

A DESPROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – ALGUMAS QUESTÕES SOBRE FIDELIZAÇÃO E TELEMÓVEIS

PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS*

I. Passados poucos meses de ter terminado a elaboração do artigo “*Pacta non sunt servanda?* «Fidelização» e cláusula penal nos contratos de telecomunicações”, em comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de maio de 2015, e que veio a integrar a edição do ano de 2015 desta revista¹, foi publicada a Lei 15/2016, de 17 de junho.

Este diploma alterou a Lei das Comunicações Eletrónicas, afirmando ter como fim reforçar a proteção dos consumidores de serviço de comunicações eletrónicas. O diploma foi aprovado na sequência do referido Acórdão e das questões por este levantado, que vieram clarificar o âmbito da proteção dos consumidores nestes contratos.

Em suma, na prática, o Acórdão de 7 de maio de 2015 veio estabelecer uma proteção dos consumidores mais ampla do que aquela que decorria da então “normal” interpretação literal do Decreto-Lei 56/2010. Como tivemos oportunidade de expor, acompanhamos a linha jurídica do referido Acórdão.

O Legislador aproveitou a oportunidade para procurar trazer a si a defesa dos consumidores, seguindo a linha jurisprudencial trilhada pelos Tribunais. Contudo, como se verá, a Lei 15/2016 não protege os consumidores.

A Lei 15/2016 protege as empresas do setor das telecomunicações, em prejuízo dos consumidores. É um diploma de desproteção dos consumidores.

Pretende-se no presente trabalho proceder à análise de algumas questões que resultaram da aprovação do referido diploma e, assim, fazer uma adenda ao artigo publicado na *AB INSTANTIA* de 2015 (ano III).

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado

¹ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, “*Pacta non sunt servanda?* «Fidelização» e cláusula penal nos contratos de telecomunicações”, *AB INSTANTIA* – Revista do Instituto do Conhecimento AB, 2015, Ano III, n.º 5, págs. 237 a 273.

II. A primeira questão que importa ter em consideração é a relação entre os dois diplomas.

O Decreto-Lei 56/2010, de 1 de junho, é especial em relação à Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), conforme resulta do teor do art. 2.º, n.º 2, al. h) deste diploma:

2 – O disposto na presente lei não prejudica:

[...]

h) O regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho.

O problema é que este “regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos” não abrange apenas o serviço de desbloqueamento de equipamentos. Este regime inclui:

- a fixação do montante a cobrar pelo desbloqueamento de telemóveis.
- a duração máxima do chamado “período de fidelização”.
- a proibição de cobranças de contrapartidas pela resolução do contrato durante o chamado “período de fidelização” a título de compensação.
- a proibição de cobranças de contrapartidas pela resolução do contrato durante o chamado “período de fidelização” a título de indemnização.

Pela sua clareza, transcreve-se um trecho do Tribunal da Relação do Porto de 7 de maio de 2015:

Assim sendo, tendo o legislador dito no art. 1.º do Decreto-Lei 56/2010 que esse “diploma estabelece limites à (...) rescisão do contrato durante o período de fidelização” e prevendo no art. 2.º o que pode ser exigido pelas operadoras a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização e não tendo o mesmo feito qualquer menção a que apenas estava a legislar sobre os custos de compatibilidade conclui-se que o legislador, não obstante ter tido em conta o mencionado Estudo de Mobilidade quis ir mais além do que as medidas nele propostas, por forma a afastar os entraves a uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas.”

A argumentação transcrita afigura-se-nos correcta. Apesar de ser indiscutível que no citado DL n.º 56/2010 o legislador privilegiou a regulamentação da fixação de limites à cobrança de quantias pela prestação de serviços de desbloqueamento de

equipamentos, não deixou de regular a indemnização pela resolução do contrato no período de fidelização, nos transcritos artigos 1º (2ª parte) e 2º n.º 5.

O denominado “*regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos*” é muito mais amplo do que o seu *nomen indica*, abrangendo várias outras matérias, como é afirmado pelo Tribunal da Relação do Porto de 7 de maio de 2015.

O art. 2º, nº 2, al. h) da Lei das Comunicações Eletrónicas faz prevalecer o regime do Decreto-Lei 56/2010 sobre o seu próprio conteúdo, incluindo o que resulta da redação da Lei nº 15/2016, de 17 de junho.

Por esta razão, nenhuma alteração introduzida em 2016 na Lei das Comunicações Eletrónicas, pela Lei nº 15/2016, de 17 de junho, altera o regime do Decreto-Lei 56/2010, de 1 de junho, que se mantém em vigor com todo o seu conteúdo, tal como decorre da interpretação efetuada pelo Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 7 de maio de 2015.

A consequência desta especialidade do Decreto-Lei 56/2010 é clara: em caso de divergência de regimes entre o Decreto-Lei 56/2010 e a Lei das Comunicações Eletrónicas, prevalece a primeira. Dito de outra maneira, caso a mesma questão seja regulada em ambos os diplomas, aplica-se o Decreto-Lei 56/2010. Caso o regime de um diploma seja incompatível com o regime do outro diploma, prevalece o regime do Decreto-Lei 56/2010.

Só prevalece a Lei das Comunicações Eletrónicas nos casos em que o Decreto-Lei 56/2010 o estatua, como sucede, por exemplo, no art. 5º deste diploma (que manda tomar em consideração o art. 47º da Lei das Comunicações Eletrónicas).

Há, contudo, necessidade de tentar compatibilizar os dois diplomas, em particular no que respeita a vários números do art. 48º da Lei das Comunicações Eletrónicas, com a redação que lhe foi dado pela Lei nº 15/2016.

Pretende-se, neste trabalho, analisar algumas destas disposições no que respeita aos contratos relativos ao serviço de telefone móvel (telemóveis).

Art. 48º, nº 3, primeira parte

É a seguinte a primeira parte do art. 48º, nº 3:

Quando o contrato a que se refere o n.º 1 for celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância, o prestador do serviço, ou seu representante, deve facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sob pena de nulidade deste, todas as informações referidas nos n.os 1 e 2...

Segundo esta disposição, no caso de contratos celebrados à distância com consumidores, a falta de cumprimento prévio do dever de informação estatuído no art. 48º, n.ºs 1 e 2, determina a nulidade do contrato.

Esta norma deve ser interpretada como não sendo suficiente que as referidas informações constem na minuta de contrato, que em regra é pré-elaborada pela empresa. Deve ser prestada previamente ao consumidor, de modo autónomo à minuta de contrato que irá, depois de assinada, passar a ser o próprio contrato.

Em caso de violação deste dever de informação, o contrato é nulo. A lei não faz qualquer diferenciação quanto ao regime de nulidade, pelo que será de aplicar o regime geral da nulidade. Em consequência, este vício é de conhecimento officioso, não prescrevendo nem caducando o direito a invocá-lo, e não sendo sanável.

Sendo declarada a nulidade do contrato, há lugar à correspondente relação de liquidação. Assim sendo, devem as partes devolver à outra tudo o recebido durante o período da putativa execução do contrato nulo. A empresa deve devolver ao consumidor todas as quantias recebidas, acrescidas de juros de mora desde a data da celebração do contrato. Por sua vez, o consumidor deve devolver à empresa quaisquer equipamentos eventualmente recebidos e, acima de tudo, pagar à empresa o custo que esta teve com a prestação do serviço. Custo este que não abrange a margem de lucro da empresa. Esta relação de liquidação não tem como fim o enriquecimento de nenhuma parte. Como tal, a margem de lucro da empresa não é abrangida. Em consequência, para que haja devolução de qualquer quantia líquida, a empresa deverá alegar e provar a sua margem de lucro naquele contrato. Não sendo possível provar-se uma margem de lucro determinada, mas provando-se uma margem de lucro balizada entre dois valores (entre 10% e 20%, por exemplo), deve o Tribunal fixar um valor dentro destes limites, através de um juízo de equidade. Contudo, caso não seja alegada qualquer margem de lucro, o Tribunal apenas poderá condenar o consumidor a entregar uma quantia a liquidar em execução de sentença que, naturalmente, nunca poderá ser superior à quantia contratada (um eventual *dumping* por parte da empresa, sendo ilícito, não pode aproveitar à empresa).

Art. 48º, n.º 3, segunda parte

É a seguinte a segunda parte do art. 48º, n.º 3:

... ficando o consumidor vinculado apenas depois de assinar proposta contratual ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

Esta disposição estatui uma regra de forma para a declaração negocial do consumidor. Assim, este é um contrato formal, mas em que a forma negocial apenas é exigida relativamente à declaração de uma das partes, como sucede, por exemplo, no contrato de mútuo civil de valor superior a €2.500 e não superior a €25.000.

Apesar de esta ser uma regra de forma, a consequência da sua violação não é a nulidade do contrato, mas a sua inexistência. O que a disposição estatui é que o consumidor não fica vinculado ao contrato enquanto o não fizer por escrito. Como tal, até que tal suceda não há contrato, não existe contrato. Não se trata propriamente de um vício de falta de forma, mas de uma declaração que apenas opera com determinada forma. Ou seja, não se trata de uma questão de forma externa da declaração, mas de uma questão de forma interna da declaração.²

Verificando-se falta de forma desta declaração, não há contrato e, como tal, não há causa para as prestações. Já não se trata, neste caso, de uma relação de liquidação de uma putativa relação jurídica e com causa num negócio nulo. Antes, trata-se de um caso de enriquecimento sem causa, numa situação de *causa data, causa non secuta*. O eventual reequilíbrio da relação opera, por esta razão, com base nos arts. 473º e seguintes do Código Civil³, que regulam o instituto do enriquecimento sem causa.

Art. 48º, nº 4, primeira parte

A divisão entre a primeira e segunda partes do art. 48º, nº 4 não é linear, exigindo uma composição do texto. Assim é a seguinte a primeira parte do art. 48º, nº 4:

É interdito às empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas opor -se à denúncia dos contratos por iniciativa dos assinantes, com fundamento na existência de um período de fidelização [...], se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

Esta disposição está redigida ao contrário.

Normalmente, redigem-se as disposições independentemente da questão da sua prova. Claro está que, não se provando os factos, não se extraem os correspondentes efeitos. No caso concreto, não se provando os factos, o contrato é inexistente e, como tal, não há vinculação. Não há, pois, qualquer sentido possível em redigir esta disposição deste modo. Está, muito simplesmente, mal redigida.

² VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 620 e 621.

³ Por determinação do art. 3º do Código Comercial, que manda aplicar o Código Civil a título subsidiário final.

No presente caso, corrigindo a redação, a disposição passaria a ter o seguinte teor:

É permitido às empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrônicas opor -se à denúncia dos contratos por iniciativa dos assinantes, com fundamento na existência de um período de fidelização [...], salvo se não provarem a manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

Esta disposição cria a aparência de ser uma manifestação do princípio *pacta sunt servanda*: os contratos são para cumprir. A ser assim, sendo um contrato celebrado por determinado prazo mínimo, devia vigorar por esse prazo, não podendo uma parte denunciá-lo na pendência do prazo.

As consequências são importantes, pois o contrato não pode ser denunciado, nem pode ser revogado, nem resolvido, salvo nos casos geralmente permitidos em Direito. Assim, a prática corrente de extinguir o contrato sem invocar qualquer fundamento, traduzir-se-á numa resolução ilícita do contrato que, apesar de eficaz, constitui o consumidor na obrigação de indemnizar a empresa.

Como tivemos oportunidade de referir, o regime do Decreto-Lei 56/2010 não vinculava juridicamente as partes a uma determinada duração do contrato, mesmo no caso de “cláusula de fidelização”. O art. 2º, nº 3 deste diploma excluía a responsabilidade civil em todos os casos de resolução do contrato, pelo que mesmo que um consumidor resolvesse o contrato sem justa causa, não havia lugar a qualquer “*contrapartida [...] a título indemnização ou compensatório*”, salvo a devolução proporcional do valor de qualquer equipamento que tivesse sido “oferecido” pela empresa.

Ou seja, o Decreto-Lei 56/2010 não tutelava juridicamente a resolução do contrato sem justa causa, pelo que o consumidor se podia desvincular livremente.

A lei 15/2016, declarando expressamente ter como fim “*reforçar a proteção dos consumidores*” veio, contudo, aprovar uma disposição que permite responsabilizar civilmente os consumidores em caso de resolução sem justa causa de um contrato em “*violação*” da cláusula de “*fidelização*”. O que não sucedia no regime anterior.

Ou seja, deixa de proteger os consumidores, que anteriormente se podiam desvincular sem pagar qualquer quantia, salvo no que respeita ao equipamento, e que agora passariam a ter de indemnizar a empresa. De outro ponto de vista, passa a proteger juridicamente as empresas contra a desvinculação por parte do consumidor, quando antes estas não eram protegidas pelo Direito.

Como vimos, a disposição está mal redigida, pois cria a aparência de proteger os consumidores quando atinge o resultado oposto, retirando-lhes uma proteção anteriormente vigente.

Contudo, o Legislador não tomou em consideração que a Lei das Comunicações Eletrônicas ressalva sempre a aplicabilidade do Decreto-Lei 56/2010 e que a primeira parte do art. 48º, nº 4 da Lei das Comunicações Eletrônicas é incompatível com o art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010. Em consequência, é esta última disposição que prevalece. Para melhor esclarecimento, transcrevem-se estas disposições:

Primeira parte do art. 48º, nº 4 da Lei das Comunicações Eletrônicas:

É interdito às empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrônicas opor -se à denúncia dos contratos por iniciativa dos assinantes, com fundamento na existência de um período de fidelização [...], se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

Art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010:

Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a:⁴

Como resulta manifesto, um diploma⁵ não permite a cobrança de qualquer quantia pela resolução do contrato, enquanto o outro diploma⁶ permite essa cobrança. Os diplomas são incompatíveis.

Face a este regime, deve entender-se que a primeira parte do art. 48º, nº 4 não tem âmbito de aplicação, porque é integralmente excluído pelo art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010.

Art. 48º, nº 4, segunda parte

A segunda parte do art. 48º, nº 4, tem o seguinte teor:

É interdito às empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrônicas [...] exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um período de fidelização, se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

⁴ Seguindo-se três alíneas relativas ao valor a devolver referente a equipamentos, que varia entre os 100% e os 50% descontado de quantias já pagas pelo consumidor e de créditos do consumidor sobre a empresa.

⁵ Decreto-Lei 56/2010.

⁶ Lei das Comunicações Eletrônicas.

Tal como sucede na primeira parte, esta disposição está redigida ao contrário. Procedendo-se à correção da sua redação, o seu teor passaria a ser o seguinte:

É permitido às empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas [...] exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um período de fidelização, desde que provem a manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

Mais uma vez, o conteúdo da disposição é o oposto do que decorria do Decreto-Lei 56/2010. Neste diploma, apenas se permitia que a empresa exigisse ao consumidor uma parte do valor do equipamento (em regra, um telemóvel, ou *modem/router*), dependendo do tempo já decorrido.

Esta disposição da Lei das Comunicações Eletrónicas permite às empresas cobrarem indemnização pela “violação” da cláusula de “fidelização”, o que constitui o regime inverso ao que resulta do Decreto-Lei 56/2010. Contudo, tal como sucede no caso anterior, sendo esta nova disposição, da Lei das Comunicações Eletrónicas, incompatível com o regime do Decreto-Lei 56/2010, não pode ser aplicada.

Assim, pode concluir-se que o art. 48º, nº 4 da Lei das Comunicações Eletrónicas não é aplicável, sendo antes aplicável o art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010.

Note-se que o art. 48º, nº 4 da Lei das Comunicações Eletrónicas apenas é aplicável a consumidores, que celebrem os contratos à distância, nos casos em que tenha sido o consumidor a efetuar o contacto inicial com a empresa através de telefone. Esta limitação decorre da última parte do art. 48º, nº 4 da Lei das Comunicações Eletrónicas, que tem o seguinte teor:

...desde que provem a manifestação de vontade do consumidor referida no número anterior.

Esta parte da disposição exige que se trate de um consumidor, e que tenha sido feita prova da “*manifestação de vontade referida no número anterior*”. Esta “*manifestação de vontade referida no número anterior*”, consta do art. 48º, nº 3, que tem o seguinte teor:

Quando o contrato a que se refere o nº 1 for celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância, o prestador do serviço, ou seu representante, deve facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sob pena de nulidade deste, todas as informações referidas nos nºs 1 e 2, ficando o consumidor vinculado apenas depois de assinar proposta contratual ou enviar o seu consenti-

mento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

Como tal resulta desta disposição, que a mesma exige:

- que se trate de um contrato referido no art. 48º, nº1;⁷
- que seja “celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância”;
- que a contraparte seja um consumidor.

Face a estas limitações, não ficariam abrangidos pela possibilidade de a empresa cobrar uma quantia a título compensatório ou indemnizatório pela cessação do contrato:

- Os não consumidores.⁸
- Os consumidores que tivessem celebrado os contratos presencialmente.
- Os consumidores que tivessem celebrado os contratos à distância, mas não tivesse sido o consumidor a efetuar o contacto inicial com a empresa através de telefone.
- Os consumidores que tivessem celebrado os contratos à distância, e tivesse sido o consumidor a efetuar o contacto inicial com a empresa, mas não através de telefone.

Este é um regime de desproteção dos consumidores, que a vigorar implicaria que alguns consumidores seriam menos protegidos do que outros consumidores e mesmo menos protegidos que os não consumidores.

Art. 48º, nº 5 e 6

Segundo o art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas, o prazo máximo de “fidelização” é de 24 meses. Contudo, o nº 6 do mesmo diploma admite que este período seja aumentado, fixando-se períodos adicionais de “fidelização” (com um máximo de 24 meses cada um), desde que, cumulativamente:

⁷ O art. 48º, nº 1 tem o seguinte teor: “Sem prejuízo da legislação aplicável à defesa do consumidor, a oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público é objeto de contrato, do qual devem obrigatoriamente constar, de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível, os seguintes elementos:...”

⁸ Conforme resulta do art. 1º do Decreto-Lei 56/2010, este aplica-se a “utentes” e não apenas a “consumidores”, o que abrange quer os consumidores, quer os não consumidores.

- o consumidor aceite expressamente (mas não tacitamente).
- se verifique uma alteração ao contrato que importe uma atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica.

Contudo, tal como decorre da letra da lei, este seria um caso excecional. Sucede, no entanto, que como se verá esta excecionalidade não corresponde à verdade. Antes, é mais um caso de inversão da norma, de modo a tentar proteger as empresas do setor, ao mesmo tempo que afirma estar a proteger os consumidores.

É uma norma de desproteção do consumidor.

Esta disposição permitiria que, com o acordo expresso do consumidor, e desde que fosse contratada uma atualização de equipamentos (a entrega de um novo telefone, por exemplo) ou a atualização da infraestrutura tecnológica (a colocação de uma nova antena algures em Portugal, por exemplo), se fosse prorrogando indefinidamente o período de vinculação, 24 meses de cada vez.

As duas alíneas garantiriam a natureza excecional da situação. É, contudo, aqui que está a inversão sistemática. Estas duas alíneas não constituem uma exceção, mas antes a regra geral. E uma regra que, mais do que geral, é quase total.

A infraestrutura tecnológica dos operadores de serviço telefónico móvel está sempre em permanente atualização, quer com a colocação de novas antenas, quer com melhorias nestas, quer ainda na rede terrestre ou noutras partes da infraestrutura. Assim, na prática, esta disposição não traduz nenhuma excecionalidade, nem mesmo qualquer especialidade. Muito pelo contrário, é assim que o setor opera no seu dia-a-dia: esta é a regra.

O outro facto que traduziria a excecionalidade, seria o acordo expresso do consumidor. Note-se que sempre seria necessário o acordo do consumidor, tal como o acordo da empresa. Caso contrário, não haveria contrato. Por esta razão, a única verdadeira exigência para a aplicação desta “exceção” é que o acordo do consumidor seja expresso e não tácito.

Mas mesmo esta exigência é, na prática, inútil. Os contratos de serviço telefónico móvel são quase sempre celebrados através da simples adesão do consumidor a um contrato pré-elaborado pela empresa, quer o contrato seja celebrado por escrito, quer seja celebrado oralmente. A empresa pode aproveitar e colocar no clausulado do contrato o novo prazo de “fidelização”, e uma qualquer referência à atualização das infraestruturas. Assim, na prática, basta que o consumidor assine o contrato escrito, ou dê o seu acordo oral, para cumprir esta exigência. Como a declaração do consumidor é, nestes casos, normalmente expressa, a exceção estaria sempre preenchida.

Mais uma vez se afirma: uma exceção que está sempre preenchida não é uma exceção; é uma regra geral!

Ao estatuir-se estes factos como critérios operativos da uma virtual “exceção”, permite-se a prorrogação do prazo de “fidelização” em qualquer caso de acordo expresso do consumidor, o que abrange quase todos os contratos.

Ou seja, o Legislador criou a aparência de que o nº 6 teria um carácter excepcional, ao mesmo tempo que erigia esta exceção em regra geral. O nº 6 tem efetivamente como fim proteger as empresas contra os consumidores, procurando retirar-lhes o anterior nível de proteção.

O legislador, pesando os pratos da balança, fê-los pender a favor das empresas, e contra os consumidores, mas sempre afirmando o contrário. Ou seja, disse uma coisa, e fez exatamente o oposto.

Contudo, e como já referimos, o Legislador esqueceu-se da relação entre os dois diplomas, e esqueceu-se do art. 4º do Decreto-Lei 56/2010. Esta disposição proíbe que o período de fidelização tenha uma duração superior a 24 meses e não permite qualquer prorrogação.

Ou seja, o art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas nada traz de novo, porquanto tal já decorria do art. 4º do Decreto-Lei 56/2010. É, pois, ineficaz, porquanto nada alterou na Ordem Jurídica portuguesa. Por sua vez, o art. 48º, nº 6 da Lei das Comunicações Eletrónicas é incompatível com o art. 4º do Decreto-Lei 56/2010, pelo que não é aplicável. Em suma, estas disposições não são aplicáveis, o que significa que o prazo de duração da cláusula de “fidelização” não pode, nunca, ultrapassar os 24 meses, nem mesmo em caso de entrega de um novo telefone ou de atualização da infraestrutura. Caso seja celebrada uma prorrogação desta cláusula, a cláusula com esta prorrogação é nula, por violação do art. 4º do Decreto-Lei 56/2010.

O prazo máximo de “fidelização” é, portanto, de 24 meses não prorrogáveis em caso algum. Caso uma empresa pretenda acordar um novo prazo de “fidelização” com um consumidor, terá de celebrar um novo contrato *ab initio*.

Art. 48º, nº 11, 12 e 13

No nº 11 o Legislador cria, ou reforça, a aparência de proteger o consumidor, mas efetivamente desprotege-o. Contudo, também neste caso, a técnica usada pelo Legislador impede a vigência destas disposições.

É o seguinte o teor do art. 48º, nº 11 da Lei das Comunicações Eletrónicas:

Durante o período de fidelização, os encargos para o assinante, decorrentes da resolução do contrato por sua iniciativa, não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação, sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório.

Esta disposição é incompatível com o art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010, que tem o seguinte teor:

Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a:⁹.

O nº 11 do art. 48º da Lei das Comunicações Eletrónicas tem um âmbito mais restrito que o art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010, pois permite a cobrança dos “custos que o fornecedor teve com a instalação da operação”, enquanto o art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010 limita a cobrança das contrapartidas a uma percentagem (100%, 80% ou 50%) valor do equipamento¹⁰ à data da sua aquisição.¹¹ O novo regime da Lei da Comunicações Eletrónicas permite cobrar quantias que ultrapassam o que é permitido pelo Decreto-lei 56/2010, razão pela qual o nº 11 do art. 48º da Lei das Comunicações Eletrónicas não é aplicável, por imposição do art. 2º, nº 2, al. h) deste diploma.

O art. 48º, nº 12 da Lei da Comunicações Eletrónicas pode ser dividido em duas partes, com o seguinte teor:

- *Os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado,*
- *não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação.*

A primeira parte é diferente do art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010, pelo que também não é aplicável. Note-se que o princípio da proporcionalidade já decorria do Decreto-Lei 56/2010, tal como é afirmado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de maio de 2015. Como tal, a inaplicabilidade do art. 48º, nº 12 da Lei da Comunicações Eletrónicas não significa que o princípio da proporcionalidade não seja aplicável, mas apenas que não resulta deste diploma, mas antes do Decreto-Lei 56/2010.

A segunda parte do nº 12 do art. 48º esclarece que não pode resultar do regime aplicável ao contrato que os encargos devidos em casos de extinção do contrato durante o período de “fidelização” correspondam automaticamente à soma do

⁹ Seguindo-se três alíneas relativas ao valor a devolver referente a equipamentos, que varia entre os 100% e os 50% descontado de quantias já pagas pelo consumidor e de créditos do consumidor sobre a empresa.

¹⁰ E não de quaisquer “custos que o fornecedor teve com a instalação da operação”.

¹¹ “...deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operado de comunicações móveis”.

valor das prestações vincendas à data da cessão. Ou seja, proíbe cláusulas que estipulem uma obrigação de pagar as prestações vincendas em caso de “*pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante*” e impede que a Lei seja interpretada neste sentido.

O art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 56/2010 estatui o mesmo, apesar de estar escrito de outro modo. Ao se proibir a cobrança qualquer contrapartida pela resolução do contrato¹², proíbe-se – também – a cobrança de prestações vincendas.

Assim, esta parte do art. 48º, nº 12 da Lei das Comunicações Eletrónicas tem a utilidade de esclarecer que não se pode fixar previamente no contrato os custos a pagar através de uma remissão para o valor das prestações vincendas em dívida, o que já decorria do Decreto-Lei 56/2010.

Já a primeira parte do nº 13 parece ter uma remissão para o Decreto-Lei 56/2010, o que não faz qualquer sentido.

Claro está que o Legislador poderá ter ficado convencido que o Decreto-Lei 56/2010 apenas regulava o desbloqueamento de telemóveis (“*equipamentos terminais*”). Contudo, como afirmámos já, neste trabalho e no artigo anteriormente publicado na *AB INSTANTIA*¹³, o Decreto-Lei 56/2010 regula muito mais do que o desbloqueamento de telemóveis. Assim, o art. 48º, nº 13 da Lei das Comunicações Eletrónicas limita-se a repetir o que já decorre do art. 2º, nº 2, al. h) deste diploma. É, por esta razão, uma disposição inútil. O âmbito do Decreto-Lei 56/2010 é o que resulta do seu próprio conteúdo, sendo que todo o seu conteúdo se mantém em vigor. Assim, o art. 48º, nº 13 da Lei das Comunicações Eletrónicas não é aplicável nos casos em apreciação.

A segunda parte do art. 48º, nº 13 da Lei das Comunicações Eletrónicas, aplicável às “*demais situações*”, é derogada pelo art. 2º, nºs 2 e 4 do Decreto-Lei 56/2010. Estas “*demais situações*” são as seguintes:

- situações nas quais não ocorre “*subsidição de equipamentos terminais*”;
- situações nas quais não ocorre uma “*cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante*”.

No que respeita à primeira destas situações, é necessário tomar em consideração que o Decreto-Lei 56/2010 se aplica quer exista “*subsidição*” de equipamentos, ou não. Naturalmente que, quando não ocorre esta prática, o valor

¹² Salvo o valor proporcional do equipamento fornecido (art. 2º, nº 2, alíneas a) a c) do Decreto-Lei 56/2010).

¹³ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, “*Pacta non sunt servanda? «Fidelização» e cláusula penal nos contratos de telecomunicações*”, *AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 2015, Ano III, nº 5, págs. 237 a 273.

do equipamento que não é fornecido não pode – logicamente – ser tomado em consideração. Assim, nestes casos, o art. 2º, n.º 2 do Decreto-Lei 56/2010 impede a aplicação do correspondente conteúdo do art. 48º, n.º 13 da Lei das Comunicações Eletrónicas.

No que respeita à segunda das “*demais situações*”, importa considerar que o art. 2º, n.º 4 do Decreto-Lei 56/2010 tem o seguinte teor:

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

Na falta de “*período de fidelização*” é aplicável o art. 2º, n.º 4 do Decreto-Lei 56/2010 e não o art. 48º, n.º 13 da Lei das Comunicações Eletrónicas.

Uma das duas únicas diferenças consiste na referência a “vantagem conferida” em lugar de “valor do equipamento”. Contudo, o Decreto-Lei 56/2010 aplica-se a contratos com e sem entrega de equipamentos, não permitindo a cobrança da referida “outra vantagem”, mas apenas do “valor do equipamento”. Assim, nos casos em que a vantagem difere da entrega de equipamento, a “vantagem conferida” não é recuperável a título de indemnização ou compensação pela “resolução do contrato” fora do período de “fidelização”.

A outra diferença consiste na referência expressa à necessidade da relação, entre os valores a cobrar e o valor do equipamento, respeitar o princípio da proporcionalidade, que no Decreto-Lei 56/2010 não resulta expressamente. Contudo, mesmo sem resultar expressamente, sempre seria aplicável como é defendido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de maio de 2015, e como tivemos também já oportunidade de afirmar¹⁴. Como tal, também nesta parte a disposição tem uma função meramente interpretativa.

Art. 48º, n.º 14

É o seguinte o teor desta disposição:

Findo o período de fidelização e na ausência de acordo relativamente ao estabelecimento de um novo período de fidelização nos termos do número seguinte, o valor

¹⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, “*Pacta non sunt servanda? «Fidelização» e cláusula penal nos contratos de telecomunicações*”, *AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 2015, Ano III, n.º 5, págs. 237 a 273.

a fixar como contrapartida pela prestação dos serviços não pode ser superior aos preços normais que pelo mesmo são devidos àquela data, abrangendo, apenas, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção.

Esta disposição tem duas partes lógicas.

Na primeira parte, parece permitir a prorrogação de prazos de “fidelização”. Contudo, como vimos já, estes prazos não podem ser superiores a 24 meses, sem exceção, não podendo ser prorrogados para além de 24 meses. Como tal, esta parte da disposição deve ser interpretada como sendo aplicável aos casos em que o prazo de “fidelização” era inferior a 24 meses, tendo sido prorrogado mas em respeito pelo prazo máximo de 24 meses.

Na segunda parte a disposição presume que o prazo de “fidelização” seja o prazo do contrato. O prazo de “fidelização” não é necessariamente o termo final do contrato. Caso o seja, terminado o prazo caducaria o contrato, ficando o mesmo extinto, a menos que existisse renovação automática (já sem “fidelização”).

Sucedo, no entanto que, sendo a renovação automática, não há necessidade de fixar valores como preço pelos serviços. Renovando-se o contrato, mantém-se o mesmo preço, a menos que as partes acordem na sua alteração. Assim, esta disposição não se destina a fixar ou limitar o preço do contrato em si.

A questão que se resolve é diferente, e decorre da integração no “preço global” do serviço, de uma parcela destinada a pagar os equipamentos. Findo o período de “fidelização”, já não são mais devidos pagamentos pelos equipamentos, pelo que se torna necessário retirar ao “preço global” todas as parcelas que não sejam sinalagma do serviço propriamente dito. Assim, nestes casos, mesmo que haja lugar a renovação, o preço poderá ser reduzido na parte que não traduz o preço do serviço em si.

Em suma, se durante o período inicial de vigência do contrato, o preço era sinalagma do serviço e de equipamentos, na renovação deve reduzir-se o preço ao sinalagma do serviço.

Art. 48, nº 15

É o seguinte o teor desta disposição:

No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode ser estabelecido novo período de fidelização, exceto se, por vontade do assinante validamente expressa nos termos do nº 3, for contratada a disponibilização subsidiada de novos equipamentos terminais ou a oferta de condições promocionais devidamente

identificadas e quantificadas e que, em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos já foram recuperados em período de fidelização anterior.

O nº 15 do art. 48º pretende regular a fixação de um novo prazo de fidelização, concretizando o regime do nº 3 da mesma disposição. Vimos já que a disposição do art. 3º não vigora, em resultado da sua incompatibilidade com o Decreto-Lei 56/2010. Assim, esta disposição também não vigora, pelas mesmas razões.

Conclusão

A Lei 15/2016, que alterou a Lei das Comunicações Eletrónicas, e que se apresenta como destinada a reforçar a proteção dos consumidores é uma lei que, na realidade, está estruturada de modo a desproteger o consumidor, procurando diminuir a proteção anteriormente vigente e, em consequência, aumentar a proteção das empresas do setor face aos consumidores.

Contudo, este efeito de desproteger o consumidor não é atingido, porque o Legislador não tomou em consideração que o Decreto-Lei 56/2010 não se aplica apenas a contrato com entrega de equipamento, e não tomou em consideração que este o Decreto-Lei 56/2010 prevalece sobre a Lei das Comunicações Eletrónicas. Em consequência, enquanto se mantiver esta relação entre os dois diplomas, os consumidores estão protegidos, mas no momento em que o Legislador alterar o art. 2º, nº 2, al. h) da Lei das Comunicações Eletrónicas, estes deixarão de ser protegidos. O mesmo pode ocorrer, caso seja alterado o Decreto-Lei 56/2010, de modo a limitar o seu âmbito de aplicação.

Prevê-se, contudo, que na atual fase avançada de progresso para o capitalismo liberal que domina o legislador português, seja rapidamente corrigida esta situação de modo a se poderem proteger adequadamente as empresas do setor, à custa dos consumidores, nomeadamente, através da revogação do art. 2º, nº 2, al. h) da Lei das Comunicações Eletrónicas, ou de uma retificação à Lei 15/2016, de 17 de junho.

O tempo o dirá.