalmente, a nível profissional. Longe vai o tempo em que cedo se afigurava o que seria do resto da nossa vida. O primeiro emprego possivelmente seria o emprego de toda a vida e a nossa morada, dificilmente, algum dia, se alteraria. A facilidade de mobilidade de que dispomos aliada aos tempos críticos que se vivem tornam incertos os nossos futuros.

Neste sentido, muitas vezes sucede que o utente, durante a vigência do contrato, decide ou, de algum modo, se vê obrigado, a alterar sua morada. Por vezes, trata-se de uma simples mudança de residência, dentro da mesma cidade por exemplo, outras passará pela emigração. Quando isto acontece, o utente encontra-se, grande parte das vezes, vinculado a um contrato com período de

fidelização. Pode-se até dizer que é, de facto, quase impossível, nos dias de hoje, uma pessoa não se encontrar vinculada a um período contratual mínimo. Todos os serviços (até os essenciais) podem ser alvo de um período de fidelização.

Como consequência, o utente não poderá mais usufruir dos serviços contratados apesar de continuar vinculado ao contrato por determinado período de tempo. É compreensível que se torne muito oneroso para o utente continuar as suas prestações em relação ao primeiro contrato, sendo que, provavelmente, na nova residência, necessitará de contratar com um novo prestador de serviços para satisfazer essa mesma necessidade. É, portanto, importante averiguar se o mesmo poderá pôr fim ao contrato de modo a que não saia lesado.

O artigo 437º e seguintes do Código Civil tratam da resolução ou modificação do contrato quando haja uma alteração das circunstâncias.

Dispõe o primeiro artigo, no nº1, assim: “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos do próprio contrato”. Mais uma vez, o recurso a conceitos indeterminados dificulta a interpretação da norma. Não se sabe o exato significado de “circunstâncias”, “alteração anormal”, “gravemente” ou “boa fé”, pelo que a sua interpretação e aplicação terá que ser contextual e ter em conta o caso concreto¹³⁹.

¹³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, 1987, p. 65; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no *Código Civil Anotado*, Vol. I, 1987, p. 413, referem que “a resolução ou modificação do contrato é admitida em termos propositadamente genéricos, para que, em cada caso, o tribunal, atendendo à boa fé, e à base do negócio, possa conceder ou não a resolução ou modificação”.

Primeiramente, devo dizer que para a aplicação deste regime, a alteração das circunstâncias deve ocorrer após a celebração do contrato. O contrato celebrado é válido, não sofrendo de qualquer vício. No entanto, após a sua celebração, as “circunstâncias” que levaram à contratação alteraram-se de tal modo que se torna gravoso demais para uma das partes a manutenção¹⁴⁰ do mesmo. É preciso que se preencham alguns requisitos para poder recorrer a este mecanismo. Analiso os aspetos a ter em conta.

As “circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar” são todas as condições envolventes que, naquele momento, determinaram a decisão de contratar das partes, sendo que, se a conjuntura fosse diferente, as partes não o teriam feito¹⁴¹. Esta conjuntura, que levou à contratação, deve ter afetado igualmente ambas as partes, de modo a que se possa assegurar que se trata de circunstâncias objetivas e não subjetivas¹⁴². A principal circunstância no caso de uma prestação de serviços que leva ambas as partes a contratar é a possibilidade do profissional prestar o serviço e do utente de o receber (e usufruir).

Ora vejamos: um utente, quando pretende contratar um serviço de internet para sua casa, irá contratar com uma empresa que tenha possibilidades técnicas de oferecer o serviço na sua residência. Se uma empresa afirmar não ser possível a prestação do serviço em tal local, não estarão reunidas as circunstâncias para que se celebre o contrato. O mesmo se passa se um profissional apresenta a um transeunte o novo pacote de internet e televisão da sua empresa que está disponível em todo o território nacional. Se o utente não

¹⁴⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 347, opta também por esta expressão (“manutenção do contrato” em detrimento da “exigência das obrigações”) sobretudo porque “a alusão a obrigações assumidas pela parte lesada põe em foco apenas um aspeto do conteúdo do contrato, quando o que importa é o contrato na plenitude da sua extensão”.

¹⁴¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 343 e 344.

¹⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, 1987, p. 65 e 66. Nas palavras do autor: “A alteração diz respeito ao circunstancialismo que rodeia o contrato, objetivamente tomado como tal, isto é, como encontro de duas vontades [...] deve haver uma afetação do próprio contrato e, nessa medida, ambos os celebrantes ficarem implicados”.

tiver uma residência em Portugal, apesar de ser possível a prestação do serviço, não será o seu recebimento, não estando por isso reunidas as circunstâncias que levaram as partes a contratar.

Pode-se pensar que a impossibilidade de o utente receber a prestação (ou do profissional de a realizar) não se configura como uma circunstância que afete ambas as partes e é, por isso, um aspeto subjetivo e não objetivo como obriga este requisito. No entanto, o facto de o utente (ou profissional) não poder receber (ou prestar) o serviço afeta ambas as partes na medida em que o profissional (ou utente) também deixará de contratar.

Assim, tem de ser possível ao profissional prestar o serviço e ao utente recebê-lo. Sem estas circunstâncias, as partes não teriam contratado.

A alteração deve ser “anormal”, ou seja, imprevisível¹⁴³. É necessário que o acontecimento que altera as circunstâncias seja algo de que nenhuma das partes estava à espera. É necessário também que a alteração seja “significativa¹⁴⁴”. Esta exigência é razoável já que uma alteração menor que não afete grandemente qualquer uma das partes não será razão suficiente para a resolução ou modificação do contrato. Este requisito é bastante mais difícil de analisar abstratamente, pois a anormalidade e imprevisibilidade difere a cada caso. Situações em que um utente é colocado, a trabalho, em outra cidade; em que um utente emigra (por diversos motivos, incluindo pessoais); ou que é despejado, podem ser consideradas anormais, desde que, no momento em que celebraram o contrato não estivessem minimamente¹⁴⁵ à espera da sua ocorrência.

¹⁴³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987, p. 67.

¹⁴⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 344.

¹⁴⁵ Por minimamente e nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELES, no *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 344, deve-se entender : “[...] realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas [...]; ou de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam alteração

É igualmente imprescindível que exista uma parte lesada. Um dos contratantes deve ser gravemente prejudicado por esta alteração das circunstâncias¹⁴⁶ pois uma alteração que não prejudique seriamente nenhuma das partes não poderá originar a aplicação de um mecanismo de último recurso tal como este¹⁴⁷. Um utente que se vê obrigado a continuar a pagar por um serviço do qual já não poderá usufruir é um utente gravemente prejudicado. Primeiramente porque não irá receber o serviço que paga e, seguidamente, porque terá de contratar um novo serviço para satisfazer as suas necessidades na sua nova residência.

O nº 2 do artigo, impõe, porém, outro requisito: a parte lesada não pode estar em mora no momento em que se verifica a alteração das circunstâncias, não relevando a que surge depois da alteração¹⁴⁸. Deste modo, se o utente se encontrar em mora, perde o direito de resolução ou modificação do contrato.

Uma das partes mais importantes deste artigo, senão a mais importante, é a que se desenvolve em torno da boa-fé. Segundo o artigo 437º, a continuação da manutenção do contrato (ou do cumprimento das obrigações estipuladas) deve causar tão grande prejuízo a uma das partes que se considere que, nesse caso, os princípios da boa fé são seriamente afetados.

Por ser um conceito indeterminado, não se pode fixar um padrão do que seja a boa fé de modo a aplicá-lo a todos os casos. A cada caso, devido às várias condicionantes, caberá uma concretização diferente deste conceito.

significativa, frustadora do seu intento negocial [...] Ou que não passou sequer pela cabeça dos interessados que o *status quo* se modificaria; ou admitiram que tal ocorresse mas em medida irrelevante”. ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 1997, p.329 diz-nos que o artigo 437º “não exige que se trate de acontecimento imprevisível, mas considera necessário que a alteração das coisas fosse imprevisível”.

¹⁴⁶ ABÍLIO NETO, no *Código Civil Anotado*, 1997, p. 330, refere a “necessidade de causalidade entre a perturbação do equilíbrio contratual e o acontecimento imprevisível”.

¹⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987, p. 67.

¹⁴⁸ ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 1997, p. 330.

Contudo, é sabido que a boa fé traduz-se numa “regra de conduta” baseada na honestidade e lealdade que acautela, razoável e equilibradamente, os interesses das partes durante a celebração e execução de negócios jurídicos¹⁴⁹. A concretização da boa fé em cada caso específico vai, assim, ter em conta as circunstâncias nas quais foi fundada a decisão de contratar e que mais tarde foram alteradas; a admissibilidade ou anormalidade da alteração e se a mesma foi inesperada para as partes; e o prejuízo concreto da parte¹⁵⁰.

Nos casos em que o utente apesar de já não poder receber o serviço por ter mudado de residência, continua a pagar as suas prestações, o seu prejuízo é, na minha opinião, de tal modo grave que afeta os princípios da boa fé¹⁵¹. O princípio da boa fé pretende assegurar que as prestações das partes estejam em equilíbrio, não sendo “imposta uma desvantagem desproporcionada que favoreça a contraparte¹⁵²”. Há, pela manutenção do contrato, um enorme desequilíbrio entre o prejuízo causado ao utente, que terá de pagar dois serviços, o primeiro na morada antiga e o segundo na morada atual, e os lucros auferidos pelo profissional, à custa desse mesmo prejuízo.

Talvez não seja totalmente incorreto pensar que caso se resolva o contrato, o profissional terá também prejuízos, na medida em que o investimento inicial retratado em descontos pode não ter retorno. No entanto, apesar de ser possível a ocorrência de danos (mínimos) na esfera do fornecedor de serviços, a verdade é que as grandes empresas têm esse risco em conta quando celebram contratos e, por isso, esse mesmo risco já se encontra incluído no preço. Para além disso, o poder económico do fornecedor de serviços é

¹⁴⁹ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1998, p. 124.

¹⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987, p. 67 e 68.

¹⁵¹ Em sentido diverso, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2014, p. 109: “[...] a alteração de residência do consumidor, nos casos em que impeçam a prestação do serviço pelo profissional, não são incompatíveis com a manutenção do contrato, pelo que o consumidor não incumpra a cláusula de fidelização, podendo (e devendo) continuar a cumprir periodicamente a sua prestação”.

¹⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2015, Processo nº 876/12.9TBBNV-A.L1.S1 (Fonseca Ramos)

muito superior ao do utente. Enquanto um prejuízo de algumas dezenas ou centenas de euros fará uma grande diferença no património do utente, para o fornecedor tal será muito mais suportável, não só pelo motivo anteriormente mencionado, mas também porque facilmente contratará com vários novos utentes.

Assim, à luz do princípio da equidade e do equilíbrio, esta será a solução mais justa para ambas as partes, pois nenhuma ficará muito mais prejudicada em relação à outra que continuaria a obter todas as vantagens do negócio jurídico. A desvantagem do utente perante a manutenção do contrato seria maior que a desvantagem do profissional perante a sua resolução.

Por último, e porventura a questão que mais dúvidas suscita, é o facto de ser necessário que a exigência das obrigações assumidas não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Esta questão revela-se a mais incerta na medida em que se torna muito difícil saber que situações se podem incluir dentro do próprio risco do contrato.

Todos os contratos acarretam incertezas e riscos, principalmente no momento da celebração. A álea “num contrato, é a incerteza, no momento da celebração dele, quanto à verificação de um acontecimento futuro e independente da vontade das partes, de que fica dependente a existência ou valor de uma das prestações¹⁵³”. Esta incerteza (cada contrato implicará as suas), por ser inerente ao contrato, faz parte dos próprios riscos do contrato, é algo de que as partes já estão à espera, ou pelo menos sabem que a sua ocorrência é possível. Deste modo, qualquer alteração que advenha deste contexto, por ser uma alteração normal, é excluída do âmbito de aplicação do artigo 437º cuja natureza é supletiva¹⁵⁴.

¹⁵³ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 1988, p. 59.

¹⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987, p. 69.

Quando há uma referência a riscos próprios do contrato entendo que os mesmos se referem a riscos que tenham uma relação direta com o contrato, como, por exemplo, no caso de um período de fidelização de um contrato de prestação de serviços de telemóvel, o surgimento de um novo modelo, com funcionalidades únicas e exclusivo à empresa concorrente. Neste caso, o utente não poderia pedir a resolução do contrato com base no artigo 437º, pois a alteração das circunstâncias faz parte dos riscos próprios do contrato. Quando se adquire um telemóvel, sabe-se que surgirão, em breve, novos modelos, melhores e mais desenvolvidos que o modelo adquirido. Mesmo não tendo a certeza se os mesmos nos irão agradar, sabemos que essa é uma possibilidade.

O mesmo se aplicaria no caso de uma fidelização de um contrato de prestação de serviços de televisão na morada do utente. O utente não poderia pedir a resolução do contrato por, subitamente, surgir um novo aparelho que tem as mesmas funções, ou por surgir uma empresa com preços bastante mais vantajosos e com canais exclusivos.

O exemplo do ginásio terá as mesmas consequências. Se surgir uma nova modalidade ou um novo ginásio que o utente considere mais vantajoso, não pode resolver o contrato com base nesta fundamentação, pois estas situações fazem parte dos riscos próprios do contrato.

Nesse sentido, penso que a alteração de morada do utente não é um risco próprio do contrato porque não tem relação direta com o mesmo. A alteração da morada é uma consequência de um qualquer acontecimento na vida do utente, quer o serviço seja prestado na residência do utente ou não (como é o caso do serviço de telemóvel ou inscrição num ginásio). O lugar onde o utente reside em nada se relaciona com os riscos próprios do contrato, mesmo que estes sejam aí prestados.

Não faria sentido que um contrato com um ginásio pudesse ser resolvido devido à necessidade de emigrar do utente (como muitos ginásios preveem nas suas condições, embora tal retire o caráter de imprevisibilidade dessa circunstância¹⁵⁵ no momento de contratar) e no contrato de prestação de telecomunicações, só porque o serviço é prestado na própria residência do utente, já não o fosse possível fazer.

Naturalmente, caso o utente estivesse, por exemplo, em negociações para vender a sua casa e ainda assim contratasse com o profissional um serviço que previsse período contratual mínimo, sabendo que não o iria cumprir, não poderia invocar este mecanismo. Primeiramente, não estaria de boa fé, e, em segundo lugar, a alteração das circunstâncias não seria anormal nem inesperada, pelo contrário, seria uma situação planeada e expectável.

Para além disto, há que ter em conta um limite temporal¹⁵⁶ para aplicação do regime. Mesmo que todos os requisitos constantes do artigo 437º estejam preenchidos, não é certo que haja lugar a uma resolução ou modificação de um contrato celebrado e já devidamente cumprido. Este limite não é rígido. Esta regra está sempre dependente da análise da boa fé, mas acaba por ser fulcral na aplicação deste mecanismo. Para que se possa admitir o recurso à resolução por alteração das circunstâncias, é necessário (à partida) que o contrato esteja em vigor, ou seja, que o processo contratual ainda não esteja encerrado ou que se trate de um contrato de execução continuada¹⁵⁷, tal como se verifica na prestação de serviços de telecomunicações ou de utilização de espaços desportivos.

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de maio de 2012, Processo nº3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)

¹⁵⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987. p. 70.

¹⁵⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 345.

Quando e se todos estes se requisitos se confirmarem, o utente tem direito à resolução ou modificação do contrato. Cabe à parte que sairia lesada pela manutenção do contrato optar por um destes direitos¹⁵⁸. Optando o utente pela resolução do contrato, o profissional, caso não concorde, pode-se opor e pedir a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Caberá então ao juiz decidir tendo em conta as circunstâncias do caso específico. No entanto, não pode o tribunal “substituir-se” ao profissional, decretando a modificação do contrato, quando o utente tiver pedido a sua resolução¹⁵⁹.

A jurisprudência tende a restringir a aplicação deste mecanismo, aceitando apenas situações flagrantes. Aceita-se assim, por exemplo, que haja uma alteração anormal das circunstâncias quando esteja em causa uma alteração da legislação que estava em vigor aquando da celebração do contrato, quando se modifique de maneira inesperada o sistema económico vigente ou aquando de um acontecimento político¹⁶⁰. Isto porque “essas situações são aquelas sobre as quais as partes não construíram quaisquer representações mentais (não pensaram nelas, pura e simplesmente) [...]”¹⁶¹.

Contrariamente ao meu ponto de vista, temos o já referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de maio de 2012, Processo nº 3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra) que parece¹⁶² defender

¹⁵⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987, p. 70. O autor explica que, por um lado, caso as partes não consigam chegar a acordo quanto à resolução extrajudicialmente, a parte lesada tem de intentar uma ação judicial de modo a conseguir exercer o seu direito. A parte contrária pode, no entanto, opor-se à resolução e pedir a modificação do contrato, se achar esta última opção mais justa equitativamente. Por outro lado, caso a alternativa escolhida seja a de modificação do contrato, a mesma terá de ser feita judicialmente, já que os “juízos de equidade” só poderão ser avaliados e aplicados por um juiz.

¹⁵⁹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 1987, p.414.

¹⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de maio de 2014, Processo nº 1097/12.6TBMGR.C1 (Artur Dias)

¹⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de maio de 2014, Processo nº 1097/12.6TBMGR.C1 (Artur Dias)

¹⁶² Digo “parece” porque não há uma verdadeira alteração das circunstâncias, pois as situações (que considero serem verdadeiras alterações anormais das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar) encontravam-se previstas no contrato como razões aceitáveis pelas quais o utente pudesse resolver o contrato, embora ficasse obrigado a pagar uma pena.

ser legítimo o pagamento da cláusula penal em caso de resolução do contrato por alteração das circunstâncias.

A cláusula do contrato em causa previa que se o aderente resolvesse o contrato com o ginásio dentro do período de fidelização devido a alguma das circunstâncias previstas, algumas das quais, a meu ver, são situações que se enquadram no artigo 437º do Código Civil, teria de pagar o montante estabelecido na cláusula de fidelização.

As situações em que, apesar de se permitir a resolução do contrato, se teria que pagar a pena seriam: “doença grave ou outro motivo que inviabilize a prática de atividade física disponibilizada pelo clube; despedimento involuntário; comprovada transferência de local de trabalho ou residência que torne excessivamente onerosa a deslocação ao clube; eliminação da única modalidade desportiva que o sócio comprovadamente praticava no clube.” Com exceção da última hipótese, considerada, na minha opinião, corretamente, como um incumprimento por parte do profissional, não sendo, por isso, devido ao aderente qualquer valor pela resolução do contrato, não foi considerada como excessiva uma cláusula que previa que nestes casos o aderente teria de pagar uma penalização correspondente a 50% das mensalidades vincendas.

O tribunal considerou que não havia nenhum desequilíbrio dos interesses dos contraentes e que o aderente deveria reparar os danos causados ao profissional já que o incumprimento era a si imputável. Acrescentou ainda que o pagamento de 50% da “quota anual” seria sempre inferior ao prejuízo do profissional. Esta decisão veio alterar a primeira sentença que para mim faz mais sentido. Defendia-se nesta que este valor se reportava ao pagamento de um serviço que não seria prestado. Estou de acordo com esta afirmação. Nem em casos de denúncia considero que se deva pagar qualquer serviço que não irá ser prestado (ressalvando se esse valor for menor que o valor da devolução dos benefícios). Numa situação em que considero haver alteração das

circunstâncias, não compreendo que o aderente possa ser penalizado por isso, pois embora haja um possível prejuízo do profissional, o desequilíbrio que se originaria com o prejuízo do utente seria maior que o desequilíbrio causado pelo prejuízo do profissional.

Na verdade, se se considerar o poder económico do utente relativamente ao do profissional entender-se-á que o pagamento da totalidade (ou metade) mensalidades vincendas (e talvez de um novo serviço que o utente tenha que contratar) será muito mais oneroso para o primeiro do que a perda de um cliente, que facilmente será substituído, para o segundo. Penso que a resolução do contrato sem qualquer pagamento por parte do utente (podendo admitir-se um pré-aviso como no caso da denúncia após período de fidelização) será a solução que melhor se coaduna com o princípio da boa fé.

Em suma, posso concluir que, dependendo dos casos, é possível usar deste mecanismo. Ele atua como forma proteção da parte lesada em situações de imprevisibilidade em que a mesma sofra grave prejuízo, como é o caso da alteração da residência (ou da grave doença).

Exemplifico com uma situação em que o utente altera a sua residência para outro local onde ainda é possível prestar o serviço. Nesta situação, penso que só seria possível a modificação do contrato. Considero apenas a modificação já que esta alternativa será, no caso de ainda ser possível prestar e receber o serviço, a mais equilibrada no que diz respeito aos interesses das partes. Se se admitisse neste caso a resolução, estar-se-ia, na verdade, perante uma denúncia, já que o utente terminaria o contrato apenas por sua vontade e não por impossibilidade de receber o serviço. Neste contexto entendo ser plausível a devolução de benefícios (ou o pagamento das mensalidades vincendas, se tal valor for menor) já que o utente vai-se desvincular do contrato por opção própria e não por uma impossibilidade de receber o serviço. Aceitar a resolução do contrato por alteração das

circunstâncias quando é possível uma modificação do contrato origina uma violação do princípio da boa fé. Assim, alterando o contrato e estabelecendo a nova morada do utente como local da prestação do serviço, não haverá um grave prejuízo para nenhuma das partes: o utente não é obrigado a pagar um serviço do qual não pode usufruir, nem o profissional perde o valor investido.

Não deixa, no entanto, de ser importante realçar que em todos os casos limita-se a aplicação deste regime com o abuso de direito. Mais uma vez, este é um regime cuja aplicação deve ser analisada caso a caso.

Períodos de Fidelização

7. Conclusão

Chego, deste modo, ao fim do meu trabalho.

Com este trabalho pretendi estudar o fenómeno do “período de fidelização”: como este se caracteriza, se manifesta e, principalmente, como este se reflete na vida do utente. Examinei a sua forma mais comum: a cláusula penal. Fiz uma análise também sobre a sua proporcionalidade numa relação negocial que é desde o início desequilibrada.

Concluí que o desequilíbrio existente no âmbito deste tipo de contratos não se resume às relações de consumo. Algumas relações entre profissionais também são alvo de grande disparidade de poder negocial, já que não se pode comparar uma empresa fornecedora de serviços de eletricidade, por exemplo, com uma pequena ou média empresa que contrata este serviço. Apesar de não se tratar de um particular, normalmente o poder de alteração ou negociação da parte mais fraca em relação ao período de fidelização é mínimo (se não for nulo).

O período de fidelização enquanto cláusula penal é, de facto, a sua forma mais comum, sendo raro encontrar contratos em que o período de fidelização esteja previsto sem qualquer consequência.

Verificou-se que muitas vezes é, em contrapartida da vinculação ao período de fidelização, oferecida ao utente alguma vantagem comercial que se traduz em descontos no preço ou ofertas de outra natureza.

De facto, havendo uma oferta de benefícios ao utente é aceitável que esteja estabelecida uma cláusula penal desde que esta seja puramente indemnizatória, ou seja, que vise apenas reparar os danos causados ao profissional, e não sirva de medida compulsória para o cumprimento do

contrato por parte do utente. Para tal, a cláusula deverá estabelecer como montante de indemnização o mínimo possível que seja suficiente para repor as vantagens cedidas ao utente, quer seja a devolução do valor dos benefícios oferecidos, quer seja o valor das mensalidades restantes. Se um valor superior estiver previsto, a cláusula penal não será unicamente indemnizatória mas também compulsória, o que causará um maior desequilíbrio entre as partes, com o qual não concordo.

Quando não seja oferecido qualquer benefício ao utente, não há, em princípio, pela denúncia, qualquer prejuízo causado ao profissional. De facto, o preço do serviço estará a ser totalmente pago, ao longo dos meses, consoante a sua prestação. Se ainda assim estiver prevista uma cláusula penal, a mesma só tem a função pressionar o utente a cumprir o contrato e a sancioná-lo quando não o faz, tornando-se numa cláusula penal compulsória. Nesta situação, não deveria ser possível impor uma cláusula penal, principalmente na medida em que esta terá a única função de proteger os interesses da parte mais forte, tornando-se esta ainda mais beneficiada.

O desequilíbrio da relação acentua-se também devido a não ser possível ter a certeza de que a cláusula tenha sido negociada ou que a outra parte tenha, de livre e ponderada vontade, aceitado a sua inclusão. Sendo uma parte muito mais forte que a outra, tende a haver uma resignação do utente que sabe que não irá obter melhores condições, aceitando, assim, o que lhe é proposto (muitas vezes sem o perceber realmente).

Do mesmo modo, o facto de a cláusula penal impender apenas sobre o incumprimento do utente, ficando o profissional livre de pagar qualquer valor caso não se consiga, mais tarde, provar o prejuízo, intensifica o desequilíbrio entre as partes.

Devido a todos estes factos, defendo que cláusulas penais que apresentem função compulsória não deveriam ser permitidas entre partes com poderes negociais tão diferentes, mesmo tratando-se de dois profissionais.

Por outro lado, a falta de informação parece ser um dos maiores obstáculos à aplicação destes mecanismos de defesa. Grande parte dos utentes desconhece quais os seus direitos quando se depara com situações semelhantes às tratadas neste trabalho. É certo que é do interesse do utente esclarecer-se sobre o tema mas, como se viu , tanto a complexidade da questão como a falta de informação e até a falta de motivação não permitem um completo conhecimento sobre estas cláusulas e sobre a legislação aplicável. Do diploma das Cláusulas Contratuais Gerais, destaca-se a obrigação do profissional de informar e, principalmente, de esclarecer o aderente. Todavia, a responsabilidade não pode caber apenas ao profissional (de informar) e ao utente (de conhecer). No que diz respeito aos consumidores, há um dever de informação, mas principalmente de esclarecimento, que impende sobre o Estado.

A Lei de Defesa do Consumidor, no seu artigo 3º, dispõe os direitos que cabem ao consumidor. Entre a lista podemos encontrar o “direito à formação e à educação para o consumo”, o “direito à informação para o consumo” e o direito à “proteção dos interesses económicos”.

A Constituição da República Portuguesa também prevê a tutela dos direitos do consumidor em vários artigos, revelando que a proteção dos consumidores é um tema importante¹⁶³.

Entendo que a informação e formação dos consumidores é a melhor maneira de garantir a proteção destes. Só estando informados (e formados) é

¹⁶³ ARTUR JENCHEN FILHO, “Os Direitos do Consumidor e a Constituição da República Portuguesa: Aspectos destacados”, in *Revista da ESMESC*, V.13, nº19, 2006, p. 152.

que os consumidores conseguem saber se os seus direitos estão a ser postos em causa. Melhor que qualquer mecanismo de defesa que tente remediar a violação de um direito será sempre a prevenção e esta só será possível se o consumidor (e conseqüentemente qualquer outro utente) estiver apto a identificar atuações passíveis de o prejudicar.

Afigura-se como imprescindível uma maior intervenção e participação do Estado na formação dos consumidores, particularmente quando estes se apresentem mais vulneráveis.

Outra solução possível consiste em atribuir um direito adicional ao utente (e não apenas ao consumidor) em todos os contratos de longa duração, propondo um direito de arrependimento ou “período experimental”¹⁶⁴, que dará ao utente a possibilidade de verificar se o serviço contratado se adequa às suas necessidades e expectativas antes de se vincular a um período de fidelização.

De igual modo, a existência de um controlo preventivo poderá ajudar a diminuir os conflitos entre utentes e profissionais e a maximizar o sentimento de segurança daqueles no mercado. Sugiro um controlo por parte, por exemplo, da Direção Geral do Consumidor, tal como acontece nas cláusulas contratuais gerais dos contratos de mediação imobiliária. Neste contexto e nos termos do artigo 19º do Decreto-Lei 211/2004, de 20 de agosto, os profissionais devem enviar as suas minutas para que as mesmas sejam, caso passem a fase de fiscalização, validadas. Após validação pela entidade competente, o aderente poderá, antes de contratar, verificar na internet se o contrato a que pretende aderir foi ou não aprovado. Caso o profissional não envie o seu contrato para que seja verificado, o contrato será nulo e a nulidade poderá apenas ser invocada pelo aderente. O mesmo poder-se-ia aplicar a todos os contratos de consumo e, em geral, de prestação de serviços de execução duradoura que tenham por base cláusulas contratuais gerais. Será mais difícil, no entanto,

¹⁶⁴ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 521.

aplicar este controlo a contratos de adesão que incluam cláusulas individualizadas já que o tempo associado ao envio, análise, aprovação e publicação seriam demasiado onerosos para ambas as partes.

Apesar de todos os descontos e ofertas conferidos ao utente pela sua vinculação, este só tem real conhecimento do serviço após início da sua prestação e, conseqüentemente, após a sua vinculação. Ora, só aí poderá o utente saber se efetivamente o serviço contratado preenche as suas necessidades ou não, o que me leva a defender que o período contratual mínimo, mesmo sem qualquer cláusula penal associada é, por norma, também excessivo. Pode-se até admitir, de modo a não causar prejuízo a nenhuma parte, que no primeiro mês, a título experimental, o preço seja um pouco mais elevado relativamente aos seguintes que já serão alvo do compromisso de permanência. Assim, após experimentação do serviço, caso o utente esteja satisfeito, vincula-se pelo período estipulado, usufruindo, a partir daí, das regalias associadas, conseguindo-se proteger, nesta medida, os interesses de ambas as partes.

Bibliografia

AFONSO, Isabel

- “Cláusulas Contratuais Gerais” in Estudos de Direito do Consumidor, nº 1, 1999, pp. 465-478

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

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

ASCENÇÃO, José de Oliveira

- “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa fé” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, 2000, pp. 573-595.
- “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil”, abril de 2003, disponível em : <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

CARVALHO, Jorge Morais

- *Manual de Direito do Consumo*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2014

CORDEIRO, António Menezes

- “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1987

CRISTAS, Assunção

- “Registo Nacional de Cláusulas Abusivas”, I Colóquio Internacional das Condições Gerais dos Contratos, Porto, 19 de outubro de 2007 disponível em : https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCgQFjABahUKEwjv1d2bivfHAhWCzRQKHbdmBJM&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FAC_MA_4188.doc&usg=AFQjCNEA4AbcT852fh_hg4DFjm3f1wd8_A&sig2=eR76ZsPnllC7yaBFwWuOLg&cad=rja

DANTAS, Sara Luísa Branco

- “As cláusulas Contratuais Gerais” in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº 4, 2002, p. 273-215

FARRAJOTA, Joana

- “A Exclusão da Exceção de Não Cumprimento no Regime das Cláusulas Contratuais Gerais” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 39 – Cláusulas Contratuais Abusivas, 2007, pp.69-89

FERNANDES, Luís A. Carvalho

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª edição, LEX, Lisboa, 1995

FILHO, Artur Jenchen

- “Os Direitos do Consumidor e a Constituição da República Portuguesa: Aspectos destacados”, in *Revista da ESMESC*, V.13, nº19, 2006, pp. 143-162, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Jenichen.pdf

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin

- “Consumidor e telefonia: breves apontamentos sobre a cláusula de fidelização e o prazo de instalação”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº 61, 2010, pp. 145-162

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2003

LIMA, Pires de

- *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987 (com ANTUNES VARELA)

MONTEIRO, António Pinto

- *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

NASCIMENTO, Luís António Noronha

- “As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 5, 2003, pp. 99-122

NETO, Abílio

- *Código Civil Anotado*, 11ª edição, EDIFORUM, Edições Jurídicas, Lisboa, 1997

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto

- *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, Almedina, Coimbra, 2005

PINTO, Filipe Vaz

- “Os Limites à Liberdade de Estipulação em Matéria de Denúncia” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 39 – Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas, 2007, pp. 45-58

PRATA, Ana

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

- *Dicionário Jurídico*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1998

TELLES, Inocêncio Galvão

- *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição Coimbra Editora, Coimbra, 2002

VARELA, Antunes

- *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987 (com PIRES DE LIMA)

Outras Fontes

Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)

- “O que devo saber sobre períodos de fidelização?” disponível em http://anacom.inbenta.com/consumidores/?channel=graphic&hc=0&s=cat_content&log_id=65,000&content_id=553&match_type=CATEGORY#contentid553

Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)

- “Fidelização, Meios de Pagamento e Indexação de Preço em Mercado Retalhista Eletricista e Gás Natural 2013”, 2014, disponível em http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/relacoescomerciais/Documents/Recomenda%C3%A7%C3%B5es/Relatorio_recomendacao_2_2013.pdf

Instituto de Informação em Franchising

- O Enquadramento Jurídico do Franchising em Portugal, disponível em <http://www.infofranchising.pt/content.aspx?menuid=56&eid=57>

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de maio de 2010, Processo n° 4294/06.0YXLSB.L1-2 (Neto Neves)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de setembro de 2010, Processo n° 254524/09.6YIPRT.L1-7 (Dina Monteiro)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de março de 2011, Processo n° 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Granja da Fonseca)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2011, Processo n° 1410/08.TJLSB.L1-7 (Luís Lameiras)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de maio de 2012, Processo n°3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de novembro de 2012, Processo n° 3058/08.0YXLSB.L1-8 (Rui da Ponte Gomes)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de maio de 2014, Processo n° 1097/12.6TBMGR.C1 (Artur Dias)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de junho de 2014, Processo n° 28496/12.0YIPRT.P1 (Pedro Lima Costa)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2014, Processo n° 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (Martins de Sousa)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2015, Processo n° 876/12.9TBBNV-A.L1.S1 (Fonseca Ramos)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de junho de 2015, Processo n° 2397/13.3TBLRA.C1 (Anabela Luna de Carvalho)

Índice

1. Introdução.....	1
1.1. Introdução e delimitação do tema.....	1
2. Período de fidelização.....	5
2.1. Conceito de período de fidelização.....	5
2.2. Qualificação jurídica	9
3. Autonomia privada, liberdade contratual e contratos de adesão.....	21
4. Cláusulas de fidelização como cláusulas contratuais gerais.....	27
4.1. Âmbito de aplicação do DL nº 446/85.....	27
4.2. Inserção da cláusula de fidelização no contrato.....	32
4.2.1. Comunicação da cláusula.....	33
4.2.2. Dever de informação.....	38
4.3. Cláusula de fidelização prevalente, cláusula de fidelização excluída e subsistência do contrato.....	41
4.4. Nulidade da cláusula de fidelização.....	44
5. Cláusula de fidelização e práticas comerciais desleais.....	59
6. Cessaçã do contrato e período de fidelização.....	65
6.1. Resolução do contrato.....	66
6.1.1. Incumprimento contratual pelo profissional e resolução pelo utente.....	66
6.1.2. Incumprimento contratual pelo utente e resolução pelo profissional.....	72

6.2 Denúncia do contrato.....	77
6.2.1 Denúncia do contrato pelo profissional.....	78
6.2.2. Denúncia do contrato pelo utente.....	78
6.3. Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias.....	81
7. Conclusão.....	95
Bibliografia.....	100
Jurisprudência.....	104