

DECISÃO

Determinação para a cessação ou adaptação da prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final

Julho 2024

VERSÃO ÚNICA

Índice

1. CONTEXTO	2
2. ANÁLISE	4
2.1. Do (in)cumprimento da legislação supervisionada pela ANACOM	5
2.1.1. Lei dos Serviços Públicos Essenciais	5
2.1.2. Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais	7
2.2. Da proporcionalidade da prática	8
3. DELIBERAÇÃO.....	14

1. Contexto

A ANACOM analisou um conjunto de reclamações¹ recebidas entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de junho de 2023 visando vários prestadores de serviços de comunicações eletrónicas relativas à ativação, alegadamente sem prévia solicitação ou consentimento do utilizador final, de *plafonds* adicionais de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial incluído no preço periódico do tarifário contratado. Estão em causa, sobretudo, tarifários de serviço telefónico móvel com acesso à Internet, bem como do serviço de acesso à Internet móvel.

Os interessados alegam, de um modo geral, o seguinte:

- desconhecimento da característica do tarifário que subscreveram relacionada com a ativação automática de *plafonds* adicionais de dados móveis após esgotamento do *plafond* contratado, pelo facto de não terem sido informados sobre a mesma aquando da contratação;
- dificuldades ou impossibilidade de barramento prévio da ativação automática dos referidos *plafonds* adicionais;
- falta de receção de avisos de consumos, nomeadamente através de SMS de notificação dos consumos efetuados quando os *plafonds* estejam próximo do respetivo limite ou esgotados;
- faturação de montantes elevados relativos à ativação de múltiplos *plafonds* adicionais de dados sem solicitação prévia e/ou sem consentimento expresso para cada um desses *plafonds*, em alguns casos sem perceção dos consumos devido à falta de avisos.
- cobrança de montantes elevados relativos à ativação de múltiplos *plafonds* adicionais de dados sem solicitação prévia e/ou sem consentimento expresso para cada um desses

¹ Foram analisadas 437 reclamações recebidas entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de junho de 2023, que se estima que sejam representativas de cerca de 4000 reclamações, tendo por base a seguinte metodologia divulgada pela ANACOM em [Metodologia e dicas – Portal do Consumidor \(anacom-consumidor.pt\)](https://www.anacom.pt/portal-do-consumidor). Em concreto, foram consideradas todas as reclamações escritas recebidas pela ANACOM através dos meios que disponibiliza para o efeito (“reclamações diretas”), bem como uma amostra das que são apresentadas pelos utilizadores aos prestadores de serviços através dos livros de reclamações físico e eletrónico (“reclamações indiretas”). Este subconjunto amostral, que corresponde, em regra, entre 8% e 10% do universo das reclamações apresentadas através dos livros de reclamações, é selecionado semanalmente através do método de amostragem aleatória simples. A agregação da informação para a produção de estimativas tem em conta o peso das reclamações diretas e indiretas em cada semana no período em análise.

plafonds por parte do titular do contrato, sem perceção dos consumos devido à falta de avisos enviados ao titular do contrato, em situações de contratação de serviços telefónicos móveis agregados a pacote de serviços cujos utilizadores são menores.

Neste contexto, a ANACOM diligenciou com vista à obtenção de informação adicional sobre esta prática, procedendo à recolha da informação disponível nos sítios na Internet das empresas visadas nas reclamações analisadas, bem como ao envio de pedidos de esclarecimento a essas empresas. Os elementos apurados confirmaram a existência de tarifários no âmbito dos quais são ativados *plafonds* adicionais de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial incluído no preço periódico contratado, sem que o utilizador final tenha solicitado ou consentido prévia e especificamente na ativação de cada um desses *plafonds adicionais*, imediatamente antes ou após o esgotamento do *plafond* inicial. Das respostas das empresas aos pedidos de esclarecimentos enviados pela ANACOM resulta, em síntese e de um modo geral, que as empresas que recorrem a esta prática consideram que o consentimento para a ativação automática dos *plafonds* de comunicações adicionais é dado pelo utilizador final no momento da celebração do contrato, na medida em que a ativação automática desses *plafonds* adicionais se encontra prevista nas condições contratuais (gerais ou específicas), no resumo do contrato, ou corresponde a uma característica dos tarifários.

A informação sobre esta característica de ativação automática de *plafonds* de comunicações adicionais constará da informação sobre os tarifários que é divulgada na página das empresas na Internet, bem como dos contratos de adesão, diretamente ou por remissão para as condições do tarifário.

No que se refere à possibilidade de barramento prévio ou definição de limites do referido automatismo, e ainda que esta não fosse clara nos primeiros casos analisados pela ANACOM, esta possibilidade existe, atualmente, na generalidade das ofertas com esta característica, sendo que os utilizadores finais poderão solicitar este barramento ou definir limites, tendencialmente, através dos canais habituais de comunicação com as empresas. Sem prejuízo, e tal como acima mencionado, registaram-se diversas reclamações denunciando dificuldades na concretização destas opções, com relatos de pedidos sucessivos sem tratamento pelas empresas e de dificuldade na obtenção de prova desses pedidos.

Os termos de utilização dos *plafonds* adicionais de comunicação divergem entre as várias empresas analisadas, tendo-se, por um lado, identificado situações em que o prazo para a

utilização desses *plafonds* era reduzido, em alguns casos de 24 horas. Foram também identificadas divergências quanto ao número de *plafonds* adicionais ativados por ciclo de faturação, havendo casos em que se preveem limites de 2, 5, 10 ou 30 *plafonds* adicionais, tarifários que permitem uma ativação diária e tarifários que não contemplam limite máximo do número de ativações.

Neste contexto, em 29.02.2024, a ANACOM aprovou o sentido provável de decisão (SPD) sobre a aplicação de medida corretiva relativa à prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final, tendo decidido submetê-lo a audiência prévia das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 181.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, bem como a consulta pública, nos termos da alínea d) do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo, fixando em ambos os procedimentos um prazo de 20 dias úteis, para que os interessados se pronunciassem.

O prazo inicialmente fixado, de 20 dias úteis, para os procedimentos de audiência prévia dos interessados e de consulta, foi prorrogado por mais 10 dias úteis, tendo assim terminado em 16.04.2024.

No âmbito dos procedimentos de audiência prévia e de consulta pública, a ANACOM recebeu, no prazo fixado, treze contributos. A presente decisão tem em conta os contributos recebidos, os quais foram objeto de análise no relatório dos referidos procedimentos, o qual contém um resumo das pronúncias recebidas, bem como o entendimento desta Autoridade a respeito das questões suscitadas pelos respondentes. Esse relatório fundamenta e faz parte integrante da presente decisão.

2. Análise

Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 121.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, cabe à ANACOM determinar, seguindo, para o efeito, o procedimento previsto no artigo 181.º da mesma lei, a imediata cessação de práticas e dos contratos em uso pelas empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, ou a sua adaptação, quando verifique:

- a) a sua desconformidade com as regras fixadas na legislação cuja aplicação lhe cabe supervisionar;
- b) a manifesta desproporcionalidade das práticas e dos contratos face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos.

Neste contexto, considera a ANACOM que os contornos da prática acima descrita exigem uma avaliação sobre a sua legalidade material, isto é, a conformidade das suas específicas características com as exigências legais aplicáveis, incluindo, em particular, análise quanto à sua proporcionalidade.

Com efeito, independentemente de se encontrarem, ou não, cumpridas as exigências legais de transparência contratual decorrentes do artigo 120.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, do artigo 4.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na redação em vigor (Lei dos Serviços Públicos Essenciais), dos artigos 4.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, na redação em vigor (Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais), e dos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na redação em vigor (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais), importa perceber se será legal e proporcional uma prática que passa pela ativação e cobrança automática de *plafonds* adicionais de dados ou outras comunicações sempre que um utilizador final esgote a totalidade dos dados ou comunicações incluídos no preço periódico do tarifário que contratou, com base numa aceitação prévia e genérica desse automatismo por via da adesão às condições do tarifário em questão, aquando da respetiva subscrição, aceitação essa que a empresa considera como dispensando qualquer posterior solicitação ou aceitação da ativação e conseqüente cobrança desses *plafonds* adicionais. Com efeito, a análise da legalidade e proporcionalidade de tal prática terá, necessariamente, de ser prévia a qualquer ponderação relativa à respetiva transparência, prejudicando, inclusivamente, a utilidade dessa ponderação, caso se conclua no sentido da ilegalidade e/ou desproporcionalidade da prática em si mesma.

2.1. Do (in)cumprimento da legislação supervisionada pela ANACOM

2.1.1. Lei dos Serviços Públicos Essenciais

Para efeitos desta análise, releva, desde logo, o facto de o serviço em causa configurar um serviço público essencial, em linha com o que decorre da alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais. Nessa medida, e nos termos do artigo 3.º do referido diploma,

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

Não se considera que possa considerar-se como conforme à boa fé uma prática que dificulta a capacidade dos utilizadores finais de controlar os respetivos consumos de um serviço público essencial – e um que tem vindo a assumir importância crescente numa sociedade cada vez mais digitalizada –, exigindo-lhes, por via da adesão a contratos cujas condições não são negociáveis – configurando contratos de adesão –, o consentimento antecipado para a ativação sucessiva de *plafonds* adicionais não incluídos no preço periódico do tarifário que subscreveu, *plafonds* esses que, em cada momento, o utilizador final poderia pretender, ou não, efetivamente ativar.

Esta conclusão é reforçada pelo facto de, mesmo que o utilizador final tenha conhecimento do mecanismo de ativação automática de *plafonds* adicionais – o que, de acordo com informação decorrente da análise das reclamações recebidas na ANACOM sobre esta matéria, nem sempre sucederá –, a informação recolhida pela ANACOM apontar no sentido de serem comuns as dificuldades no barramento prévio e limitação desse automatismo, sendo os canais destinados à apresentação destes pedidos, tipicamente, os canais gerais de atendimento, designadamente as linhas telefónicas, *apps* dos prestadores de serviços, IVR (*Interactive Voice Response*), áreas de cliente ou lojas, que nem sempre permitem ao utilizador final conservar prova da sua solicitação.

Importa considerar que existe, *de facto*, uma impossibilidade prática de controlar na perfeição a utilização do tráfego de dados de modo a se atingir *exatamente* o nível contido no *plafond* contratualizado. Essa impossibilidade faz com que, na prática, os utilizadores finais, sujeitos à prática de ativação automática de *plafonds* adicionais após o esgotamento do *plafond* inicial contratado, estejam perante um dilema: ou reduzem materialmente o tráfego consumido de modo a mitigar ou anular o risco de ser espoletado um novo *plafond* adicional, situação onde, na prática, dispõem de um limite de tráfego inferior àquele que foi contratualizado; ou veem-se perante a circunstância de ter de pagar por níveis superiores de tráfego àqueles que desejariam.

A dificuldade de os utilizadores finais controlarem, na perfeição, o tráfego gerado é exacerbada pelo facto de, ocasionalmente, não ser sequer possível ao utilizador final perceber exatamente qual o ponto em que se encontra no que respeita ao consumo do *plafond* base, na

eventualidade de, por dificuldades técnicas, existir desfasamento entre os consumos reais e a informação disponível para consulta pelo utilizador final sobre esses consumos.

Neste contexto, facilmente se conclui que a previsão, em contratos de adesão, de um automatismo na ativação de *plafonds* adicionais, sem solicitação ou aceitação específica e prévia por parte do utilizador final, que não no contexto da subscrição do serviço e inerente aceitação de cláusulas contratuais gerais, é suscetível de i) ou levar a cobranças e consumos não pretendidos pelos utilizadores finais, ou ii) levar ao não consumo total do *plafond* por aqueles utilizadores finais. Em ambos os casos, estamos perante efeitos manifestamente ilegítimos, como se verá de seguida.

2.1.2. Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais

No que se refere a contratos de consumo, será aplicável o artigo 4.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais. Conforme decorre do n.º 1 do artigo 5.º do referido diploma, consideram-se práticas comerciais desleais aquelas que, sendo desconformes à diligência profissional, distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou afetar esse comportamento relativamente ao serviço em causa.

Atendendo a que, nos termos da alínea e) do artigo 3.º do referido diploma, «[d]istorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores» consistirá na «realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo», considera-se que o automatismo em questão é suscetível de prejudicar a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, levando-o a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

Com efeito, desse automatismo decorre a ativação e cobrança de *plafonds* adicionais que, sendo-lhe dada a oportunidade e prestados os devidos esclarecimentos, o consumidor poderia pretender, legitimamente, recusar.

De notar que a decisão de transacção relevante, para efeitos da aplicação desta norma, terá de ser a decisão de ativação dos *plafonds* adicionais. De facto, estando em causa cobranças adicionais ao preço estabelecido para o tarifário base, a decisão sobre a ativação desses *plafonds* extra terá de se considerar uma decisão de transacção autónoma, tendo o consumidor

direito a decidir se e quando pretende, ou não, ativar *plafonds* adicionais de modo a poder continuar a utilizar o serviço. É no âmbito da decisão de transação associada aos consumos adicionais que a prática em questão prejudica a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo à tomada de decisões de transação que não teria tomado de outro modo, o que é confirmado pelo teor das reclamações analisadas pela ANACOM.

A prática em causa poderá ser ainda enquadrável como prática contratual agressiva em qualquer circunstância, por aplicação da alínea f) do artigo 12.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, que qualifica como tal a exigência do 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. No caso, as empresas solicitam ao consumidor o pagamento de *plafonds* adicionais do serviço contratado – que são, para todos os efeitos relevantes da mencionada disposição, *serviços*, nada dela resultando que aponte no sentido de que o respetivo âmbito de aplicação se limita a serviços distintos dos objeto do contrato inicial/*plafond* de base – que este, efetivamente, não solicitou de forma expressa e específica e que foram ativados em razão da aceitação, aquando da contratação do serviço de base, de uma cláusula contratual geral que prevê a ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações após esgotamento do *plafond* contratado. Ora, a mera aceitação dessa cláusula contratual, num contexto em que a mesma não é negociável, integrando-se num contrato de adesão, não poderá ser considerada como uma «*solicitação*» da prestação de cada um dos *plafonds* adicionais de comunicações que venham a ser ativados durante o decurso da relação contratual de base. Com efeito, uma «*solicitação*» de serviços (sejam eles idênticos ou distintos do serviço base), para efeitos do disposto na alínea f) do artigo 12.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, pressupõe um papel ativo por parte do consumidor, não podendo sequer a mera aceitação desses serviços, quando exista, considerar-se suficiente, sob pena de se retirar à norma qualquer aplicabilidade prática e, conseqüentemente, qualquer sentido e utilidade.

2.2. Da proporcionalidade da prática

Além de a prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações incumprir o disposto nas normas de âmbito sectorial acima descritas, pelas razões apontadas, considera-se que a mesma será, adicionalmente, desproporcional face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, na medida em que impõe aos utilizadores

finalis um ónus de recusa expressa – através do barramento do mecanismo de ativação automática de *plafonds* adicionais – de cobranças adicionais ao preço periódico do tarifário contratado, assim desequilibrando, ainda mais, a relação contratual em favor da empresa que presta o serviço.

Para efeitos desta análise, além da ponderação das normas sectoriais a que se refere o ponto 2.1. acima, será de considerar igualmente a desconformidade da prática em questão com outras regras legais de proteção de consumidores e utilizadores em posição similar que, sendo de aplicação transversal, visam, também elas, acautelar o equilíbrio destas relações contratuais que, pela sua natureza, tendem a ser desequilibradas.

Neste contexto, e ainda que se trate de diploma cujo cumprimento não é supervisionado pela ANACOM, não poderá ser ignorado o facto de o artigo 9.º-A da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na redação em vigor (Lei de Defesa do Consumidor) – aplicável aos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas por força do disposto no respetivo n.º 5 – estabelecer, expressamente, no seu n.º 2, que a obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor – cabendo a prova do cumprimento deste dever de comunicação ao prestador de serviços, nos termos do n.º 4 –, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais. O n.º 3 do mesmo artigo 9.º-A prevê ainda que o consumidor terá direito à restituição do referido pagamento 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.

Nestes termos, uma prática que passe pela previsão, nas condições gerais de prestação do serviço que o consumidor terá de subscrever aquando da adesão, de uma opção estabelecida por defeito de cobrança de *plafonds* adicionais após o esgotamento do *plafond* incluído no preço periódico do tarifário, que teria de ser recusada/barrada para evitar essa cobrança, terá, necessariamente, de se considerar contrária à referida disposição da Lei de Defesa do Consumidor. De facto, por «*possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais*» deverá entender-se uma possibilidade de opção expressa, que não se coaduna com um regime de *opt-out*, sendo precisamente este o tipo de prática que a referida disposição pretende endereçar.

Acresce que o facto de a subscrição deste tipo de tarifários depender, tipicamente, da aceitação de condições gerais não negociáveis, no âmbito de contratos de adesão, é, uma vez mais, um elemento relevante no contexto da análise da proporcionalidade desta prática. Com efeito, esta modalidade contratual é em si mesma limitadora da liberdade negocial de uma das partes, limitação essa que se agrava em razão do desequilíbrio registado entre as partes nas relações contratuais em causa, em particular quando estejam em causa contratos de consumo ou contratos com microempresas, pequenas empresas ou organizações sem fins lucrativos. Por essa razão, aos contratos de adesão são aplicáveis exigências legais específicas destinadas a acautelar a respetiva proporcionalidade, adequação e boa-fé. Tal como decorre do preâmbulo do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, «[n]uma perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela.

A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes.»

Com o objetivo de prevenir este tipo de situações, além das exigências de transparência previstas nos artigos 5.º e 6.º, o referido regime proíbe, no respetivo artigo 15.º, cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé, concretizando o artigo 16.º que, na aplicação dessa regra, 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.

Em sentido coincidente, a alínea d) do artigo 19.º do mesmo diploma, aplicável aos contratos com consumidores por força do disposto no artigo 20.º, estabelece que são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base

em factos para tal insuficientes. De facto, a presunção de aceitação, pelo utilizador final, da ativação e cobrança de cada *plafond* de dados adicional ao *plafond* incluído no preço periódico do tarifário com base na sua adesão às condições gerais de prestação do serviço aquando da subscrição do tarifário será excessiva, na medida em que retira ao utilizador final a liberdade de recusar essa ativação – e cobrança – no caso concreto, levando a que lhe possa ser cobrado um preço significativamente superior ao que antecipou pagar aquando da celebração do contrato. A este propósito, é ainda de referir que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou, em 2022, sobre a prática em questão no âmbito da decisão sobre a ação popular relativa ao processo 22640/18.1T8LSB.L1.S1, de 02.02.2022², que se debruçou sobre a seguinte cláusula das condições gerais do contrato de adesão ao serviço fixo e/ou serviço móvel da Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone), relativa à descrição do «*Serviço de Acesso à Internet Móvel*»: «*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 ligue para o Serviço Permanente de Atendimento a Clientes 16912 (tarifa aplicável)*». A referida cláusula, introduzida num pacote de serviços com um preço, a troco de uma prestação principal, determinaria um acréscimo de «*custos adicionais atípicos como contrapartida de serviços extra ativados automaticamente, sem que o consumidor tenha a possibilidade de recusar tais serviços*».

No referido acórdão, o STJ declarou «*a nulidade das cláusulas contratuais gerais impugnadas, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96 e do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85*», condenando a Vodafone a «*restituir aos consumidores-aderentes os pagamentos adicionais cobrados pelos serviços extra não expressamente solicitados ou acordados, podendo os consumidores optar pela manutenção do contrato, sem a cláusula de ativação automática dos serviços adicionais, ou pela nulidade de todo o contrato por ser contrário à lei (artigo 280.º do Código Civil)*».

O STJ reconheceu ainda «*nos termos peticionados, a todos os Autores populares, consumidores de serviços de telecomunicações móveis, entre os quais os ora Autores, o direito a não pagarem os serviços que não tenham prévia e expressamente encomendado ou*

² Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7ff53654420fe3ff802587e3003a6809?OpenDocument>.

solicitado, ou que não constituam cumprimento de contrato válido, que se desdobra nos seguintes direitos:

i) o direito a recusarem contratar serviços adicionais de telecomunicações;

ii) o direito a não pagarem por esses serviços quando não os tenham solicitado e/ou quando os tenham expressamente recusado;

iii) o direito a que as operadoras de serviços de telecomunicações móveis (como a Ré) não possam deduzir a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor consentiu na prestação dos serviços adicionais de telecomunicações, por falta de recusa expressa dos mesmos;

iiii) o direito a que não possam estas empresas ativar por defeito e automaticamente tais serviços extras».

Assim, em linha com o que concluiu o STJ, «*da aplicação conjunta dos artigos 15.º e 16.º do citado diploma [Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais], conjugados com a al. d) do artigo 19.º (cláusulas relativamente proibidas), que proíbe cláusulas que impõem ficções de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes, e com a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 24/96, resulta que a cláusula contratual geral em crise nestes autos (Cláusula 2.ª d)) é uma cláusula que contraria a boa fé e proibida pela lei».*

Ainda que a ANACOM não tenha competências para a supervisão do cumprimento das referidas disposições do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais³ ou da Lei de Defesa do Consumidor⁴, o enquadramento previsto naqueles diplomas não poderá deixar de ser considerado para efeitos da aferição da proporcionalidade da prática face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos. Com efeito, uma prática proibida pelos referidos diplomas, cujo objetivo é o de assegurar o equilíbrio nas

³ O artigo 34.º-A do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais apenas comina como contraordenação muito grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, a utilização de cláusulas absolutamente proibidas nos contratos, incluindo as previstas nos artigos 18.º e 21.º do mesmo diploma, estando, assim, limitada a estas disposições a competência de fiscalização e sancionatória da ANACOM, nos termos do n.º 1 do artigo 34.º-C.

⁴ A Lei de Defesa do Consumidor não tem regime sancionatório, cabendo à Direção-Geral do Consumidor, nos termos do respetivo artigo 21.º, exercer algumas atribuições e incumbindo ao Ministério Público, nos termos do artigo 20.º, a defesa dos consumidores no âmbito da mesma e no quadro das respetivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores.

relações contratuais com consumidores ou que tenham por base contratos de adesão, por natureza desequilibradas, dificilmente poderá considerar-se proporcional, desde logo por (i) obrigar à recusa expressa e através de mecanismos específicos estabelecidos pela empresa de *plafonds* adicionais com vista a evitar a respetiva cobrança automática e (ii) dificultar o controlo de despesas por parte dos utilizadores finais, levando até a que estes tenham de abster-se de usar o *plafond* contratado na totalidade para evitarem cobranças adicionais ao preço periódico contratado.

Ora, conforme explanado previamente, o utilizador final, perante a prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações, está efetivamente perante um dilema que tem duas consequências possíveis, ambas manifestamente desproporcionais. Se o utilizador final optar por, cautelarmente, consumir um menor volume de dados do que aquele que foi contratualizado, para evitar o risco de ser espoletado um novo *plafond*, terá contratualizado um *plafond* inicial de que efetivamente não dispõe na sua totalidade; se assumir o risco e falhar em controlar de forma perfeita e inteiramente precisa os seus consumos, de modo a garantir que cessa a utilização do serviço no exato momento que antecede o esgotamento do seu *plafond* base, e gerar a ativação de novo *plafond*, estará efetivamente a pagar por algo que não pretenderia consumir.

Este fenómeno, já de si inegavelmente ilegítimo e desproporcional, é ainda passível de ser exacerbado pelos enviesamentos conhecidos dos utilizadores finais.

Releva-se que, no âmbito das práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais em tarifários pré-pagos, a cobrança é, geralmente, feita em momento prévio ao do consumo dos *plafonds* ativados, ocorrendo imediatamente aquando dessa ativação. Nessa medida, nem se poderá dizer que os utilizadores finais são unicamente chamados a pagar consumos que já realizaram, antes sendo chamados a pagar serviços que, ainda que não pretendidos, uma vez pagos, acabam por consumir, assim condicionando o seu comportamento.

Em conclusão, a previsão em contratos de adesão de regras que produzem automatismos na ativação de *plafonds* adicionais e na cobrança de consumos adicionais, condicionando o comportamento dos utilizadores finais e, em particular, dos consumidores, conduzindo-os ao pagamento de consumos extra que, frequentemente e tendo por base as reclamações analisadas, não pretenderiam ativar, é prejudicial aos seus interesses. Esta situação, aliada à falta de capacidade negocial dos utilizadores finais, concorre de forma definitiva para o juízo

de desproporcionalidade relativamente à prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações.

Atendendo ao exposto, considera a ANACOM que uma prática como a acima descrita, em que as empresas procedem à ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações, designadamente de dados móveis, imediatamente após o esgotamento do *plafond* incluído no preço periódico do tarifário contratado, sem que o utilizador final o tenha solicitado ou em tal tenha consentido de forma expressa e específica – isto é, relativamente a cada um dos *plafonds* adicionais a ativar –, exclusivamente com base na respetiva adesão às condições gerais do referido tarifário, que preveem essa ativação automática por defeito, não se coaduna com o princípio geral de boa fé previsto no artigo 3.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, sendo também configurável como uma prática comercial desleal, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, proibida pelo artigo 4.º do mesmo diploma.

Adicionalmente, a referida prática não se apresenta como uma prática comercial proporcional face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, na medida em que desequilibra, ainda mais, a relação contratual em favor da empresa que presta o serviço, desequilíbrio esse que pode, desde logo, deduzir-se do facto de os contornos da prática em questão não se apresentarem conformes com o artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor nem com os artigos 15.º e 16.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, conjugados com a al. d) do artigo 19.º do mesmo diploma.

3. Deliberação

Considerando o acima exposto, no exercício das atribuições e poderes conferidos à ANACOM pela alínea h) do n.º 1 do artigo 8.º e pelas alíneas g) e k) do n.º 1 do artigo 9.º, todos dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, bem como pelas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 121.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, e na prossecução dos objetivos gerais estabelecidos na alínea d) do n.º 1 e na alínea c) do n.º 3, ambos do artigo 5.º da mesma lei, o Conselho de Administração da ANACOM, no exercício das competências que lhe são conferidas pela alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos da ANACOM, delibera

determinar aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina:

- a) a imediata cessação da prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações, designadamente de dados móveis, sem que os utilizadores finais tenham solicitado ou consentido, expressa e especificamente, nessa ativação, imediatamente antes ou após o esgotamento do *plafond* incluído no tarifário, em razão da sua desconformidade com o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, e no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, ambos na redação em vigor, bem como da sua manifesta desproporcionalidade face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos; ou
- b) em alternativa, a sua adaptação, designadamente passando a apresentar-se a ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações como uma opção que pode ser livremente selecionada, de forma expressa e ativamente, pelos utilizadores finais aquando da celebração do contrato – ou do cumprimento da presente determinação, no caso de contratos em execução –, ao invés de uma possibilidade que estes terão que recusar expressamente de modo a evitar essa ativação e consequente cobrança, e desde que seja permitido ao utilizador final, de forma fácil e expedita, limitar o número e/ou volume dos *plafonds* adicionais a ativar, bem como alterar posteriormente a sua opção, se assim o desejar.