

ALGUMAS NOTAS SOBRE OS CONTRATOS DE ADESÃO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS - O PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO

SOME NOTES ON CONTRACTS FOR ADHERENCE TO GENERAL CONTRACTUAL CLAUSES – THE LOYALTY PERIOD

David Falcão¹

Resumo

Como desvio ao princípio da autonomia privada, fruto das vicissitudes da contratação em massa, podemos identificar um modelo formativo de contratos de consumo que se afasta do tradicional e que, por sua vez, se traduz na adesão a cláusulas pré-elaboradas que contemplam de forma genérica e massificada os interesses económicos do proponente e, cujo conteúdo, é, por este, determinado unilateralmente, não assistindo ao potencial aderente a possibilidade de negociação, limitando-se a aceitá-las ou rejeitá-las. Desta forma, com o intuito de prevenir abusos resultantes de contratos pré-elaborados, nomeadamente dos quais constem cláusulas de fidelização, e de promover a igualdade material dos contraentes, estabelece-se, por um lado, a obrigação de redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis das cláusulas contratuais gerais e, por outro, a proibição de inclusão de tais cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor. A sua utilização rege-se pelo DL 446/85 de 25 de outubro que estabelece regras relativas à inclusão em contratos singulares, à interpretação e integração e à fiscalização do seu conteúdo, e que analisaremos no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Contratuais Gerais; Contratos de Adesão; Período de Fidelização.

Abstrat

As a departure from the principle of private autonomy, as a result of the vicissitudes of mass contracting, we can identify a formative model of consumer contracts that departs from the traditional one and which, in turn, translates into adherence to pre-elaborated clauses that contemplate the economic interests of the tenderer, and the content of which is unilaterally determined by the tenderer and does not accept the possibility of negotiation. Thus, in order to prevent abuses resulting from pre-made contracts, including loyalty clauses, and to promote the material equality of contracting parties, is established, on the one hand, the obligation, to redact clearly and precise, in easily legible form the general contractual clauses and, on the other hand, the prohibition of including such clauses in individual contracts that cause significant imbalance to the detriment of the consumer. Its use is governed by DL 446/85 of October 25 that establishes rules regarding the inclusion

¹ david@ipcb.pt; Instituto Politécnico de Castelo Branco.

in singular contracts, the interpretation and integration and the inspection of their content, and that we will analyze in this article.

KEYWORDS: General Contractual Clauses; Adhesion Contracts; Loyalty Period

1. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS - CCG

Aos contratos de consumo está subjacente o princípio da autonomia privada (artigo 405.º do Código Civil - CC) mediante o qual as partes podem livremente fixar o conteúdo dos contratos, dentro dos limites da Lei.

Como desvio ao princípio da autonomia privada, fruto das vicissitudes da contratação em massa², podemos identificar um modelo formativo que se afasta do tradicional e que, por sua vez, se traduz na adesão a cláusulas pré-elaboradas e cujo conteúdo é determinado unilateralmente pelo seu proponente³.

O artigo 9.º n.º 2 da Lei de Defesa do Consumidor - LDC, com o intuito de prevenir abusos resultantes de contratos pré-elaborados e promover a igualdade material dos contraentes, estabelece, por um lado, a obrigação de redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis das CCG e, por outro, a proibição de inclusão de tais cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

A utilização de CCG rege-se pelo DL 446/85 de 25 de outubro que estabelece regras relativas à sua inclusão em contratos singulares, à sua interpretação e integração e à fiscalização do seu conteúdo⁴, e que analisaremos seguidamente.

2. NOÇÃO

A noção de CCG resulta do disposto no artigo 1.º n.º 1 do DL 446/85 de 25 de outubro. Trata-se, pois, de cláusulas pré-elaboradas, unilateralmente formuladas⁵, sem negociação prévia e cujo conteúdo o destinatário não pôde influenciar⁶. Para qualificar um contrato de adesão releva, em primeiro lugar, a unilateralidade das cláusulas, em segundo, que tais cláusulas contemplem de forma genérica e massificada os interesses económicos do proponente e, em terceiro lugar, que ao potencial aderente não lhe assista a possibilidade de negociação, limitando-se a aceitá-las ou rejeitá-las⁷.

O artigo 1.º n.º 3 estabelece que o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo. Parece-nos que o legislador simplesmente aplicou o princípio geral do ónus da prova, previsto no artigo 342.º n.º 1 do CC. Portanto, tal como aquele que invoca um direito tem o dever de provar os factos constitutivos desse direito, quem alega o direito de se prevalecer do conteúdo de uma cláusula negocial deve demonstrar que esta foi previamente negociada, pelo que, não se conseguindo provar a prévia negociação do conteúdo de uma cláusula esta continua a considerar-se uma CCG⁸.

² Cfr. PINTO MONTEIRO, António, "Contratação em Massa e a Proteção do Consumidor numa Economia Globalizada", Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, n.º 3961, 2010, págs. 221 e ss.

³ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, José, Direito do Consumo, Almedina, Coimbra, 2019, págs. 122 e 123.

⁴ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 295 e ss.

⁵ Cfr. Ac. Rel. Évora de 15/9/2010. Processo 2439/07.1TBPTM.E1 e Ac. STJ de 2/12/2013. Processo 306/10.0TCG-MR.G1.S1.

⁶ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 117.

⁷ Cfr. Ac. STJ de 14/12/2016. Processo 20054/10.0T2SNT.L2.S1.

⁸ Neste sentido cfr. Ac. STJ de 24/3/2011. Processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 e Ac. STJ de 5/5/2016. Processo 13161/14.2T2SNT.L1.S1. Em sentido contrário cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 118 e 119.

O DL abrange todas as CCG independentemente da forma da sua comunicação ao público (sendo admitido qualquer meio de comunicação), da extensão que assumam (uma ou várias cláusulas), do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário⁹ ou por terceiros (normalmente sob incumbência ou a pedido do proponente), desde que se destinem a uma pluralidade de pessoas¹⁰ ou contratos¹¹ (artigo 2.º).

No que concerne ao âmbito de exclusão, o DL não se aplica:

- A cláusulas que resultem de ato legislativo;
- A cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal;
- A contratos submetidos a normas de direito público;
- A atos de direito da família ou de direito das sucessões;
- A cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

3. INCLUSÃO EM CONTRATOS SINGULARES

Genericamente, as CCG consideram-se inseridas nos contratos por via da aceitação do aderente (artigo 4.º). Ficam, naturalmente, excluídas as não aceites especificamente, mesmo que usadas pelo proponente relativamente a todos os outros destinatários¹², bem como as que tenham sido negociadas pelas partes (artigo 7.º), uma vez que estas prevalecem sobre quaisquer CCG mesmo quando constantes de formulários assinado pelas partes.

A inclusão efetiva depende, não obstante, da observância de alguns requisitos prévios, nomeadamente a sua comunicação (artigo 5.º) e o seu esclarecimento (artigo 6.º)¹³.

Relativamente à comunicação¹⁴ (artigo 5.º), esta deve ser integral (n.º 1), realizada de modo adequado e com a antecedência necessária à celebração do contrato, para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento efetivo por quem use de comum diligência¹⁵ (n.º 2). O ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao proponente das CCG (artigo 5.º n.º 3)¹⁶. Do incumprimento do dever de comunicação resulta a exclusão do contrato singular das CCG não comunicadas (artigo 8.º al. a)).

O dever de comunicação tem o propósito de possibilitar ao destinatário o conhecimento antecipado e integral do clausulado que integrará o seu contrato singular, é dizer do conteúdo desse contrato. Como complemento deste dever de comunicação¹⁷, o DL impõe ao proponente um dever de informação/esclarecimento de acordo com as circunstâncias sobre todos os aspetos

⁹ Da análise dos artigos 1.º n.ºs 1 e 2 e 2.º, parece-nos contraditório que as CCG possam ser elaboradas pelo destinatário das mesmas. Se o artigo 1.º n.º 2 estabelece que o DL se aplica às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar, urge questionar porque é que o legislador no artigo 2.º sustenta que as CCG possam ser elaboradas pelo destinatário das mesmas. Não será, neste segundo caso, de admitir que o destinatário, ao ter legitimidade para as elaborar, pôde, inegavelmente, ter influenciado o seu conteúdo? Parece-nos que a resposta tende a ser afirmativa. Em sentido inverso cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 120.

¹⁰ Não releva se efetivamente se se aplicarem a uma multiplicidade de pessoas sendo suficiente a intenção inicial de uma utilização múltipla. Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 214.

¹¹ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 213 e ss.

¹² Cfr. Ac. STJ de 24/3/2011. Processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1.

¹³ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 231 e ss e MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 124 e ss.

¹⁴ Cfr. CAETANO NUNES, Pedro, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 507 e ss.

¹⁵ O grau de diligência deve ser apreciado de acordo com as circunstâncias típicas de cada caso, como é comum no Direito Civil. Neste sentido Ana Prata esclarece que “A diligência média é, pois, uma diligência que varia, ela própria, em função das características do sujeito. O padrão que a lei acolhe tem de variar em razão da preparação cultural do aderente e da consequente maior ou menor vulnerabilidade dele a argumentos persuasivos do outro contratante”. Cfr. PRATA, Ana, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 226 e 227.

¹⁶ Cfr. Ac. STJ de 24/3/2011. Processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 e Ac. STJ de 16/12/2010. Processo 2732/07.3TBFLG.G1.S1.

¹⁷ Cfr. Ac. STJ de 4/5/2017. Processo 1961/13.5TVLSB.L1.S1.

“obscuros” compreendidos nas CCG cuja clarificação se justifique (artigo 6.º n.º 1), implicando, igualmente, a prestação de todos os esclarecimentos razoáveis solicitados (artigo 6.º n.º 2)¹⁸.

Ambos os deveres, de comunicação e esclarecimento, como corolário do direito à informação (artigo 60.º da CRP e 8.º da LDC), concorrem para que o aderente tenha conhecimento da totalidade do clausulado, por um lado, e, por outro, entenda efetivamente o conteúdo desse clausulado.

Portanto, o dever de comunicação e o de informação não devem confundir-se, uma vez que, apesar de complementares, têm alcances distintos. O primeiro obriga o proponente a transmitir ao aderente quais as CCG que integrarão o seu contrato e o segundo a esclarecer o conteúdo das CCG que justifiquem tal esclarecimento de molde a que a formação da vontade negocial seja completa e esclarecida^{19,20}.

O artigo 8.º als. b), c) e d) considera excluídas dos contratos singulares, respetivamente: 1) As cláusulas comunicadas em violação do dever de informação/esclarecimento, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo; 2) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; 3) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes. Nos dois últimos casos, excluem-se as chamadas “cláusulas surpresa”²¹.

4. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO

O artigo 10.º estabelece que as CCG devem ser interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos²², dentro do contexto do contrato singular em que se incluem. Remete-se, portanto, para as regras gerais do CC relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos constantes dos artigos 236.º e ss²³.

O artigo 11.º n.º 1 refere, por sua vez, que as CCG ambíguas, obscuras, duvidosas, e que cuja interpretação não é pacífica, têm o sentido que lhes daria o contraente indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real. O n.º 2 do artigo mencionado, como complemento, esclarece que, subsistindo a dúvida, prevalecerá o sentido mais favorável ao aderente²⁴. O disposto no n.º 1 do artigo 11.º é um corolário do artigo 236.º n.º 1 do CC, dando prevalência à interpretação que o aderente faz do negócio jurídico. Portanto, as CCG ambíguas terão o sentido que o destinatário normal lhe daria se colocado na posição de destinatário real (artigo 236.º n.º 1, do CC)²⁵.

¹⁸ De realçar que apesar de não resultar diretamente do diploma, tem sido entendimento da jurisprudência que o ónus da prova do cumprimento do dever de informação cabe ao proponente. Veja-se a título de exemplo Ac. STJ de 13/9/2016. Processo 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 e Ac. STJ de 15/2/2017. Processo 1776/11.5TVLSB.L1.S1.

¹⁹ Num sentido semelhante cfr. Ac. STJ de 24/3/2011. Processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1.

²⁰ Em sentido distinto, Almeno de Sá, sustenta que o dever de comunicação implica, não apenas a comunicação das cláusulas, mas também do seu conteúdo. Discordamos respeitosamente pois, se assim fosse entendido, o dever de informação seria destituído de aplicabilidade. Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 234. Acompanhando a posição de Almeno de Sá cfr. Ac. STJ de 16/12/2010. Processo 2732/07.3TBFLG.G1.S1. Acompanhando a nossa posição cfr. Ac. STJ de 24/3/2011. Processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 e Ac. STJ de 13/9/2016. Processo 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1.

²¹ Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio e MENEZES CORDEIRO, António, Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º n.º 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 1986, pág. 27. No mesmo sentido Cfr. Ac. Rel. Lisboa de 14/9/2017. Processo 9065/15.0T8LSB-2 e Ac. STJ de 18/9/2014. Processo 2334/10.7TBGDM.P1.S1.

²² Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 64 e ss; ENGRÁCIA ANTUNES, José, Direito do Consumo, Almedina, Coimbra, 2019, págs. 125 e ss e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio e MENEZES CORDEIRO, António, Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º n.º 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 1986.

²³ Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio e MENEZES CORDEIRO, António, Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º n.º 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 1986, pág. 31.

²⁴ Princípio in dubio contra stipulatorem. Cfr. Ac. STJ de 4/10/2007. Processo 07B2636.

²⁵ Cfr. MOURA DOS SANTOS, Teresa, “A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais”, RED, n.º 1, 2016, pág. 26.

Quanto à integração das CCG, atendendo ao disposto nos artigos 9.º n.º 1 e 13.º n.º 2, os contratos, relativamente aos quais determinadas cláusulas tenham sido excluídas ou declaradas nulas, respetivamente por via dos artigos 8.º ou 12.º, mantêm-se, vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis. Inexistindo, no entanto, normas supletivas aplicáveis, e por remissão do artigo 10.º, o artigo 239.º do CC prevê que a integração da declaração negocial, deve atender à vontade presumível dos declarantes quanto ao ponto omissis, desde que tal não gere um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé, o que, por sua vez, determinará a nulidade do contrato (artigo 9.º n.º 2)²⁶.

Por força do n.º 3 do artigo 11.º, o princípio *in dubio contra stipulatorem* previsto no n.º 2 do mesmo artigo, não se estende às ações inibitórias. Como bem explica Teresa Moura dos Santos, “no âmbito de uma ação inibitória, quando o tribunal se debruça, em abstrato, sobre um conjunto de cláusulas, avaliando se são ou não válidas, pode encontrar uma cláusula dúbia. Neste campo, aquele que é o sentido mais prejudicial da cláusula em relação ao aderente será o sentido que mais interessa a este sujeito, uma vez que se se optar por este sentido mais prejudicial eventualmente a cláusula será declarada nula. Ou seja, o mais favorável ao aderente, em última instância, é que a cláusula lhe seja considerada prejudicial”²⁷. Portanto, se o propósito de uma ação inibitória se prende com a proibição da utilização futura de CCG e, eventualmente, a declaração de nulidade de CCG, não faria sentido, às cláusulas dúbias, o tribunal atribuir-lhes o sentido mais favorável ao aderente, uma vez que o intuito é a proibição das CCG e a sua declaração de nulidade, valendo as regras dos artigos 236.º a 238.º do CC²⁸.

5. FISCALIZAÇÃO DO CONTEÚDO

O DL 446/85 de 25 de outubro subordina, por um lado, o conteúdo das CCG a um princípio geral de boa-fé (artigo 15.º) e estabelece, por outro, um elenco de cláusulas proibidas (artigos 18.º e ss)²⁹.

Na concretização do princípio geral de controlo das CCG assente na boa-fé³⁰, o artigo 16.º apela: 1) à ponderação dos valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, em especial, 2) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis e 3) pelo objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.

Parece evidente que o controlo do conteúdo das CCG assente, exclusivamente, num princípio geral de boa-fé seria demasiado genérico³¹ e indeterminado³². Portanto, atendendo à parca aplicabilidade do princípio geral na fiscalização do conteúdo das CCG³³ releva, efetivamente, o catálogo de cláusulas proibidas que tem o escopo de promover a igualdade das partes, defendendo os aderentes de estipulações contratuais abusivas que gerem um desequilíbrio significativo na relação contratual³⁴.

²⁶ Cfr. Ac. Rel. Guimarães de 4/5/2010. Processo 2507/08.2TBFLG.G1.

²⁷ Cfr. MOURA DOS SANTOS, Teresa, “A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais”, RED, n.º 1, 2016, pág. 26.

²⁸ Cfr. Ac. Rel. Porto de 7/4/2016. Processo 13737/15.0T8PRT.P1 e Ac. STJ de 13/11/2014. Processo 2475/10.0YXL-SB.L1.S1.

²⁹ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 255.

³⁰ Cfr. DIAS, Marco, “O Critério da Boa Fé no D.L. n.º 446/85”, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, 2004, págs. 437 e ss e DE SOUSA RIBEIRO, Joaquim, “O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma Nova Dimensão da Boa Fé”, Revista da Faculdade de Direito UFPR, n.º 42, 2005, págs. 5 e ss.

³¹ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, José, Direito do Consumo, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 128.

³² Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 161.

³³ A propósito da nulidade de CCG por violação do princípio geral de boa-fé cfr. Ac. STJ de 27/9/2016. Processo 240/11.7TBVRM.G1.S1.

³⁴ Cfr. Ac. Rel. Lisboa de 5/6/2012. Processo 3095/08.5YXLSB.L1-7 e Ac. Rel. Coimbra de 28/10/2014. Processo 3516/13.5TJCBRC1.

O catálogo de cláusulas proibidas organiza-se atendendo a dois fatores: a natureza da relação contratual entre as partes e a “intensidade da proibição”³⁵.

Quanto ao primeiro fator, a natureza da relação contratual entre as partes, o catálogo das cláusulas proibidas pelos artigos 18.º e 19.º aplica-se às relações entre profissionais, por força do artigo 17.º. Por sua vez, em particular nas relações de consumo, para além de se aplicar o disposto nos artigos 18.º e 19.º, também se aplicam as proibições constantes nos artigos 21.º e 22.º, por via do estipulado no artigo 20.º.

No que diz respeito ao segundo fator, há a distinguir a cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º) e as relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º).

As cláusulas absolutamente proibidas, por gerarem um desequilíbrio significativo na relação contratual, não admissível à luz do princípio geral de boa-fé, são, em qualquer circunstância, nulas por força do artigo 12.^{o36,37}.

As cláusulas relativamente proibidas serão ou não proibidas, atendendo ao contexto contratual padronizado (sendo nulas – artigo 12.º - ou válidas, respetivamente). Neste sentido, são ou não vedadas, por um lado, se se considerarem ou não desconformes com os padrões aplicáveis ao tipo de contrato em que se inserem e à atividade do proponente³⁸ (e não por remissão ao caso concreto) e, por outro, se forem ou não suscetíveis de gerar um desequilíbrio significativo na relação contratual não admissível à luz do princípio geral de boa-fé^{40,41}.

De sublinhar que o elenco de proibições não é taxativo, atendendo a que todas as CCG se devem subordinar ao princípio geral de controlo previsto no artigo 15.º.

Para além da invocação da nulidade nos termos gerais⁴² (artigo 24.º), as CCG que violem o disposto nos artigos 15.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por via de ação inibitória em conformidade com o disposto nos artigos 25.º e ss⁴³.

6. PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO

O período de fidelização traduz-se numa cláusula contratual, por via da regra uma CCG⁴⁴, mediante a qual o aderente se compromete a não denunciar o contrato antes de decorrido o referido período. A fidelização tem como fundamento e, inclusive, como condição de validade⁴⁵, as contrapartidas oferecidas pelo proponente ao aderente⁴⁶ (como por ex. descontos na mensalidade, equipamentos mais baratos, oferta do valor da instalação, oferta de canais extra ou de pacotes de chamadas gratuitas). Exemplos paradigmáticos de contratos de consumo com cláusula de fide-

³⁵ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 165.

³⁶ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 76.

³⁷ Cfr. Ac. Rel. Coimbra de 2/6/2015. Processo 5202/12.4TBLRA.C1 e Ac. Rel. Lisboa de 22/6/2016. Processo 338-14.0TVLSB.L1.-2.

³⁸ Cfr. Ac. STJ de 16/3/2017. Processo 2042/13.7TVLSB.L1.S1.

³⁹ Recorde-se que a ação inibitória tem como finalidade uma fiscalização abstrata das práticas lesivas, uma vez que o respetivo escopo não se esgota na esfera jurídica de uma determinada pessoa, singular ou coletiva, mas tutela, de igual modo, o interesse da generalidade de consumidores. O que se pretende acautelar é o risco de propagação de práticas lesivas dos interesses dos consumidores em geral.

⁴⁰ Cfr. Ac. Rel. Coimbra de 30/6/2015. Processo 2397/13.3TBLRA.C1.

⁴¹ Cfr. DE SÁ, Almeno, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 259 e ss.

⁴² Como explica Morais Carvalho, não deve admitir-se que a nulidade possa ser invocada pelo proponente da CCG, uma vez que o artigo 12.º visa a proteção do aderente, neste sentido aponta o artigo 13.º. Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 167.

⁴³ Matéria já abordada a propósito do Direito à Prevenção e à Reparação dos Danos Patrimoniais ou Não Patrimoniais.

⁴⁴ Rege-se, portanto, pelo DL 446/85 de 25 de outubro quanto a regras relativas à sua inclusão em contratos singulares, à sua interpretação e integração e à fiscalização do seu conteúdo.

⁴⁵ Cfr. Artigo 48.º n.º 2 al. a) da LCE.

⁴⁶ “As cláusulas de fidelização que garantem a estabilidade económica do predisponente têm de conferir, em contrapartida, também vantagens de ordem comercial ao aderente, pelo que não resultando comprovadas quais sejam essas específicas vantagens no caso em apreço seja de considerar uma tal cláusula proibida à luz do art. 22, nº 1, al. a), do DL nº 446/85.” Cfr. Ac. Rel. Lisboa de 5/6/2012. Processo 3095/08.5YXLSB.L1-7.

lização são os celebrados com ginásios para a utilização de instalações e equipamentos⁴⁷ e os de prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

Muito embora o período de fidelização tenha fonte contratual e não legal⁴⁸, várias são as referências legais, nomeadamente, nos artigos 8.º n.º 1 al. h) da LDC, 4.º n.º 1 al. q) do DL 24/2014 de 14 de fevereiro, 4.º do DL 56/2010 de 1 de junho e 3.º al. m) da Lei das Comunicações Eletrónicas - LCE, entre outras. Por outro lado, apenas no respeitante a contratos relativos a comunicações eletrónicas se estabelece um limite máximo de duração do período de fidelização de 24 meses (artigos 48.º n.º 5 da LCE e 4.º do DL 56/2010 de 1 de junho⁴⁹).

O artigo 48.º n.º 6 da LCE obriga o proponente a oferecer a todos os aderentes a possibilidade de celebrar contratos sem qualquer tipo de fidelização, bem como contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização, por cada benefício concedido.

Segundo o artigo 48.º n.ºs 2 al.s a) e c), 11, 12 e 13 da LCE, durante o período de fidelização, os encargos decorrentes da resolução do contrato não podem ultrapassar os custos que o prestador teve com a instalação da operação (subsidição de equipamentos terminais, instalação e ativação do serviço), sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório devendo, tais encargos, ser proporcionais à vantagem que foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação⁵⁰. Portanto, o aderente que resolva o contrato, durante o período de fidelização, será responsável pelo pagamento das vantagens conferidas, mas com o limite inerente aos custos de instalação da operação⁵¹. Os custos de instalação da operação são o teto máximo da compensação devida ao prestador pela resolução do aderente durante o período de fidelização.

Não existindo, relativamente aos demais contratos, regras gerais que balizem o período de fidelização ou estabeleçam critérios objetivos que permitam aferir o valor a ressarcir pela denúncia antecipada, a validade das cláusulas deve ser analisada atendendo ao contexto contratual padronizado⁵², nomeadamente, a duração da fidelização e o valor estabelecido na cláusula penal como consequência da denúncia contratual antecipada (artigos 22.º n.º 1 al. a) e 19.º al. c) do DL 446/85 de 25 de outubro). Não se tem admitido que a denúncia contratual antecipada, durante o período de fidelização, em contratos que não sejam os de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, uma vez que a estes se aplicam regras específicas, obrigue o aderente ao pagamento da totalidade das prestações até ao final do referido período, considerando-se tais montantes constantes de cláusulas penais desproporcionais aos danos a ressarcir⁵³.

Verificadas determinadas vicissitudes, o aderente pode desvincular-se contratualmente, durante o período de fidelização. As mais comuns fundam-se no incumprimento do contrato pelo profissional e na alteração das circunstâncias em que a partes fundaram a decisão de contratar.

⁴⁷ Cfr. PINTO-FERREIRA, João Pedro e MORAIS CARVALHO, Jorge, “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 & Direito – Revista Jurídica de Direito do Desporto*, Ano X, n.º 28, 2012, págs. 33 e ss.

⁴⁸ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 170.

⁴⁹ Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato ou pelo desbloqueio de equipamento que permite o acesso a serviços de comunicações eletrónicas, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a: 100 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidição, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; 80 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidição, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; 50 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidição, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis.

Segundo o artigo 48.º n.º 2 al. c) da LCE deve antecipadamente estar previsto no contrato os eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização, por iniciativa do aderente.

⁵¹ No mesmo sentido cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 176.

⁵² Cfr. Ac. Rel. Lisboa de 5/6/2012. Processo 3095/08.5YXLSB.L1-7 e Ac. Rel. Lisboa de 5/7/2012. Processo 7855/10.9TBOER.L1.

⁵³ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 174 e ss; Ac. Rel. Porto de 7/5/2015. Processo 134839/12.3YIPRT.P1; Ac. Rel. Évora de 20/12/2018. Processo 109927/15.8YIPRT.E1 e Ac. Rel. Porto de 11/4/2018. Processo 10146/16.8T8VNG.P1.

O incumprimento do contrato pelo profissional pode revelar-se de distintas formas: prestação defeituosa ou suspensão injustificada do serviço; interrupção do fornecimento do bem; alteração unilateral das condições contratuais, durante o período de fidelização (por ex. alteração do preço). Não parece ser de admitir que nos contratos de execução duradoura, e durante o período de fidelização, o proponente altere unilateralmente as condições contratuais, uma vez que este se vincula, tal como o aderente, ao período de fidelização⁵⁴. Excecionalmente, a alteração das condições contratuais, é possível mediante o cumprimento cumulativo de dois requisitos: 1) a apresentação da proposta de alteração contratual ao destinatário e 2) possibilidade de denúncia do contrato pelo destinatário dessa proposta^{55,56}.

O incumprimento do contrato que se traduza na prestação defeituosa ou suspensão injustificada do serviço, na interrupção do fornecimento do bem ou na alteração unilateral das condições contratuais durante o período de fidelização, sem que seja dada a possibilidade ao aderente de denunciar o contrato, legitimam a sua resolução, sem que tal implique o pagamento da indemnização previamente fixada na cláusula penal, em conformidade com o disposto nos artigos 432.º, 434.º n.º 2, 436.º, 801.º n.º 2, 802.º do CC⁵⁷. Se do incumprimento resultarem prejuízos para o aderente, este, provando-os, terá direito à indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil contratual (artigos 798.º e 801.º n.º 2 do CC).

A desvinculação do aderente, durante o período de fidelização, pode ocorrer por alteração das circunstâncias em que a partes fundaram a decisão de contratar⁵⁸. A resolução do contrato por alteração das circunstâncias, em conformidade com o artigos 437.º e 438.º do CC, depende da verificação cumulativa de três requisitos: 1) alteração relevante e inesperada das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, é dizer, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal; 2) a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente a boa-fé contratual, é dizer, o equilíbrio contratual originário, tornando-se, manifestamente abusiva⁵⁹; 3) a parte lesada não estar constituída em mora no momento em que se verifica a alteração das circunstâncias. Veja-se, a título de exemplo, situações em que o aderente caia, inesperadamente, em situação de desemprego, emigre ou mude de morada.

No vértice oposto situa-se a possibilidade de desvinculação do contrato pelo proponente, em virtude de incumprimento por parte do aderente. São, pois, semelhantes os efeitos do incumprimento contratual pelo aderente com os do incumprimento do contrato pelo proponente. Pode, portanto, o proponente, resolver o contrato em conformidade com o artigo 801.º n.º 2 do CC⁶⁰ tendo direito a ser ressarcido nos termos previsto na cláusula penal e sem necessidade de invocar e provar prejuízos. Cumpre questionar se será válida a cláusula penal que estabeleça que, em caso de incumprimento, o devedor deva suportar o montante equivalente ao das prestações vincendas. A questão tem surgido na jurisprudência com frequência, nem sempre com a mesma resposta⁶¹. É nossa opinião, que não será de admitir que a resolução contratual pelo proponente, por incumprimento do aderente, durante o período de fidelização, implique o pagamento das prestações

⁵⁴ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 177.

⁵⁵ Veja-se a propósito o artigo 48.º n.º 16 da LCE.

⁵⁶ Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 177.

⁵⁷ Cfr. Ac. Rel. Guimarães de 9/6/2016. Processo 39226/14.2YIPRT.G1 e Ac. Rel. Lisboa de 14/9/2010. Processo 254524/09.6YIPRT.L1-7.

⁵⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, “Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”, Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha (separata), Lisboa, 1987.

⁵⁹ Cfr. Ac. Rel. Coimbra de 13/5/2014. Processo 1097/12.6TBMGR.C1 e Ac. Rel. Lisboa de 8/1/2008. Processo 5441/2007-1.

⁶⁰ O artigo 52.º-A n.º 7 da LCE estabelece, e com o propósito de tutelar o consumidor de situação de sobreendividamento que findo o período de 30 dias de suspensão sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou sem que tenha sido celebrado um acordo de pagamento por escrito, o contrato considera-se automaticamente resolvido.

⁶¹ Em sentido negativo cfr. Ac. Rel. Guimarães de 11/9/2012. Processo 34394/10.5YIPRT.G1; Ac. Rel. Porto de 7/5/2015. Processo 134839/12.3YIPRT.P1; Ac. Rel. Évora de 20/12/2018. Processo 109927/15.8YIPRT.E1 e Ac. Rel. Porto de 11/4/2018. Processo 10146/16.8T8VNG.P1. Em sentido inverso cfr. Ac. Rel. Lisboa de 27/5/2010. Processo 4294/06.0YXLSB.L1-2; Ac. Rel. Lisboa de 30/6/2011. Processo 1410/08.0TJLSB.L1-7.

vincendas, devendo considerar-se tais montantes constantes de cláusulas penais, em princípio, desproporcionais aos danos a ressarcir. Como bem explica Morais Carvalho, deverão sempre ser descontados os valores que o profissional poupou pela não prestação do serviço, nos termos do regime do enriquecimento sem causa, sob pena do consumidor ficar numa situação de clara desvantagem⁶². Em última análise, a validade da cláusula penal deve ser aferida à luz do disposto no artigo 19.º al. c) do DL 446/85 de 25 de outubro⁶³.

7. CONCLUSÃO

Procurámos, no presente estudo, realçar a importância do regime jurídico das CCG que, em articulação com o artigo 9.º n.º 2 da LDC, visa prevenir abusos resultantes de contratos pré-elaborados, por um lado e, por outro, promover a igualdade material dos contraentes, estabelecendo a obrigação de redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis de tais cláusulas e a proibição da sua inclusão em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor. Para tal desiderato analisámos de forma aprofundada as regras previstas no DL 446/85 de 25 de outubro respeitantes à sua interpretação e integração e à fiscalização do seu conteúdo.

Dissecámos a temática relativa ao período de fidelização, não raras vezes incluído nos contratos enquanto CCG, abordando o seu fundamento e a sua validade. Por fim, procedemos a uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre as consequências da denúncia contratual antecipada, durante o período de fidelização, em contratos que não sejam os de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, uma vez que a estes se aplicam regras específicas.

Concluindo, parece-nos estranha a apatia legislativa relativa à criação de regras gerais que balizem o período de fidelização e estabeleçam critérios objetivos que permitam aferir o valor a ressarcir pela denúncia antecipada, pois, para aferir da validade da cláusula de fidelização, esta, deve ser analisada com recurso ao regime das CCG e, atendendo ao contexto contratual padronizado, nomeadamente, a duração da fidelização e o valor estabelecido na cláusula penal como consequência da denúncia contratual antecipada (artigos 22.º n.º 1 al. a) e 19.º al. c) do DL 446/85 de 25 de outubro).

⁶² Cfr. MORAIS CARVALHO, Jorge, Manual de Direito do Consumo, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 180.

⁶³ O devedor pode solicitar, nos termos do artigo 812.º do CC, a redução do valor da cláusula penal. Cfr. Ac. STJ de 19/6/2018. Processo 2042/13.7TVLSB.L1.S2.