

Contratação de Serviços Adicionais nas Telecomunicações: A Jurisprudência Portuguesa

Contracting Additional Services in Telecommunications: Portuguese Case Law

Submitted: 2 August 2023
Reviewed: 22 August 2023
Revised: 4 September 2023
Accepted: 14 September 2023

Ana Clara Azevedo de Amorim*
<https://orcid.org/0000-0003-4121-2723>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

DOI: <https://doi.org/10.26512/1str.v16i1.50364>

Abstract

[Purpose] *The text addresses the contracting of additional services in telecommunications, in relation to the judgment of the Supreme Court of Justice of 2 February 2022 (case no. 22640/18.1T8LSB.L1.S1), which applied the legal regime of general contractual clauses and the prohibition of aggressive commercial practices. The aim is to deepen the debate on these institutes, contributing to the study of their repercussions on the protection of consumers' economic interests.*

[Methodology/Approach/Design] *Analysis of the reasoning adopted by Portuguese case law, as well as the relevant legislation and doctrine regarding the contracting of additional services in telecommunications.*

[Findings] *The text demonstrates the pioneering and innovative nature of the judgment in effective consumers protection in Portugal, predicting that the reasoning may also be followed in other comparative law systems, since it is mostly based on legislation resulting from the transposition of European Directives.*

Keywords: *Additional Services. Telecommunications. Consumers Protection. General Contract Terms. Unfair Commercial Practices.*

Resumo

[Propósito] O texto aborda a contratação de serviços adicionais nas telecomunicações, a propósito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2022 (processo n.º 22640/18.1T8LSB.L1.S1), que aplicou o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e a proibição de práticas comerciais agressivas. Procura-se aprofundar o debate acerca destes institutos, contribuindo para o estudo das suas repercussões na proteção dos interesses económicos dos consumidores.

*Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Doutorada em Ciências Jurídicas Privativísticas pela Universidade do Minho – Portugal. Endereço: Universidade Portucalense, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541, 4200-072, Porto, Portugal. E-mail: aamorim@upt.pt.

[Metodologia/Abordagem/Design] Análise da fundamentação adotada pela jurisprudência portuguesa, bem como da legislação e doutrina relevantes em matéria de contratação de serviços adicionais nas telecomunicações.

[Resultados] O texto demonstra o caráter pioneiro e inovador do acórdão na tutela efetiva dos consumidores em Portugal, podendo ainda aquela fundamentação vir a ser seguida noutros sistemas de direito comparado, na medida em que assenta maioritariamente em diplomas resultantes da transposição de Diretivas Europeias.

Palavras-chave: Serviços Adicionais. Telecomunicações. Proteção dos Consumidores. Cláusulas Contratuais Gerais. Práticas Comerciais Desleais.

INTRODUÇÃO

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2022 (processo n.º 22640/18.1T8LSB.L1.S1) resulta de uma ação popular intentada contra a Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A., a propósito da contratação de serviços adicionais, resultante da ativação automática de dados móveis após ter sido esgotado o pacote de telecomunicações contratado, sem que os consumidores os tenham expressamente solicitado e ficando impossibilitados de os recusar.¹ Trata-se de uma decisão paradigmática no ordenamento jurídico português, na medida em que reconhece uma ampla proteção dos consumidores, com recurso à aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e do regime jurídico das práticas comerciais desleais. Este acórdão foi já considerado “uma peça de filigrana da jurisprudência portuguesa”.²

Após a absolvição da Ré em primeira instância, os Autores interpuseram recurso de revista *per saltum* para o Supremo Tribunal de Justiça. Estava em causa sobretudo o reconhecimento do direito dos consumidores a recusar a contratação de serviços adicionais nas telecomunicações, bem como as respetivas implicações financeiras, nomeadamente, o direito a não pagar tais serviços adicionais ou o direito à restituição dos pagamentos efetuados. Ficou demonstrado no processo judicial que a ativação automática de dados móveis constituía uma característica indissociável do tarifário, pelo que importava apreciar a validade das seguintes cláusulas contratuais:

“O serviço permite, ainda, utilizar um conjunto de serviços adicionais, como por exemplo a Opção Extra para os tarifários pós-pagos ou o acesso gratuito a Wi-Fi nos hotspots da Vodafone Portugal. Para mais informações sobre serviços adicionais consulte www.vodafone.pt ou

¹ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt>.

² <https://www.procon.rs.gov.br/acordao-vodafone-uma-peca-de-filigrana-da-jurisprudencia-portuguesa>.

ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912
(tarifa aplicável)”

Em suma, o Supremo Tribunal de Justiça revogou a decisão da primeira instância, condenando a Vodafone à restituição de todos os pagamentos relativos a serviços adicionais não solicitados pelos consumidores, com fundamento na proteção dos seus interesses económicos, prevista no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa. Para o efeito, aplicou o DL n.º 446/85, de 25 de outubro sobre cláusulas contratuais gerais e o DL n.º 57/2008, de 26 de março na parte relativa à proibição das práticas comerciais agressivas. É esta fundamentação e a aplicação destes diplomas que o presente texto visa analisar.

PROTEÇÃO DOS INTERESSES ECONÓMICOS DOS CONSUMIDORES

A proteção dos consumidores funda-se na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum, especialmente relevante num contexto histórico de excesso de oferta (ANDRADE, 2002). Assim se justifica a aprovação da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor em 17 de maio de 1973 e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores em 14 de abril de 1975, onde estão consagrados os cinco eixos da proteção dos consumidores que viriam a influenciar o artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa:

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

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2022, a questão coloca-se sobretudo ao nível da proteção dos interesses económicos, na medida em que a contratação de serviços adicionais sem o consentimento expresso e informado dos consumidores, nomeadamente quanto aos preços, pode determinar um aumento da mensalidade a pagar, com um impacto significativo no respetivo orçamento familiar. Foi esta preocupação que esteve na origem da ação popular intentada contra a Vodafone, ao abrigo do disposto no artigo 52.º n.º 3 alínea a) da Constituição da República Portuguesa e na Lei n.º 83/95, de 31 de

agosto. Embora os prejuízos materiais efetivos ou potenciais dos consumidores interfiram em todas as fases das relações estabelecidas com os profissionais, é na vida contratual que assumem maior acuidade (ALMEIDA, 1982). Em Portugal, o setor das telecomunicações, caracterizado por um elevado nível de concentração de mercado e preços globalmente superiores aos restantes Estados Membros da União Europeia (ANACOM, 2023), apresenta um risco acrescido de lesão dos interesses económicos dos consumidores.

Ora, concretizando a previsão constitucional, a proteção dos interesses económicos foi regulada no artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho:

“1. O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.”

Na sequência desta garantia, o diploma estabelece ainda normas genéricas relativas aos contratos de adesão (n.º 2) e ao fornecimento não solicitado de bens ou serviços (n.º 4), que são desenvolvidas, respetivamente, no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e no regime jurídico das práticas comerciais desleais. Serão seguidamente abordadas, na medida em que permitem fundamentar a proteção dos consumidores no quadro da contratação de serviços adicionais nas telecomunicações, segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2022.

REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais foi aprovado pelo DL n.º 446/85, de 25 de outubro. As cláusulas contratuais gerais são elaboradas por empresas de grandes dimensões sem prévia negociação individual, como se verifica tipicamente no setor das telecomunicações e como ficou demonstrado, no processo judicial relativo ao pacote de serviços oferecido pela Vodafone, pelo facto provado n.º 13. Na medida em que a ativação automática de dados móveis era uma característica indissociável do tarifário, aos destinatários cabia apenas a decisão de aceitar ou rejeitar o conjunto das cláusulas contratuais propostas. De acordo com a jurisprudência, esta circunstância contribui para acentuar a “inferioridade situacional” dos consumidores.

Efetivamente, os designados *contratos de adesão* limitam a autonomia privada de uma das partes, o que é suscetível de lesar os seus interesses económicos. Desta forma, aquele regime jurídico visou acautelar o caráter potencialmente abusivo de algumas cláusulas, sobretudo nas relações com

consumidores, à semelhança do que viria a resultar depois, ao nível comunitário, da Diretiva 93/17/CEE. Tratando-se de um modo particular de formação dos contratos, característico das sociedades massificadas, as cláusulas contratuais gerais suscitam frequentemente problemas de validade do seu conteúdo, mas também questões relativas à interpretação, à integração e ao controlo preventivo e sancionatório (ALMEIDA, 2008).

Os limites ao conteúdo das cláusulas contratuais gerais previstos no DL n.º 446/85, de 25 de outubro resultam do princípio geral da boa fé (artigos 15.º e 16.º) e da enumeração, a título exemplificativo, de um conjunto de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas (artigos 18.º a 22.º). Esta técnica legislativa permite dar resposta ao caráter difuso e mutável dos comportamentos de mercado, na medida em que o princípio geral da boa fé pode ser autonomamente aplicado aos casos concretos. Mas a boa fé constitui também a matriz normativa das cláusulas proibidas especialmente consagradas. Ou seja, traduz um auxiliar de interpretação que garante a coerência sistemática da disciplina, em função de um único critério de valoração.

Contrariedade à Boa Fé

O artigo 15.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro proíbe as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé. Este recurso ao princípio geral da boa fé, tributário do ordenamento jurídico alemão, constituiu uma opção criticada pela doutrina portuguesa, na medida em que importa ponderar a existência de um desequilíbrio das prestações, determinante da invalidade das cláusulas, e não estabelecer uma norma de conduta (ASCENSÃO, 2000).

O conceito de boa fé, aqui entendido em sentido objetivo, encontra-se tradicionalmente previsto no Código Civil, a propósito da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º) e do cumprimento das obrigações (artigo 762.º n.º 2), bem como da integração da declaração negocial (artigo 239.º) e ainda da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (artigo 437.º). Ora, apesar de ter origem numa conceção ética, aplicável sobretudo ao exercício de direitos e ao cumprimento de obrigações, a boa fé passou a corresponder a um determinado modo de atuar nas relações de mercado, visando a prossecução dos valores materiais subjacentes às normas, independentemente da intenção do agente (CORDEIRO, 1984). Tal alargamento viria a permitir a adoção da boa fé como critério de valoração das condutas no modelo social de concorrência desleal (OHLY e SOSNITZA, 2023) e a sua consagração no regime jurídico das práticas comerciais desleais, nos termos da Diretiva 2005/29/CE.

Em matéria de cláusulas contratuais gerais, o princípio geral da boa fé está densificado no artigo 16.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, segundo um duplo critério de valoração:

“Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente:

- a) 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;
- b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.”

Importa referir que os valores fundamentais do direito não coincidem com uma decisão segundo a equidade, devendo ser atendida a confiança legítima suscitada nas partes, em função de critérios como a teleologia global do contrato e o respetivo processo negocial (COSTA e CORDEIRO, 1986). Daqui decorre que a proibição de determinadas cláusulas contratuais se justifica pela necessidade de proteger, em cada caso concreto, as expectativas do aderente. No entanto, outros autores afirmam estar em causa, mais amplamente, a confiança objetiva ou institucional (PRATA, 2021). Neste sentido, como resulta do acórdão de 2 de fevereiro de 2022, basta o risco de lesão do aderente, “não sendo necessária a prova de que foi efetivamente defraudada a sua confiança legítima”.

A boa fé parece convocar sempre uma adequada ponderação dos interesses em causa, pelo que a jurisprudência assume um papel relevante na delimitação do seu conteúdo. O Supremo Tribunal de Justiça reiterou que o conceito surge como externo ao contrato e à relação concreta estabelecida entre as partes, sendo fonte de limitação da liberdade contratual. Na medida em que contraria as duas vertentes da boa fé previstas no artigo 16.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, deve ser proibida cláusula que permite à Vodafone ativar automaticamente dados móveis após ter sido esgotado o pacote de telecomunicações contratado pelo consumidor. Na verdade, a contratação de serviços adicionais configura no caso concreto um desequilíbrio contratual significativo das partes.

Consentimento Expresso e Informado

A hipótese em apreço suscita ainda a questão da validade do consentimento genérico e presumido dos consumidores, para efeitos da contratação de serviços adicionais, considerando sobretudo “o risco de excesso de utilização”. Estando em causa uma preocupação com os interesses económicos dos consumidores, reitera-se a necessidade de lhes ser possível prever com segurança eventuais oscilações do seu orçamento familiar. Ou seja, os serviços adicionais devem ser facultativos e prestados apenas a pedido dos consumidores, não podendo resultar de um consentimento genérico e presumido, sem a identificação das respetivas condições, nomeadamente ao nível dos preços. Desta forma, o Supremo Tribunal

de Justiça procura acautelar a autonomia privada dos consumidores que entendeu ter sido particularmente lesada, na medida em que a cessação daquela prestação tinha sido recusada de forma reiterada pela Vodafone.

Os pagamentos adicionais foram regulados no artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que transpôs para a ordenamento jurídico português a Diretiva 2011/83/UE:

- “1. Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o fornecedor de bens ou prestador de serviços tem de obter o acordo expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços.
2. A obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais.
3. Quando, em lugar do acordo explícito do consumidor, a obrigação de pagamento adicional resultar de opções estabelecidas por defeito que tivessem de ser recusadas para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito à restituição do referido pagamento.”

Resulta do acórdão de 2 de fevereiro de 2022 que, no caso da Vodafone, não existia aceitação válida para efeitos desta norma, na medida em que estavam em causa opções estabelecidas por defeito e os consumidores tinham até ficado impossibilitados de recusar os serviços adicionais. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que as cláusulas contratuais impugnadas pelos Autores não permitiam ao consumidor saber que serviços adicionais estava a contratar, nem o respetivo preço. Ou seja, o seu sentido é “incompleto e vago, não contém de forma clara e inequívoca todos os elementos necessários para uma cabal compreensão do que está em causa”. Ao contrário do que alegava a Vodafone, não é igualmente suficiente uma remissão para o sítio eletrónico onde a informação sobre as condições da contratação é disponibilizada, na medida que aquele conhecimento não deve ficar dependente da iniciativa do consumidor. Assim, para além da lesão de interesses económicos, que constitui o cerne do processo judicial, releva ainda a violação do direito à informação, autonomamente consagrado no artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

Acresce que o artigo 19.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, estabelece um conjunto de cláusulas contratuais gerais proibidas consoante o “quadro negocial padronizado”. Esta norma é aplicável às relações com consumidores finais por remissão do artigo 20.º do diploma. Ao contrário do que se verifica nas cláusulas absolutamente proibidas, a proibição fica dependente de uma valoração

a realizar pelos tribunais. Entre as cláusulas relativamente proibidas encontram-se as que:

“d) Imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes.”

A referência ao “quadro negocial padronizado” obriga a realizar, para efeitos da apreciação da validade das cláusulas contratuais, um juízo abstrato – que atende, designadamente, ao tipo negocial, ao setor de atividade e à situação do mercado – e não em função dos interesses particulares das partes no caso concreto (RIBEIRO, 2000). As cláusulas contratuais impugnadas no processo judicial constituem uma ficção de aceitação relativamente aos serviços adicionais, na medida em que a sua contratação não depende de consentimento expresso e informado dos consumidores. Ora, em conformidade com o que resulta também do artigo 217.º n.º 1 do Código Civil, o artigo 19.º alínea d) do DL n.º 446/85, de 25 de outubro retira valor declarativo ao silêncio, quando lhe tiver sido atribuído unilateralmente no contrato de adesão. Importa recordar que a matriz normativa desta proibição é ainda a contrariedade à boa fé. Sobre esta matéria, verifica-se que a ficção de aceitação tem sido aplicada sobretudo no setor bancário, a propósito da alteração das condições contratuais dos cartões de crédito (ANTUNES, 2013).

Não tendo sido aplicada pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 2 de fevereiro de 2022, por não estar ainda em vigor quando este foi proferido, a Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, resultante da transposição das Diretivas 98/84/CE, 2002/77/CE e (UE) 2018/1972, estabelece no artigo 120.º n.º 6, um conjunto de elementos mínimos de informação contratual, entre os quais se incluem:

“b) As principais características de cada serviço prestado;
c) Os preços de ativação, incluindo o da instalação do serviço de comunicações eletrónicas e de quaisquer encargos recorrentes ou associados ao consumo, se o serviço for prestado contra uma prestação pecuniária direta.”

Ao desenvolver o disposto no artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor e no artigo 4.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, se estiverem em causa contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial, esta norma acautela sobretudo o problema da assimetria de informação que caracteriza o setor das telecomunicações.

PRÁTICAS COMERCIAIS AGRESSIVAS

O regime jurídico das práticas comerciais desleais foi aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, que transpôs para a ordenamento jurídico nacional a Diretiva 2005/29/CE. Como consta do Preâmbulo, o diploma contribui “para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e para promover o desenvolvimento de transações comerciais transfronteiriças”. Tributário da preocupação com a publicidade enganosa e as vendas agressivas, proíbe um conjunto de comportamentos lesivos dos interesses económicos dos consumidores. Assim, à semelhança da Diretiva, o DL n.º 57/2008, de 26 de março assenta numa cláusula geral (artigo 5.º), consagrando depois a proibição de algumas práticas comerciais desleais (artigo 6.º), como as ações enganosas (artigos 7.º e 8.º), as omissões enganosas (artigos 9.º e 10.º) e as práticas comerciais agressivas decorrentes de assédio, coação ou influência indevida (artigos 11.º e 12.º).

Importa começar por referir que a hipótese em apreço cabe no âmbito de aplicação do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Se, por um lado a ativação automática de dados móveis traduz uma conduta do profissional diretamente relacionada com a prestação de serviços, para efeitos do artigo 3.º alínea d) que define a prática comercial; por outro lado, tal conduta é suscetível de lesar os interesses económicos dos consumidores, delimitados pelo uso não profissional que fazem dos pacotes de telecomunicações contratados, nos termos do artigo 3.º alínea a), que reitera o artigo 2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor. Ou seja, a garantia dos interesses económicos dos consumidores não constitui apenas uma finalidade do regime jurídico das práticas comerciais desleais, representando igualmente um elemento de delimitação do seu âmbito de aplicação subjectivo (AMORIM, 2023).

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2022, relevam apenas as práticas comerciais agressivas, previstas no artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março:

“1. É agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limite ou seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.”

A proibição das práticas comerciais agressivas não depende da existência de uma decisão de transação, para efeitos do artigo 3.º alínea k). Historicamente, a proteção contra “métodos agressivos de promoção de vendas” resultava já do

artigo 7.º alínea a) da Lei de Defesa do Consumidor de 1981, enquadrada no direito do consumidor à lealdade na contratação. A disciplina que viria a desenvolver-se no ordenamento jurídico português assentava no pressuposto da inexperiência dos consumidores e, ainda, na assimetria de informação e no desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais. A proibição das vendas agressivas – tal como, atualmente, a proibição das práticas comerciais agressivas – resulta da necessidade de garantir a liberdade de escolha dos consumidores, que devem poder adquirir, de forma esclarecida e livre, os bens e serviços que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades. A liberdade de escolha integra um dos pressupostos do mercado concorrencial, constituindo um direito implícito à proteção enunciada no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa (MIRANDA e MEDEIROS, 2010).

Na norma citada, os conceitos de assédio, coação e influência indevida concretizam a desconformidade com a diligência profissional enquanto critério normativo da deslealdade das práticas comerciais enunciado na cláusula geral do artigo 5.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Constitui assédio a pressão psicológica exercida sobre os destinatários através de um comportamento que consiste em perseguir, incomodar, importunar ou premiar para obter uma decisão de transação, independentemente do caráter individual das comunicações comerciais, que constitui o seu âmbito de aplicação tradicional (FUENTES, 2010). Releva, por isso, sobretudo a persistência da atuação do profissional, que deve ser objeto de uma apreciação casuística. Já a coação pode ser física ou moral, criando nos destinatários a convicção de que determinada decisão de transação lhe permite evitar uma situação negativa ou alcançar um benefício, sempre que a primeira seja ilegítima e o segundo inexistente. Finalmente, a influência indevida encontra-se definida no artigo 3.º alínea j).

A proibição das práticas comerciais agressivas depende ainda da verificação de uma cláusula de relevância, relativa à suscetibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Assim, segundo a alínea e), importa que a prática comercial prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Ao afastar o pressuposto do dano efetivo, a cláusula de relevância permite configurar as práticas comerciais desleais como um ilícito de perigo abstrato (GUERINONI, 2010). A distorção substancial verifica-se maioritariamente nas situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico de consumo não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades.

No acórdão de 2 de fevereiro de 2022, o Supremo Tribunal de Justiça qualificou a contratação de serviços adicionais nas telecomunicações como oferta

conjunta e como fornecimento não solicitado de bens ou serviços, para os efeitos do artigo 11.º n.º 2 alínea d) e do artigo 12.º alínea f) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, respetivamente.

Ofertas Conjuntas

A contratação de serviços adicionais, que no quadro de um pacote de telecomunicações podem ser ativados automaticamente pelo prestador, deve ser apreciada ao abrigo da disciplina das ofertas conjuntas, na medida em que constitua uma prática comercial agressiva.

A proibição das ofertas conjuntas foi objeto de discussão a propósito da harmonização máxima da Diretiva 2005/29/CE. O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre a legislação que proíbe as ofertas conjuntas no ordenamento jurídico belga (processos n.º C-261/07 e C-299/07, decisão de 23 de abril de 2009) e no ordenamento jurídico polaco (processo n.º C-522/08, decisão de 11 de março de 2010), reiterando em ambos os casos a impossibilidade de os Estados Membros aprovarem ou manterem em vigor normas nacionais mais restritivas do que aquelas que resultam da Diretiva. Desta forma, a regra de harmonização máxima obrigou a rever todo o acervo legislativo em matéria de protecção dos interesses económicos dos consumidores, nomeadamente no domínio dos métodos de promoção de vendas. Em Portugal, foram revogados, nomeadamente, os artigos 26.º a 29.º do DL n.º 143/2001, de 26 de abril, relativos a modalidades de vendas que, sendo lesivas dos interesses económicos dos consumidores, passaram a estar abrangidas pelo regime jurídico das práticas comerciais desleais (CRISTAS, 2007). Continuou em vigor o artigo 27.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, relativo à proibição das ofertas conjuntas, que apenas viria a ser revogado com a aprovação do DL n.º 78/2018, de 15 de outubro. No entanto, aquela proibição continua a resultar do artigo 9.º n.º 6 da Lei de Defesa do Consumidor:

“É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros.”

Considerando as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia relativas à harmonização máxima da Diretiva 2005/29/CE, as ofertas conjuntas devem ser objeto, no ordenamento jurídico nacional, de uma apreciação casuística à luz da proibição das práticas comerciais agressivas. No direito comparado, o recurso à cláusula geral foi também defendido pela doutrina face ao artigo 34.º da Lei de Ordenação do Comércio Retalhista espanhola (CARMONA, 2010) e ao § 4 n.º 6 da Lei contra a Concorrência Desleal alemã (KÖHLER, 2012). É ainda o

que resulta expressamente do artigo L121-11 do Código do Consumo francês, que remete a valoração das ofertas conjuntas para a cláusula geral sobre práticas comerciais desleais.

No caso da contratação de serviços adicionais nas telecomunicações, releva especialmente a alínea d) do n.º 2 do artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que prevê como critério de apreciação da agressividade das práticas comerciais, a existência de entraves ao exercício de direitos contratuais do consumidor:

“2. Para efeito do disposto no número anterior, atende-se ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias, devendo ser considerados os seguintes aspetos:

d) Qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional.”

A apreciação casuística exigida pela conformidade à Diretiva 2005/29/CE foi realizada a propósito da ativação automática de dados móveis, que constituía uma característica indissociável do pacote de telecomunicações oferecido pela Vodafone. Como resulta do facto provado n.º 28, aqueles serviços adicionais continuaram a ser prestados, apesar de um dos consumidores ter expressamente solicitado a sua cessação, o que configura um entrave ao exercício de direitos contratuais, para efeitos da alínea d) do n.º 2 do artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Este critério de apreciação é determinante da qualificação da conduta como coação, mesmo na ausência de risco físico ou jurídico para os consumidores (PLAZA, CARBALLO-CALERO e PETRUS, 2010). Assim, no acórdão de 2 de fevereiro de 2022, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que as ofertas conjuntas constituíam uma conduta proibida por lei e ofensiva da boa fé e da autonomia privada.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 39.º inciso I do Código de Defesa do Consumidor qualifica as designadas *vendas casadas* como prática abusiva. A proibição visa evitar o prejuízo do consumidor decorrente de um abuso da superioridade económica ou técnica do fornecedor, como aquela que se verifica especialmente no setor das telecomunicações (MARQUES, 2019).

Os pacotes de serviços viriam a ser consagrados no artigo 114.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, que regula matérias como o direito à informação, o período de fidelização e a cessação do contrato. No entanto, trata-se de questões que não eram diretamente suscitadas na hipótese em apreço.

Fornecimento Não Solicitado

Transpondo o ponto 29 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE, a alínea f) do artigo 12.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março qualifica como agressiva em qualquer circunstância a prática comercial que consiste em:

“Exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou a guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalentes.”

Considerada uma modalidade típica de vendas agressivas (OLIVEIRA, 2004), o fornecimento não solicitado de bens ou serviços tem, no ordenamento jurídico português, uma longa tradição legislativa. Começou por ser qualificado como prática comercial irregular punida com multa pelo artigo 1.º do DL n.º 161/77, de 21 de abril e como contraordenação pelo artigo 62.º do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, que aprovou o regime jurídico das infrações antieconómicas e contra a saúde pública. Posteriormente, o artigo 15.º n.º 1 do DL n.º 272/87, de 3 de julho, que regulava as vendas realizadas fora do estabelecimento comercial, estabeleceu também que o “destinatário de um produto recebido sem que por ele tenha sido encomendado ou solicitado, ou que não constitua o cumprimento de qualquer contrato válido, não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-lo a título gratuito”. Ainda no contexto da proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, esta norma viria a ser substituída pelo artigo 29.º do DL n.º 143/2001, de 26 de abril, correspondente ao atual artigo 28.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

Igualmente em vigor, o artigo 23.º n.º 4 do Código da Publicidade, prevê que o destinatário da publicidade domiciliária e por correspondência “não é obrigado a adquirir, guardar ou devolver quaisquer bens ou amostras que lhe tenham sido enviados ou entregues à revelia de solicitação sua”. Acresce que, nos termos do artigo 9.º n.º 4 da Lei de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho:

“O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.”

Não tendo sido solicitados pelos consumidores, mas antes objeto de ativação automática, os serviços adicionais em causa no processo judicial

configuram uma prática comercial agressiva, nos termos da alínea f) do artigo 12.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março. A questão foi suscitada no Tribunal de Justiça da União Europeia, a propósito de um caso semelhante relativo à Vodafone italiana, onde se reconheceu que cabe no conceito de fornecimento não solicitado, para efeitos do ponto 29 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE, a comercialização por parte de um operador de telecomunicações de cartões SIM nos quais foram pré-instalados e previamente ativados serviços como a navegação na Internet e o correio de voz, “sem ter prévia e adequadamente informado o consumidor desta pré-instalação e ativação prévia, nem dos custos desses serviços” (processos n.º C-54/17 e C-55/17, decisão de 13 de setembro de 2018).

A proibição do fornecimento não solicitado visa impedir que a transação comercial seja determinada pela impreparação ou ingenuidade dos consumidores, sobretudo quando o envio é acompanhado de uma fatura ou de outros elementos, destinados a provocar a convicção de obrigatoriedade de pagamento. Insere-se, por isso, no conceito amplo de assédio (AMORIM, 2017) ou, de acordo com outros autores, na coação moral (CRISTOFARO, 2008).

No artigo 39.º inciso III do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o fornecimento não solicitado de bens ou serviços é qualificado como prática abusiva, inexistindo também, nos termos do parágrafo único, obrigação de pagamento. Noutros sistemas de direito comparado, a relevância jurídica do fornecimento não solicitado manifesta-se ainda no alargamento da proibição às relações entre profissionais e na tutela penal, como se verifica, por exemplo, no artigo R635-2 do Código Penal francês e nos §§ 11 (2) e 48 do Marketing Control Act norueguês.

NULIDADE DOS CONTRATOS

A violação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e do regime jurídico das práticas comerciais desleais permite acionar mecanismos de tutela individual dos consumidores. De acordo com o artigo 12.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, que reitera o disposto no artigo 16.º da Lei de Defesa do Consumidor e no artigo 280.º do Código Civil, as cláusulas contratuais gerais proibidas são nulas. Antes das alterações introduzidas pelo DL n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, o DL n.º 57/2008, de 26 de março previa a anulabilidade dos contratos celebrados sob influência de uma prática comercial desleal (artigo 14.º) e a responsabilidade civil pelos danos causados (artigo 15.º). No entanto, estes mecanismos não integram uma forma de tutela típica contra as práticas comerciais desleais, razão pela qual não constam da Diretiva 2005/29/CE, que se absteve de realizar uma harmonização sancionatória e processual (CAFAGGI e MICKLITZ, 2009). Como reconheceu o Tribunal de Justiça da União Europeia, a deslealdade traduz um dos elementos em que o juiz pode fazer assentar a apreciação do caráter

abusivo das cláusulas contratuais no âmbito de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, mas não tem impacto direto sobre a validade do negócio jurídico celebrado (processo n.º C-453/10, decisão de 15 de março de 2012).

Com a revogação do artigo 15.º, o artigo 14.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março passou a prever que “o consumidor tem direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal” (n.º 1) e que tem direito ao ressarcimento nos termos gerais (n.º 3). Na verdade, a invalidade dos contratos e a indemnização dos danos causados constituem ainda uma solução adequada para acautelar os efeitos decorrentes de uma decisão de transação que o consumidor não teria tomado de outro modo. Pelo que, mesmo na ausência de normas especiais, a anulabilidade do negócio jurídico decorre do recurso às disposições do Código Civil em matéria de dolo (artigo 253.º) ou de coação (artigo 255.º), aplicáveis respetivamente às práticas comerciais enganosas e agressivas, no caso de ameaça ou, por analogia, nas hipóteses de assédio e influência indevida (OLIVEIRA, 2011). Também o ressarcimento de danos assenta no regime jurídico da responsabilidade civil por factos ilícitos (artigo 483.º) ou da responsabilidade civil contratual (artigo 798.º). E, independentemente da efetiva celebração do negócio jurídico, é aplicável a responsabilidade civil pré-contratual (artigo 227.º).

No processo judicial em causa, sendo o DL n.º 446/85, de 25 de outubro mais favorável aos consumidores, o Supremo Tribunal de Justiça declarou a nulidade das cláusulas contratuais impugnadas, com efeito extintivo, como resulta do artigo 289.º do Código Civil:

“1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.”

Ao operar retroativamente, a extinção dos efeitos obrigacionais tem como principal consequência o direito à restituição. Daqui decorre igualmente o direito a não pagar os serviços adicionais que não tenham sido solicitados ou que tenham sido expressamente recusados. Na decisão final constante do acórdão de 2 de fevereiro de 2022, por se tratar de uma ação popular, que tem por objeto a tutela de interesses coletivos, a Vodafone foi condenada à restituição de todos os pagamentos relativos a serviços adicionais prestados na sequência da ativação automática de dados móveis e não solicitados pelos consumidores.

CONCLUSÃO

Na jurisprudência portuguesa, o acórdão de 2 de fevereiro de 2022 foi pioneiro e inovador na proteção dos interesses económicos dos consumidores no setor das telecomunicações, ao aplicar o DL n.º 446/85, de 25 de outubro e o DL n.º 57/2008, de 26 de março à contratação de serviços adicionais. Se, por um lado, a ausência de consentimento expresso e informado dos consumidores configura um comportamento contrário ao princípio geral da boa fé e uma ficção de aceitação enquanto cláusula proibida; por outro lado, as ofertas conjuntas e o fornecimento não solicitado foram qualificados como práticas comerciais agressivas.

Assim, o texto pretendeu contribuir para aprofundar o debate acerca destes institutos face ao ordenamento jurídico português, com especial enfoque no setor das telecomunicações. Relativamente ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, concluiu-se que a necessidade de proteção dos interesses económicos dos consumidores decorre da limitação da sua autonomia privada no momento da contratação. Com fundamento nos artigos 15.º e 16.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, o Supremo Tribunal de Justiça considerou abusiva a cláusula que permitia à operadora ativar automaticamente dados móveis após ter sido esgotado o pacote contratado. Considerou igualmente que tais serviços adicionais devem ser facultativos e prestados apenas a pedido dos consumidores, não podendo resultar de um consentimento genérico e presumido, uma vez que a ficção de aceitação é proibida pelo artigo 19.º alínea d) daquele diploma, em função do “quadro negocial padronizado”.

Já no domínio das práticas comerciais agressivas, concluiu-se que a contratação nos moldes referidos não garante a liberdade de escolha dos consumidores, configurando simultaneamente uma oferta conjunta e um fornecimento não solicitado, para os efeitos do artigo 11.º n.º 2 alínea d) e do artigo 12.º alínea f) do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Considerando a evolução da jurisprudência europeia, mas também a legislação e doutrina de direito comparado, as ofertas conjuntas devem ser objeto de uma apreciação casuística, sobretudo à luz do conceito de coação, mesmo na ausência de risco físico ou jurídico para os consumidores. Ora, verificando-se um entrave ao exercício de direitos contratuais, nomeadamente, à cessação da prestação dos serviços adicionais, a conduta da operadora pode ser qualificada como coação. Pode ainda ser qualificada como fornecimento não solicitado de bens ou serviços, instituto com uma longa tradição em Portugal, cuja proibição visa impedir que a transação comercial seja determinada pela impreparação ou ingenuidade dos consumidores, sobretudo num contexto de assimetria de informação, como a que caracteriza o setor das telecomunicações.

Por fim, importa referir que tratando-se de uma ação popular, a declaração de nulidade decorrente deste processo judicial pode ter um impacto muito considerável na restituição de pagamentos efetuados por um grande número de consumidores. E que a fundamentação adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça pode vir a ser seguida noutros sistemas de direito comparado, na medida em que assenta maioritariamente em diplomas resultantes da transposição de Diretivas Europeias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, C. F. (1982). *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina.
- _____. (2008). *Contratos I*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- AMORIM, A. (2017). *A tutela da lealdade nas relações de mercado: a propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina.
- _____. (2023). *Manual de Direito da Publicidade*. 2.^a ed. Lisboa: Petrony.
- ANACOM. (2023). *O sector das comunicações 2022*. Relatório disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=349313>.
- ANDRADE, J. V. (2002). Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXVIII, p. 43-64.
- ANTUNES, A. (2013). *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, J. O. (2000). Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, v. II, p. 573-595.
- CAFAGGI, F; MICKLITZ, H. (2009). Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward. *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement*, Oxford: Intersentia, p. 401-445.
- CARMONA, J. T. (2010). Ofertas conjuntas, ventas con prima y Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. *Noticias de la Unión Europea*, ano XXVI, n.º 309, p. 103-118.
- CORDEIRO, A. M. (1984). *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. J. A; CORDEIRO, A. M. (1986). *Cláusulas contratuais gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina.
- CRISTAS, A. (2007). Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, p. 141-162.

- CRISTOFARO, G. (2008). *Le Forniture non Richieste. Pratiche Commerciali Scorrette e Codice del Consumo*, Turim: G. Giappichelli Editore, p. 433-477.
- FUENTES, J. M. (2006). *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Madrid: Civitas.
- GUERINONI, E. (2010). *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milão: Giuffrè Editore.
- KÖHLER, H. (2012). Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland – eine kritische Analyse. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, ano 114, n.º 12/2012, p. 1073-1082.
- MARQUES, C. L. (2019). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MIRANDA, J; MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa anotada*. tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- OHLY, A; SOSNITZA, O. (2023). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar*. 8.ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck.
- OLIVEIRA, E. (2004). Tutela do consumidor na Internet. *Direito da Sociedade da Informação*, v. V, p. 335-358.
- OLIVEIRA, N. (2011). O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do DL n.º 57/2008, de 26 de março, para a sua superação. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, v. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 67-75.
- PLAZA, A. T; CARBALLO-CALERO, P. F; PETRUS, C. H. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley.
- PRATA, A. (2021). *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, J. S. (2000). *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina.

Law, State and Telecommunications Review
Revista de Direito, Estado e Telecomunicações

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: getel@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET>