

Processo: 2881/08.0YXLSB.L1-7
Relator: LUÍS ESPÍRITO SANTO
Descritores: CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO
NULIDADE
BOA-FÉ
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 06-12-2011
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE
Sumário:

**I - A comumente denominada “cláusula de fidelização” - que prevê que, em caso de cessação do contrato pelo cliente (ou por motivo que lhe seja imputável) antes de decorrido o período inicial de vigência, há lugar ao pagamento à proponente da uma indemnização correspondente ao período de vigência contrato (descontando o número de meses em que os serviços estiveram activos) calculada através do valor das respectivas mensalidades -, não é desproporcionada aos danos a ressarcir, nem contrária à boa fé, não devendo ser declarada nula à luz do artº 19º, alínea c), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro.
(Sumário do Relator)**

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

Acordam os Juizes do Tribunal da Relação de Lisboa (7ª Secção).

I – RELATÓRIO.

Intentou o Ministério Público contra P..., S.A. a presente acção declarativa, sob a forma de processo sumário, ao abrigo do disposto nos artigos 25.º e 26.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (com as alterações introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31 de Agosto, Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e DL n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

Alegou essencialmente que a 7ª cláusula contratual geral, n.º 2, das “*Condições Gerais de Prestação do Serviço de Acesso à Internet – P.... @ Internet ...*”, cujo documento consta dos autos, é proibida num contrato deste tipo, dado consagrar uma cláusula penal manifestamente desproporcionada face aos danos a ressarcir.

Conclui pedindo que seja declarada nula a cláusula 7.ª, n.º 2, das “*Condições Gerais de Prestação do Serviço de Acesso à Internet – P.. @ Internet ..*”, condenando-se a Ré a abster-se de a utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar e especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição ; que se condene a Ré a dar publicidade à decisão e a comprovar nos autos essa publicidade, em prazo a determinar na sentença ; que seja remetido ao Gabinete de Direito Europeu certidão da sentença.

Regularmente citada, a Ré apresentou contestação, defendendo-se por excepção e impugnando, no essencial, a factualidade vertida na petição inicial.

Autor respondeu à contestação, pugnando pela improcedência das exceções invocadas pela Ré.

Procedeu-se ao saneamento dos autos conforme fls. 108 a 110, dispensando a selecção da matéria de facto relevante assente e da base instrutória.

Realizada audiência de julgamento foi proferida a decisão de facto de fls. 249 a 257.

Foi proferida sentença julgando improcedentes os pedidos formulados, com a consequente absolvição da Ré (cfr. fls. 260 a 275).

Apresentou o A. recurso desta decisão, o qual foi admitido como de apelação (cfr. fls. 317).

Juntas as competentes alegações, a fls. 277 a 297, formulou o apelante, as seguintes conclusões :

1. O presente recurso é interposto da douta sentença proferida nos autos à margem identificados - em que é Autor o Ministério Público e Ré “P..., S.A.” -, que julgou improcedente a acção inibitória ao julgar válida a cláusula penal inserta na cláusula 7.2 das “Condições Gerais de Prestação do Serviço de Acesso à Internet – P...@Internet ...”, sob a epígrafe “Vigência e Denúncia”, cujo texto é o seguinte:

“7.2. Em caso de cessação do Contrato pelo Cliente ou por motivo ao mesmo imputável antes de decorrido o período inicial de vigência referido no(s) respectivo(s) formulário(s) de adesão P...@Internet, ... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma:

Nº de meses correspondentes ao período de vigência contratado (nº de meses em que os serviços estiveram activos) x (valor da mensalidade prevista no(s) formulário(s) de adesão P...@Internet..”

2. Alicerçando-se na prova produzida em julgamento, o Tribunal “a quo” deu como provado que a cláusula sob a epígrafe “Vigência do Contrato” constante do “Formulário de Subscrição do Serviço P... @ Internet” é negociada entre a Ré e os clientes que com a mesma contratam, assim como deu como provado que a Ré celebra contratos de prestação de serviços de acesso à internet – “P... @ Internet, por tempo indeterminado, caso em que não é preenchido o espaço em branco, destinado ao período de “Vigência do Contrato”, e contratos em que o período de “Vigência do Contrato” é determinado pelas partes, sendo usualmente denominado como “Período de Fidelização ou de Permanência”.

3. Alicerçando-se ainda na prova produzida em julgamento, o Tribunal “a quo” deu ainda como provado que a Ré, ao prestar o serviço ADSL, para além dos custos decorrentes do tratamento e gestão do contrato, tem a seu cargo os custos da instalação do ADSL e de cedência de equipamento, caso seja convencionado que os mesmos fiquem a seu cargo, assim como também deu

como provado que, nos contratos celebrados sem período de vigência determinado, os clientes têm de pagar os custos da instalação à cabeça, enquanto que nos contratos celebrados com o denominado período de fidelização ou de permanência, os clientes ficam isentos dos custos de instalação, que ficam a cargo da Ré.

4. O Tribunal *“a quo”* considerou ainda assente que nos contratos celebrados com o denominado período de fidelização ou de permanência, a Ré poderá também ceder gratuitamente equipamentos aos clientes, sendo que estes podem também beneficiar de um desconto no preço do serviço calculado em função da quantidade de acessos ADSL contratados com a Ré, podendo ficar em condições de contratar serviços adicionais, que de outra forma não conseguiam.

5. Todavia, nas acções inibitórias, como a presente, o Ministério Público apenas syndica enunciados contratuais gerais *“...com vocação para se integrarem numa pluralidade de contratos”*, nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida in *“ Contratos I – Conceito – Fontes – Formação”*, 4ª edição, Almedina, pág. 188) que as entidades predisponentes apresentam as partes como princípio de base contratual, ou, por outras palavras, só a parte estática que se encontra a montante do processo de formação dos contratos é syndicada.

6. E uma vez que apenas estão em causa enunciados contratuais utilizados como princípio e/ou base de negociação, a apreciação a fazer pelo Tribunal relativa ao eventual carácter abusivo de uma cláusula contratual geral neles inserida só pode ser endógena, isto é, apurada exclusivamente em função da estipulação contratual, em si mesma, no âmbito dos enunciados onde se inserem e tendo em conta as suas potencialidades aplicativas em abstracto, e não exógena, feita em função do uso que dela efectivamente seja feito pelo utilizador e/ou em função da prática comercial da Ré num dado momento e o regime jurídico aplicável.

7. *In casu*, o enunciado contratual onde a cláusula penal syndicada se insere não refere que devam ser os clientes a suportar os custos da instalação à cabeça nos contratos sem período de permanência, enquanto que nos contratos celebrados com o denominado período de permanência os clientes ficam isentos dos custos de instalação, que ficam a cargo da Ré, assim como também não refere que a Ré pode ceder gratuitamente equipamentos aos clientes, ou que estes também podiam beneficiar de um desconto no preço do serviço, em função da quantidade de acessos L... contratados, ficando ainda em condições de contratar serviços adicionais ao L..., que de outra forma não conseguiriam, pelo que não podia o Tribunal julgar válidas as cláusulas penais com fundamento na sua proporcionalidade, como fez.

8. Por outro lado, o enunciado contratual também não especifica o valor do custo da instalação do L..., nem o tipo nem o valor do

equipamento que a Ré pode ceder aos Clientes, assim como também não especifica o valor dos descontos que a Ré se propõe fazer, nem a quantidade de acessos L... que os justifiquem, factos esses indispensáveis para que o Tribunal pudesse concluir que a cláusula penal sindicada não era desproporcional em relação aos danos que visa ressarcir e, a final, julgá-la válida com fundamento na sua proporcionalidade, como fez.

9. A jurisprudência mais recente e esclarecida tem entendido que as cláusulas penais devem ser proibidas por contenderem com o disposto no aludido artº 19º, alínea c), do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, não apenas quando exista uma desproporção flagrante ou gritante, bastando para tanto que as indemnizações fixadas antecipadamente sejam superiores aos danos que, provavelmente, em face das circunstâncias típicas e segundo o normal e usual decurso das coisas, os predisponentes venham a sofrer, mesmo que essa superioridade não seja escandalosa (sublinhado nosso) – neste sentido ver, entre outros, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 16/01/2007 (Processo nº 8518/2006 – 1) e de 27/11/2007 (Processo nº 5424/2007 – 1), ambos do Relator Rui Vouga, disponíveis em www.dgsi.pt.

10. Analisando a cláusula sindicada no contexto do enunciado contratual onde se insere, à luz deste entendimento jurisprudencial, é patente que o valor da indemnização devida à Ré por força da mesma é manifestamente superior face aos danos a ressarcir.

11. De facto, em caso de incumprimento, a cláusula penal proporciona desde logo à Ré a obtenção da totalidade das prestações até ao *terminus* do período de permanência determinado, como se os contratos tivessem sido integralmente cumpridos, com o benefício adicional da antecipação dos pagamentos devidos pelos clientes, sem que tenha que prestar qualquer serviço a partir da data da resolução.

12. E os únicos prejuízos que podem advir para a Ré, por via do incumprimento, nos termos do enunciado contratual, são os que poderão decorrer da aquisição e administração do contrato, da sua gestão e cobrança, bem como os relacionados com a rescisão dos contratos e com a eventual suspensão dos serviços prestados.

13. Recorde-se que, em caso de incumprimento, por via do enunciado onde a cláusula penal sindicada se insere, a Ré dispõe de todo um conjunto de mecanismos que a permitem recuperar os custos decorrentes da celebração dos contratos que venham a ser objecto de incumprimento, a saber: os clientes ficam sujeitos à suspensão dos serviços (cláusula 5ª), à resolução dos contratos (cláusula 8ª), ao pagamento coercivo das prestações e dos respectivos juros moratórios (cláusula 4ª, nº 4º). Podem ainda os dados dos clientes relapsos ser comunicada para efeitos de registo na base de dados, nos termos da Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro (cláusula 10ª, nº 2º).

14. Pela forma abrangente como está redigida, a cláusula penal sindicada abarca todas as formas de incumprimento, quer as fundadas na culpa dos clientes, quer as fundadas na culpa da própria Ré. Daí que a cláusula seja também abusiva porque atribui à Ré um direito indemnizatório, mesmo quando a causa da resolução ocorre por sua culpa. Veja-se, a título exemplificativo, os casos em que são os clientes a rescindir os contratos com justa causa fundada em incumprimento, mora ou cumprimento defeituoso por parte da Ré. Ou nos casos em que os clientes, embora não optando pela resolução do contrato, se defendem invocando a excepção do não pagamento, recusando efectuar o pagamento das facturas quando o serviço não lhes seja prestado com qualidade. Nesses casos, os clientes são prejudicados por não lhes ser assegurado o serviço e ainda suportam o pagamento das indemnizações fixadas a favor da Ré, quando, nessas circunstâncias, é sabido que as cláusulas penais fixadas a seu favor não podem sequer funcionar – neste sentido, ver Acórdão da Relação de Lisboa de 8 de Janeiro de 2008, Processo nº 5441/2007 – 1, Relator Afonso Henrique, disponível em www.dgsi.pt.

15. A concretização do princípio da boa fé pressupõe equilíbrio das prestações a cargo das partes contratantes. Sempre que, por via do funcionamento das cláusulas contratuais, sejam ultrapassados certos limites entre as vantagens auferidas por um contratante e os sacrifícios impostos a outrem, dir-se-á que as cláusulas serão abusivas - António Menezes Cordeiro *in* Tratado de Direito Civil Português, I, Parte geral, tomo I, 2ª edição, 2000, pág. 265; também António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro *in* “Da Boa Fé no Direito Civil”, Colecção Teses, Almedina, 1984, Volume I, pág. 660.

16. E pelas mesmas razões pelas quais a cláusula penal é, na realidade, desproporcionada face aos danos a ressarcir, também contende com o princípio da boa fé, já que através dela são gerados desequilíbrios desproporcionados nas prestações das entidades contratantes, em detrimento dos clientes. A Ré obterá a totalidade das prestações, como se os contratos tivessem sido integralmente cumpridos, ganhando mais do que aquilo que ganharia com o cumprimento pontual dos contratos, uma vez que receberá todas as mensalidades correspondentes aos períodos dos compromissos de permanência, vencidas e vincendas, com juros moratórios, e com antecipação em relação aos prazos contratados, mas não prestará qualquer serviço, sendo que os únicos danos que podem advir pelo incumprimento serão os decorrentes da aquisição e administração do contrato, da sua gestão e cobrança, bem como os relacionados com a rescisão dos contratos e com o bloqueio dos equipamentos que é vulgarmente processada por meios informáticos.

17. De facto, a redacção abrangente das cláusulas penais obriga

os clientes a liquidar as penalidades a favor da Ré, mesmo nos casos em que os contratos sejam resolvidos com fundamento em factos que são da responsabilidade da própria Ré. Nestes casos, os clientes, não obstante terem tido prejuízos imputáveis à Ré e que motivaram a resolução do contrato, terão de proceder ao pagamento dos consumos mínimos mensais e das mensalidades vincendas até ao final do período de fidelização.

18. A alteração unilateral do enunciado contratual, dele tendo a Ré feito passar a constar, expressamente, as condições comerciais que justificam os períodos de permanência por parte dos clientes que com ela contratam, muito embora não tenha possua a virtualidade pretendida – obter decisão judicial a declarar a inutilidade superveniente, porque a tal se opõe o efeito de caso julgado das decisões inibitórias – tem pelo menos o mérito de demonstrar que a Ré, afinal, reconhece o carácter abusivo da cláusula penal sindicada, apreciado em função dos termos do enunciado onde está inserida.

19. O tribunal “*a quo*” deveria ter apreciado a cláusula penal sindicada no âmbito do enunciado contratual onde foi inserida e concluído que a mesma é, de facto, abusiva, quer por ser desproporcional face aos danos a ressarcir, contendendo, por isso, com o disposto no artº 19º, alínea c), do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, quer por atribuir à Ré o direito a receber quantitativos pecuniários sem que esta desenvolva qualquer actividade para o efeito, contendendo, por isso, também, com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º do mesmo diploma legal.

20. Ao determinar a validade da cláusula penal, a decisão do tribunal violou o disposto nos artºs 19º, alínea c), e 15º e 16º, do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro.

Contra-alegou a apelada, pugnando pela improcedência do recurso.

II – FACTOS PROVADOS.

Foram dados como provados em 1ª instância os seguintes factos :

A) A Ré encontra-se matriculada sob o n.º ..., na Conservatória do Registo Comercial de ... conforme documentos juntos a fls. 8 a 41, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

B) A Ré tem por objecto social a: «*Prestação de serviços de telecomunicações e o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações, bem como o desenvolvimento, consultoria e actividades no âmbito das tecnologias de informação e respectivos conteúdos*», conforme documentos juntos a fls. 8 a 41, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

C) No exercício de tal actividade, a Ré procede à celebração de contratos de prestação de serviços de acesso à Internet – “P.... @ Internet”, conforme documentos juntos a fls. 42 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

D) Para tanto, a Ré apresenta aos interessados que com ela pretendam contratar “*Formulários de Subscrição do Serviço P... @ Internet*”, e um clausulado já impresso e previamente elaborado, intitulado “*CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P... @ INTERNET ...*”, conforme documentos juntos a fls. 42 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

E) O “*Formulário de Subscrição do Serviço P... @ Internet*” contém duas páginas impressas, uma primeira com espaços em branco destinados à (1) identificação dos clientes e morada de instalação e de facturação do serviço, à (2) identificação do tipo de linha telefónica necessário à disponibilização do serviço (analógica ou RDIS), às (5) condições comerciais e ao (6) período de vigência do contrato, e uma segunda com espaços em branco destinados à (7) identificação do responsável pelo contrato, a ser preenchido pela Ré, e à aposição e assinatura pelo cliente, conforme documentos juntos a fls. 42/ 43, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

F) O clausulado já impresso e previamente elaborado, intitulado “*CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P.... @ INTERNET ...*”, que acompanha o “*Formulário de Subscrição*”, supra descrito em E), não contém quaisquer espaços em branco para serem preenchidos pelos contratantes/ aderentes que, em concreto, se apresentem a contratar com a Ré, conforme documentos juntos a fls. 44 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

G) A cláusula 1. das “*CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P....@ INTERNET ..*”, sob a epígrafe “*Objecto*”, estipula o seguinte:

«*1.1. A prestação do serviço de acesso à Internet (“Serviço”), pela P.SA ao CLIENTE, rege-se pelas presentes Condições Gerais e encontra-se caracterizado no(s) respectivo(s) formulário(s) de adesão P... @ Internet, que das presentes Condições Gerais faz(em) parte integrante.*», conforme documentos juntos a fls. 42 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

H) Nos termos da cláusula 1.3., das “*CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P... @ INTERNET ...*”:

«*O conceito de CLIENTE, no âmbito do presente contrato, abrange apenas pessoas colectivas ou equiparadas.*»

Conforme documentos juntos a fls. 42 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

I) A cláusula 7.2. das “*CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P... @ INTERNET ..*”, sob a epígrafe “*Vigência e Denúncia*”, estipula o seguinte:

«*7.2. Em caso de cessação do Contrato pelo CLIENTE ou por motivo ao mesmo imputável antes de decorrido o período inicial de vigência referido no(s) respectivo(s) formulário(s) de adesão P... @*

Internet, ... terá direito a receber uma indenização calculada da seguinte forma:

N.º de meses correspondentes ao período de vigência contratado (n.º de meses em que os serviços estiveram activos) x (valor da mensalidade prevista no(s) formulário(s) de adesão P... @

Internet.», conforme documentos juntos a fls. 42 a 50, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

J) A cláusula 6., sob a epígrafe “*Vigência do Contrato*”, constante do “*Formulário de Subscrição do Serviço P.... @ Internet*”, supra referido em E), é negociada entre a Ré e os Clientes que com a mesma contratam;

K) A Ré celebra contratos de prestação de serviços de acesso à Internet – “*P... @ Internet*”, por tempo indeterminado, caso em que não é preenchido o espaço em branco, destinado ao período de “*Vigência do Contrato*”, constante do “*Formulário de Subscrição do Serviço P.... @ Internet*”, supra referido em E),

L) E celebra contratos de prestação de serviços de acesso à Internet – “*P.... @ Internet*”, em que o período de “*Vigência do Contrato*” é determinado pelas partes, sendo usualmente denominado como “*Período de Fidelização ou de Permanência*”;

M) No âmbito dos contratos de prestação de serviços de acesso à Internet – “*P.... @ Internet*”, o serviço disponibilizado pela Ré tem preço oficial, comunicado ao ICP-ANACOM;

N) O preço constante do referido preço oficial é aplicável a todos os acessos L..., mas refere-se apenas ao serviço em si, não incluindo quaisquer acréscimos ou descontos que, eventualmente, venham a ser negociados;

O) Com a prestação do serviço L..., para além dos custos decorrentes do tratamento e gestão do contrato, a Ré tem a seu cargo os custos de instalação do L... e de cedência de equipamento, caso seja convencionado que os mesmos fiquem a seu cargo;

P) Nos contratos celebrados sem período de vigência determinado, supra referidos em K), os Clientes têm de pagar os custos de instalação à cabeça;

Q) Nos contratos celebrados com o denominado “*Período de Fidelização ou de Permanência*”, supra referidos em L), os Clientes ficam isentos dos custos de instalação, que ficam a cargo da Ré;

R) Nos contratos celebrados com o denominado “*Período de Fidelização ou de Permanência*”, supra referidos em L), a Ré poderá também ceder gratuitamente equipamentos aos clientes;

S) Nos contratos celebrados com o denominado “*Período de Fidelização ou de Permanência*”, supra referidos em L), os Clientes também podem beneficiar de um desconto no preço do serviço, em função da quantidade de acessos L ...contratados com a Ré;

T) Nos contratos celebrados com o denominado “*Período de*

Fidelização ou de Permanência”, supra referidos em L), os Clientes ficam em condições de contratar serviços adicionais ao L..., que de outra forma não conseguiam;

U) Nos contratos celebrados com o denominado “*Período de Fidelização ou de Permanência*”, supra referidos em L), a Ré pode recuperar, ainda que progressivamente, os custos de instalação e arranque do serviço e até os descontos feitos.

V) Na pendência da presente acção, em data não concretamente apurada, a Ré procedeu à alteração dos “*Formulários de Subscrição*” e das “*Condições Gerais de Prestação do Serviço de Acesso à Internet – “P ... @ Internet*”, conforme documentos juntos a fls. 190 a 200 e a fls. 230 a 240, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

X) No contrato mencionado em V), a cláusula 9.2. corresponde à anterior cláusula 7.2. supra descrita em I), sob a epígrafe “*Vigência e Denúncia*”, conforme documentos juntos a fls. 190 a 200 e a fls. 230 a 240, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

Y) No contrato mencionado em V), foi introduzida a cláusula 9.3, sob a epígrafe “*Vigência e Denúncia*”, a qual estipula o seguinte: «9.3. *O período mínimo de vigência do presente Contrato justifica-se pela existência de custos de activação do serviço e ainda de angariação, podendo o CLIENTE, a todo o momento, através do seu Gestor de Cliente, saber quando se conclui o período mínimo de vigência em curso, bem como qual o valor que terá de pagar a título de indemnização por rescisão antecipada do presente Contrato.*», conforme documentos juntos a fls. 190 a 200 e a fls. 230 a 240, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

III – QUESTÕES JURÍDICAS ESSENCIAIS.

São as seguintes *questões jurídicas* que importa dilucidar :

1 - Natureza do contrato *sub judice* enquanto contrato de adesão abrangido pelo regime estabelecido pelo Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro e subsequentes alterações.

2 - Da validade da cláusula contratual em apreço.

Passemos à sua análise :

1 - Natureza do contrato *sub judice* enquanto contrato de adesão abrangido pelo regime estabelecido pelo Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro e subsequentes alterações.

Dispõe o artº 1º, do Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro :

“ *As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.* “ (nº 1) ;

“ *O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.* “ (nº 2) ;

“ *O ónus de prova de que uma cláusula contratual resultou de*

negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo. “ (nº 3).

Analisando o documento junto a fls. 20 a 23 (“ *Condições gerais de prestação do serviço de acesso à internet – P... @Internet.. “*), bem como o essencial da matéria de facto dada como provada, impõe-se concluir que o negócio celebrado entre as partes se encontra efectivamente sujeito à disciplina consignada no Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro, reservada para as denominadas “ *cláusulas contratuais gerais “* .

Com efeito,

A proposta negocial em apreço traduz uma disciplina contratual minuciosamente gizada, *em bloco e em série*, que foi elaborada de antemão pela proponente, destinando-se a uma generalidade de destinatários, tendendo, no seu essencial, a não ser objecto de modificação relevante ou significativa.

Tomando em especial atenção a tipologia e inserção formal no texto, verifica-se que as cláusulas aí elencadas não se encontram seguramente vocacionadas para a predisposição do proponente à negociação individual, isto é, para a sua ponderação e discussão “*cláusula a cláusula*”.

Por outro lado,

A circunstância deste clausulado destinar somente a “ *peçoas colectivas ou equiparadas “*, ser apresentado a par de outro tipo de formulários sem período contratual pré-fixado e sem “ *cláusula de fidelização “*, não invalida que o cliente seja compelido a assinar *em bloco* o contrato que lhe é oferecido, sendo previsível que não o veja ao pormenor, aderindo desse modo e globalmente a um determinado tipo contratual pré-definido por uma única parte.

Neste contexto,

Este contrato não deixará de se integrar na denominada *negociação em massa*, pré-definida pela proponente e com carácter de imutabilidade e rigidez.

Assim sendo,

Tal contrato deverá, nessa parte, no que concerne portanto às suas condições gerais, ser qualificado como um verdadeiro contrato de adesão, encontrando-se, nessa medida, indubitavelmente sob a alçada do regime especialmente previsto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações constantes do Decreto-Lei nº 249/99, de 7 de Julho e do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto, mormente o seu artº 19º, alínea c), segundo o qual :

“ São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que :

(...) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir “.

2 - Da validade da cláusula contratual em apreço.

Na presente acção está em causa a validade da cláusula 7.2. das

“CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET – P.... @ INTERNET..”, sob a epígrafe “Vigência e Denúncia”, onde se estipula :

«7.2. Em caso de cessação do Contrato pelo CLIENTE ou por motivo ao mesmo imputável antes de decorrido o período inicial de vigência referido no(s) respectivo(s) formulário(s) de adesão P.... @ Internet, ... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma:

N.º de meses correspondentes ao período de vigência contratado (n.º de meses em que os serviços estiveram activos) x (valor da mensalidade prevista no(s) formulário(s) de adesão P.... @ Internet.».

Será tal cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir e, por isso mesmo abusiva, contrária à boa fé, devendo ser declarada nula ?

Vejam os :

A proibição (relativa) estabelecida pelo artº 19º, alínea c), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, depende do quadro negocial padronizado.

Quer isto dizer que

as cláusulas penais previstas podem ser válidas para uns contratos e não para outros, consoante o caso concreto.^[1]

Afirmou-se, a este respeito, na decisão recorrida :

“A cláusula contratual geral, objecto da presente acção, insere-se num contrato de prestação de serviços de acesso à Internet (“P.... @ Internet”), o qual abrange apenas pessoas colectivas ou equiparadas.

No caso sub judice, resulta da factualidade provada que a cláusula 6., sob a epígrafe “Vigência do Contrato”, constante do “Formulário de Subscrição do Serviço P.... @ Internet”, é negociada entre a Ré e os Clientes que com a mesma contratam. Demonstrou-se, igualmente, que a Ré celebra contratos de prestação de serviços de acesso à Internet – “P.... @ Internet”, por tempo indeterminado, caso em que não é preenchido o espaço em branco, destinado ao período de “Vigência do Contrato”, e, ainda, contratos em que o período de “Vigência do Contrato” é determinado pelas partes, sendo usualmente denominado como “Período de Fidelização ou de Permanência”.

Por outro lado, provou-se que com a prestação do serviço L..., para além dos custos decorrentes do tratamento e gestão do contrato, a Ré tem a seu cargo os custos de instalação do L... e de cedência de equipamento, caso seja convencionado que os mesmos fiquem a seu cargo. Mais se provou que, nos contratos celebrados sem período de vigência determinado, os Clientes têm de pagar os custos de instalação à cabeça, enquanto que nos contratos celebrados com o denominado “Período de Fidelização ou de Permanência”, os Clientes ficam isentos dos custos de instalação,

que ficam a cargo da Ré.

Resulta, também, da matéria de facto assente que, nos contratos celebrados com o denominado “Período de Fidelização ou de Permanência”, a Ré poderá também ceder gratuitamente equipamentos aos clientes; os Clientes também podem beneficiar de um desconto no preço do serviço, em função da quantidade de acessos L... contratados com a Ré; os Clientes ficam em condições de contratar serviços adicionais ao L..., que de outra forma não conseguiam.

Pelo que, atenta a factualidade acima descrita, entende-se que a cláusula 7.2, inserida no tipo de contrato em causa, não consagra uma cláusula penal desproporcionada, nem viola o princípio geral da boa fé, ou qualquer outro princípio de direito, nos termos supra expendidos e, conseqüentemente, inexistente fundamento legal para a sua proibição e nulidade. “.

Apreciando :

A validade desta cláusula penal terá que ser aferida perante o contexto específico e global deste tipo de contrato, tendo em conta natureza da actividade da proponente, as especificidades do seu negócio, os valores sancionatórios nela previstos em directo confronto com os danos previsíveis^[2] que o não acatamento do acordado, pelo aderente, poderá provocar.

Conforme se salienta, a este propósito, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2006 (relator Alves Velho), publicado in Colectânea de Jurisprudência/STJ, Ano XIV, tomo I, pags. 145 a 147 :

“ O juízo valorativo sobre a proibição das cláusulas tem de se operar em função das cláusulas tomadas na sua globalidade e de acordo com a generalidade dos padrões considerados, na sua “ compatibilidade e adequação ao ramo ou sector da actividade negocial a que pertencem “, excluindo-se uma justiça do caso concreto, como resulta da aludida referência ao “ quadro negocial padronizado “ (vide Pinto Monteiro, “ Cláusula Penal e Indemnização “, 594). “.

Na situação sub judice

A cláusula contratual geral pressupõe :

A cessação do contrato pelo cliente (ou por motivo que lhe seja imputável) antes de decorrido o período inicial de vigência, sancionando-a com o pagamento à proponente da uma indemnização correspondente ao período de vigência contrato (descontando o número de meses em que os serviços estiveram activos) calculada através do valor das respectivas mensalidades - no fundo como se os serviços tivessem sido prestados e por isso deverem ser pagos.

Em coerência com as considerações supra expendidas não é relevante, para estes efeitos, o total das prestações pecuniárias que o aderente tenha efectivamente pago e o que teria deixado de

pagar à prestadora do serviço por referência o termo desta relação^[3].

Fundamental para a análise situação *sub judice* é que a verificação em abstracto dum sensível desequilíbrio entre o incumprimento previsto e a expressão da configuração indemnizatória tendente a salvaguardar os danos daí resultantes para o contraente cumpridor.

Vejam os :

A nosso ver,

O teor da cláusula em análise não gera qualquer situação de grave desequilíbrio entre as posições do proponente e do aderente (neste caso unicamente pessoas colectivas ou equiparadas), nem ofende quaisquer princípios gerais de boa fé negocial.

Com efeito,

Estamos perante a comumente denominada “ *cláusula de fidelização* “.

A mesma supõe, como é do conhecimento geral, a prévia concessão de um certo número de vantagens de ordem comercial ao aderente em troca da sua específica vinculação ao período contratual estabelecido.

As facilidades e benefícios económicos assim proporcionados, assentam, logicamente, numa legítima expectativa de ganho para a prestadora que se encontra indissociavelmente associada à manutenção da prestação do serviço pelo tempo antecipadamente previsto.

É pelo facto da proponente ter a segurança de que contará com a manutenção do pagamento dos serviços, a pagar pelo cliente, até ao fim do prazo estabelecido, que a mesma se dispõe a cativá-lo com uma série de *benesses* que tornam os termos contratuais igualmente vantajosos para o aderente.

Daí a plena razoabilidade da cláusula penal fixada que, na sua própria e relativa *dureza*, comporta uma especial protecção da A. contra roturas injustificadas e prematuras dum negócio que se prometeu ser para durar o tempo aí fixado, salvaguardando o custo do investimento realizado e constituindo simultaneamente um *fortíssimo incentivo* a que se não *deixe cair*, salvo motivo ponderoso e atendível, esta relação contratual.

Quem se vincula à permanência como cliente da Ré tem plena consciência de que, pelas razões inerentes à fidelização a que anuiu, não deverá mudar de prestador de serviço, nem pura e simplesmente prescindir dele; em contrapartida, também sabe que tal *aliança duradoura* lhe traz, no imediato, especiais benefícios de que passa a usufruir e que estão precisamente na base dessa opção auto-limitadora da sua liberdade negocial.

Foi isso o concretamente convencionado ; são esses os exactos termos que geram o equilíbrio dos interesses das partes no negócio ; não se compreende a razão pela qual não deva ser

pontualmente cumprido - muito menos com a avocação da conformidade com os ditames genéricos da boa fé.

Não se vê, neste sentido, que seja manifestamente desproporcionada a cláusula penal estabelecida, que acaba por contemplar precisamente a integridade da obrigação de fidelização, salvaguardando a expectativa da prestadora de vir a obter os ganhos inicialmente projectados e dispensando-a da prova, sempre complicada e incerta, dos danos efectivamente sofridos com a atitude relapsa do seu cliente^[4].

De resto,

E a propósito da figura da cláusula penal, cumpre salientar que a mesma destina-se outrossim a cobrir as despesas de investimento realizadas pela entidade lesada e a assegurar-lhe o lucro expectável que a mesma acalentava auferir pelo cumprimento do contrato durante o prazo de duração nele previsto, enquanto a desonera da prova dos prejuízos^[5] para si resultantes em virtude do incumprimento do devedor.

Neste sentido,

são as próprias partes que, ao abrigo da liberdade de estipulação contratual, genericamente previsto no artº 405º, do Código Civil, antecipadamente acordam no critério que irá determinar o *quantum indemnizatório* devido^[6].

Foi o que fizeram, nada de censurável, do ponto de vista da conformidade com os ditames da boa fé e do equilíbrio das prestações, se vislumbrando que justifique a declaração de nulidade peticionada pelo Ministério Público, ora recorrente. Improcede, portanto, a apelação.

IV - DECISÃO :

Pelo exposto, acordam os Juízes desta Relação em julgar improcedente a apelação, confirmando-se a decisão recorrida.
Sem custas, por delas se encontrar isento o digno recorrente.

Lisboa, 6 de Dezembro de 2011.

Luís Espírito Santo
Gouveia Barros
Conceição Saavedra.

[1] Vide sobre este ponto Almeno de Sá, in “ *Cláusulas Contratuais Gerais e Directivas Sobre Cláusulas Abusivas* “, pag. 259, onde salienta : “ ...a valoração haverá de fazer-se tendo como referente, não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, mas o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior de todo o regulamento contratual genericamente predisposto. Deste modo, na ponderação aqui pressuposta, não são os interesses individuais dos intervenientes

que directamente ganham relevo, mas os interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas em negócios da espécie considerada. Torna-se, por isso, essencial a consideração da situação contratual típica e não meramente as vicissitudes particulares do negócio realizado. “.

[2] Note-se que está em causa a declaração de nulidade de uma cláusula contratual o que pressupõe que a sua análise seja realizada em momento logicamente prévio ao da verificação das consequências práticas resultantes da execução dos negócios que sob a sua égide se venham a concretizar.

[3] Desferindo contundentes críticas aos critérios jurisprudenciais (que escarpeliza exaustivamente) que se “ *orientam pelo estabelecimento de uma relação entre o valor da cláusula penal e o de uma das principais prestações pecuniárias dos contratos em que aquela está contida “*, vide Ana Prata in “ *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais “*, pags. 413 a 436.

[4] Neste sentido vide acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Maio de 2010 (relator Neto Neves) ; de 26 de Setembro de 2006 (relator Rijo Ferreira), publicados in www.dgsi.pt. ; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Junho de 2011 (relator Eurico Reis), publicitado in www.jusnet.pt ; em sentido contrário, vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2011 (relatora Fátima Galante), publicado in www.dgsi.pt.

[5] Vide, sobre esta matéria, João Calvão da Silva, in “ *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória “*, pags. 247 a 249.

[6] Não sendo, todavia, de excluir o recurso no caso concreto, e se necessário, à redução da cláusula penal fixada, em conformidade com o disposto no artº 812º, do Código Civil.