

Processo: 497/10.0TCFUN.L1-8
Relator: FERREIRA DE ALMEIDA
Descritores: CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
CLÁUSULA PENAL
CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 08-03-2012
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE
Sumário:

I - Não traduzem cláusulas penais desproporcionadas aquelas que conferem ao fornecedor de serviços de distribuição de televisão, Internet e telefone a possibilidade de, no caso de acesso indevido, exigir ao cliente o pagamento, a título de penalidade, de um valor correspondente à sua utilização por um período de seis meses ou, no período de dois anos a contar da data de desactivação, a correspondente ao valor devido pela utilização, por um período de doze meses.

II - Não ocorre desproporção entre a penalidade fixada e os prejuízos suportados, em cláusula na qual se impõe ao cliente mantenha o contrato durante um período mínimo de doze meses, sob pena de, em caso de denúncia antecipada, ter de pagar indemnização correspondente ao preço do serviço por cada mês em falta até perfazê-los.

(Sumário do Relator)

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

1. O Mº Público propôs, contra “A”..., SA, acção seguindo forma ordinária, distribuída à Vara de Competência Mista do Funchal, pedindo a declaração de nulidade de cláusulas, inseridas em contratos utilizados pela R., e conseqüente condenação daquela a abster-se de as utilizar e a dar publicidade à respectiva proibição. Contestou a R., sustentando a licitude das impugnadas cláusulas - concluindo pela improcedência da acção.

Efectuado julgamento, foi proferida sentença, na qual se julgou a acção improcedente, absolvendo-se a R. do pedido.

Inconformado, veio o A. interpor o presente recurso de apelação, cujas alegações terminou com a formulação das seguintes conclusões:

- Na contraposição do interesse da contraparte tipicamente afectado por uma cláusula àquele que por ele é assegurado ao utilizador, haverá de concluir-se por uma violação do escopo da norma singular da proibição, se a composição de direitos e deveres resultantes da conformação do contrato, considerado no seu todo, e tendo em conta o quadro negocial padronizado, não corresponder à medida do equilíbrio pressuposto pela ordem jurídica, verificando-se, ao invés, uma desrazoável perturbação e desequilíbrio, em detrimento da contraparte do utilizador.

- O critério legal para a determinação da natureza excessiva da cláusula penal consiste na desproporção entre as reparações que ela imponha e os danos a ressarcir.
- Tal desproporção não tem de ser qualificada, isto é, não tem de ser sensível, excessiva, manifesta ou grave.
- Da conjugação da cláusula 9.6 com as cláusulas 9.5, 6.1 e 6.5 resulta que a R. “A”...SA, detectado um qualquer acesso indevido pelo cliente possa:
 - a) exigir a prestação normalmente devida pelos demais serviços contratados;
 - b) exigir a título de penalidade, o valor correspondente à utilização, por um período de seis meses, dos produtos e serviços em causa, de acordo com o preçário “A”...SA;
 - c) retirar eventuais descontos ou outros benefícios que tenham sido atribuídos aos clientes no âmbito de acções promocionais;
- por ser punível nos termos da lei, comunicar as mesmas às autoridades judiciais competentes, sem prejuízo do direito de ser indemnizada pelos danos decorrentes das referidas acções.
- reter a garantia exigida (cláusula 6.4) apenas sendo restituída ao cliente desde que estejam pagas todas as quantias devidas à “A”..SA no âmbito da disponibilização dos serviços.
- Assim, se entendida a cláusula penal fixada na cláusula 9.6 como:
 - cláusula compulsória (visando compelir o devedor ao cumprimento), dado que não corresponde a nenhum dano concreto, a mesma é contrária aos ditames da confiança que se deve exigir a quem impõe a outrem uma determinada base negocial, tratando-se de cláusula absolutamente proibida atípica, cuja proibição resultará do princípio geral da boa fé tal como configurado nos arts. 15º e 16º do DL 446/95;
 - como cláusula penal em sentido estrito, com um sentido de alternativa à indemnização, ainda assim, a mesma é desproporcionada pois ao credor apenas assistiria o direito de optar pela pena, que não acresce à indemnização, antes a substituindo, sendo, por isso, nula, atento o disposto no art. 19º-c) do DL 446/95;
 - como cláusula penal indemnizatória, trata-se, também, de uma cláusula penal desproporcionada pois a mesma, para além de não evidenciar um qualquer critério que permita estabelecer e perceber qual a relação causal entre as despesas/danos eventualmente a suportar e o valor da indemnização fixada, não se limita a fixar o montante dos danos que o prestador de serviço tenha sofrido, antes acrescentando à indemnização pelos danos eventualmente sofridos e à perda por parte do cliente de benefícios que tenha auferido, sendo, pois, nula, nos termos do disposto no art. 19º-c) do DL 446/95.
 - A cláusula 9.7 ao fixar a obrigação de não aceder indevidamente a produtos e serviços da “A”...SA no período de dois anos a

contar da data de desactivação / desligamento estabelecendo uma penalidade correspondente ao valor devido pela utilização, por um período de doze meses, dos produtos e serviços em causa (a que acrescerão, ainda, as sanções previstas na parte final da cláusula 9.5) estabelece uma penalização onerosa que é contrária à boa-fé e, como tal, proibida, nos termos do art 15º do DL 446/85 pois:

. apesar de se encontrar inserida num contrato, assume-se como uma cláusula autónoma, não decisiva para a prossecução dos objectivos daquele e do seu núcleo essencial, não visando, sequer, prevenir comportamentos susceptíveis de prejudicar o fim do contrato (a responsabilidade pós-contratual resultante da cláusula geral da boa fé, do art. 762º, nº2, do C.Civil surge, ainda, intimamente ligada aos fins do contrato procurando obviar a adopção de comportamentos que, mesmo após a sua extinção, ainda assim, perturbem os efeitos daquele) estabelecendo, antes, uma sanção (cláusula penal ?) não acoplada ao contrato nem adstrita ao seu cumprimento, mas sim para um facto verdadeiramente delitual que, em qualquer caso, seria susceptível de gerar, por si só, mais do que responsabilidade pós-contratual, responsabilidade delitual ou por factos ilícitos.

. a penalidade não respeita ao núcleo essencial das obrigações contratadas no âmbito da prestação de serviço reportando-se, antes, a uma responsabilidade, mais do que pós-contratual, verdadeiramente extra-contratual que, por força da sua inclusão no contrato, se repercute ao próprio nível do ónus da prova pois deixa de incumbir ao lesado/"A"...SA a prova da culpa (arts. 342º e 487º do C.Civil) passando a recair o ónus de provar que não agiu com culpa (arts. 799º, nº1, e 344º, nº1, do C.Civil) sobre o devedor .

. após a extinção do contrato não é razoável nem aceitável que os interesses económicos do credor relativamente a descontos efectuados e custos suportados com a prestação do serviço sejam ponderados pois a sua amortização / recuperação, dum ponto de vista estritamente económico/financeiro poderia e deveria ter sido contabilizada durante a prestação do serviço através da contraprestação recebida;

. pressupor que a permanência do equipamento na disponibilidade do cliente após a cessação do contrato potencia a sua indevida utilização e estabelecer uma penalidade em função dessa eventualidade gera uma flagrante discriminação entre tais clientes e aqueles que, por o não terem adquirido, não mantêm tal equipamento, antes procedendo à sua devolução à "A" Madeira.

- A cláusula 10.5 ao fixar que " ... Fora dos casos previstos na Cláusula 13, em caso de desactivação dos Produtos e Serviços ou cessação da relação contratual por motivo imputável ao cliente, antes de decorrido o período mínimo inicial referido no número anterior, fica o Cliente obrigado ao pagamento imediato à "A"...

SA de uma indemnização calculada de acordo com a seguinte fórmula: 12 meses (nº de meses em que os produtos e serviços estiveram activos) x (valor da mensalidade relativa aos serviços em causa) ...“ estabelece uma cláusula penal manifestamente desproporcionada, sendo nula nos termos do art. 19º-c) do DL 446/85, pois não se limita a reconhecer ao credor “A” ..SA o direito às prestações correspondentes ao período mínimo de permanência (12 meses) face às suas expectativas de perceber as mensalidades correspondentes a tal período, antes impõe, independentemente do período já decorrido, o pagamento imediato de uma indemnização no valor correspondente a doze meses vezes o valor da mensalidade.

- Pelo que se afigura manifesta a desproporção entre a reparação imposta por esta cláusula penal e os danos a ressarcir, revelando-se uma opção vantajosa para a “A” ...SA, pois, para além de já não ter que suportar a prestação do serviço, por via dela obteria, não uma compensação pelos prejuízos mas uma mais valia que nada justificaria, convertendo-se em instrumento de locupletamento da credora à custa dos clientes, numa situação em que, mais do que o interesse do credor no cumprimento do contrato, potencia um interesse ainda maior no seu incumprimento.

- Deve, por isso, ser revogada a decisão em apreço e substituída por outra que declare a nulidade das citadas cláusulas, condenando-se a R. a abster-se de utilizá-las nos contratos que de futuro venha a celebrar, bem como a dar publicidade a tal proibição e comprovar nos autos tal publicidade.

Em contra-alegações, pronunciou-se a apelada pela confirmação do julgado.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

2. Em 1ª instância, foi dada como provada a seguinte matéria factual :

1. A R. é uma sociedade anónima matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal sob o nº ... (al. A).

2. A R. tem por objecto social: a) a distribuição de televisão por cabo, satélite ou qualquer outra plataforma; b) concepção, desenvolvimento e exploração de negócios e serviços de telecomunicações, incluindo serviços de Internet e telefone em geral; c) concepção, desenvolvimento, exploração e prestação de serviços de assessoria, consultaria, formação e outros, directa ou indirectamente relacionados com as actividades e serviços referidos nas alíneas anteriores que nos mesmos se suportem ou façam uso; d) operador de rede de comunicações electrónicas; e) realização de actividades complementares, conexas ou acessórias das referidas nas alíneas anteriores" (al. B).

3. No exercício de tal actividade, a R. procede à celebração de contratos que têm por objecto o fornecimento e a prestação pela

R. de produtos e de serviços referidos em 2., designadamente, os serviços de distribuição de televisão, o serviço de apoio à Internet e serviços de voz, entre os quais, o serviço de telefone (al. C).

4. Para a celebração dos contratos referidos em 3., a R. apresenta aos interessados que com ela pretendam contratar um clausulado já impresso, previamente elaborado, que contém o título "Condições Gerais dos Produtos e Serviços "A"...M", conforme doc. junto a fls. 31 a 36 cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais (al. D).

5. O documento referido em 4. não contém quaisquer espaços em branco para serem preenchidos pelos contratantes que em concreto se apresentem como potenciais clientes (al. E).

6. A cláusula 1ª do documento referido em 4. estabelece o respectivo objecto, tal como resulta do ponto 3 (al. F).

7. Juntamente com a entrega do clausulado é apresentado aos interessados um impresso denominado "Formulário de Adesão a Produtos "A".M." que estes devem preencher e assinar (al. G).

8. Consta do "Formulário de Adesão a Produtos "A".M...", imediatamente antes do espaço destinado à aposição da assinatura do cliente, o seguinte: "O Cliente adere aos serviços "A". M. indicados, em conformidade com o Formulário de Adesão e as condições de produtos e serviços "A". M. aplicáveis que leu, de que tomou conhecimento e que lhe foram entregues pela "A". M. na presente data" (al. H).

9. Consta da cláusula 9ª, nº6, das Condições referidas em 4. o seguinte: "Sem prejuízo dos direitos que assistem à "A". M. nos termos do número anterior, nos casos de acesso indevido, a "A".M. poderá exigir ao Cliente, a título de penalidade, o pagamento de um valor correspondente à utilização, por um período de 6 (seis) meses, dos Produtos e Serviços em causa, de acordo com o Preçário "A". M. em vigor, podendo igualmente retirar eventuais descontos ou outros benefícios que tenham sido atribuídos aos Clientes no âmbito de acções promocionais" (al. I).

10. Consta da cláusula 9ª, nº7, das Condições referidas em 4. o seguinte: "A obrigação contratual de não aceder indevidamente aos Produtos e Serviços "A".M. mantém-se em vigor pelo período de 2 (dois) anos a contar da data de desactivação/desligamento. Se, no referido período, a "A".M. detectar o acesso indevido pelo Cliente aos Produtos e Serviços, o Cliente fica obrigado ao pagamento de uma penalidade correspondente ao valor devido pela utilização, por um período de 12 (doze) meses, dos Produtos e Serviços em causa." (al. J).

11. Consta da cláusula 10ª, nº2, das Condições referidas em 4., sob a epígrafe "Vigência e cessação" o seguinte: "Sem prejuízo do direito de resolução imediata em caso de eventual indemnização por danos, o fornecimento dos Produtos ou a prestação dos Serviços poderá cessar mediante pedido de desactivação/

desligamento efectuado pelo Cliente, por carta registada, com aviso de recepção, assinada pelo Cliente e à qual deverá ser anexa cópia do respectivo documento de identificação, a qual deverá ser recebida pela “A”.M. com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias relativamente ao termo do período inicial ou de qualquer das suas renovações. O pedido de desligamento e/ou desactivação poderá abranger todos ou apenas parte dos Produtos e Serviços a que o Cliente aderiu desde que, em caso de desactivação parcial, o pedido de desactivação não inclua o produto base de televisão. Fora dos casos previstos na Cláusula 13., em caso de desactivação dos Produtos e Serviços ou cessação da relação contratual por motivo imputável ao Cliente, antes de decorrido o período mínimo inicial referido no número anterior, fica o Cliente obrigado ao pagamento imediato à “A”.M. de uma indemnização calculada de acordo com a seguinte fórmula: [12 (doze) meses - nº de meses em que os Produtos e Serviços estiveram activos] x [valor da mensalidade relativa aos serviços em causa]. O período inicial e a indemnização devida pelo seu incumprimento têm por base condições de comercialização e investimento em equipamentos terminais ou condições especiais de preços e descontos acordados para serviços prestados" (al. L), corrigida em função do teor da cláusula 10.2 das Condições Gerais).

12. Para aceder à generalidade dos serviços fornecidos pela R., os seus clientes necessitam de utilizar, consoante os casos, um aparelho descodificador (*set-top-box*), um *cable modem* ou um telefone próprio (ponto 1).

13. As *set-top-boxs* de alta definição, com gravação, têm um preço de cerca de € 240; as *set-top-boxs* de alta definição, sem gravação, têm um preço de cerca de € 120; as *set-top-boxs* com definição standard têm um preço de cerca de € 140; os *modems* têm um preço de cerca de € 100 (ponto 2).

14. As campanhas promocionais efectuadas pela R. podem consistir num desconto de 25% sobre o preço dos equipamentos da R. ou, no caso de os clientes optarem pelo aluguer dos equipamentos, num desconto do aluguer mensal, durante um período de doze meses que pode atingir um valor anual de € 60 (ponto 3).

15. O custo das *set-top-boxs* é sempre totalmente suportado pela R. nos casos da alteração da tecnologia de distribuição do formato analógico para o formato digital (ponto 4).

16. O custo do primeiro telefone que é entregue aos clientes do serviço de voz da R. é suportado por esta (ponto 5).

17. Nos casos em que os aparelhos são adquiridos pelos clientes, mesmo com descontos, estes permanecem com o cliente após o final do contrato (ponto 6).

18. O acesso indevido à rede de telecomunicações da R. é detectado no seguimento de auditorias executadas pelos técnicos da R. (ponto 7).

3. Nos termos dos arts. 684º, nº3, e 685º-A, nº1, do C.P.Civil, o objecto do recurso acha-se delimitado pelas conclusões do recorrente.

A questão a decidir centra-se, assim, na apreciação da invocada nulidade das cláusulas contratuais impugnadas pelo A., ora apelante.

Dispõe o art. 19º c) do Dec-Lei 446/85, de 25/10, que *"São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: c) Consagram cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir"*.

Decorre, pois, da lei o critério para a determinação da natureza excessiva das cláusulas penais: a desproporção entre as reparações que elas imponham e os danos a ressarcir - desproporção essa que não deve ser aferida em vista de uma simples superioridade das penas prestabelecidas em relação aos montantes dos danos, mas consistir numa desproporção sensível (Almeida Costa e Menezes Cordeiro, Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil).

No caso concreto, e relativamente à cláusula 9.6 das Condições Gerais dos contratos celebrados, sustenta o apelante que a mesma consagra uma cláusula penal desproporcionada por não atender ao efectivo tempo de utilização do produto ou serviço.

Do teor dessa cláusula decorre haver sido conferida à R., ora apelada, a possibilidade de, no caso de acesso indevido aos seus produtos e serviços, exigir ao cliente o pagamento, a título de penalidade, de um valor correspondente, de acordo com o preçário em vigor, à sua utilização por um período de seis meses, bem como de lhe retirar eventuais descontos ou outros benefícios. Como se sublinha na decisão recorrida, na ponderação da validade da dita cláusula, deve ter-se em conta que o fornecedor do serviço não pode saber, à partida, qual a dimensão dos prejuízos que uma utilização indevida dos produtos acarreta - sendo que o acesso a distribuição de televisão por cabo ou o serviço de apoio à Internet ou telefone poderá ocorrer durante largos períodos sem que o mesmo disso tome conhecimento e tenha possibilidade de controlar esse uso.

E, assim sendo, se tem de entender que tal cláusula se não mostra desproporcionada em relação ao objectivo visado pelas partes - isto é, a utilização dos produtos e serviços da apelada nos estritos termos em que essa utilização foi solicitada.

No tocante à cláusula 9.7, entende o apelante que, resultando o dever de indemnizar do comportamento de uma das partes, depois da extinção do contrato, não pode ser considerada uma cláusula penal por esta pressupor a sua vigência - e sempre representaria uma penalidade injustificada, resultando da posição de superioridade em que se encontra a apelada.

Mediante a estipulação de tal cláusula, pretende-se compelir o cliente ao cumprimento da obrigação de não aceder indevidamente aos serviços daquela, durante um período de dois anos após o fim do contrato.

Como decidido, também aqui se entende não se mostrar a cláusula desproporcionada - uma vez que, sabendo-se manterem os ex-clientes em seu poder o equipamento que adquiriram, após a cessação do contrato, sobre eles impende um dever acrescido de não aceder indevidamente a esses serviços.

Finalmente, quanto à cláusula 10.2, entende o apelante consagrar cláusula penal que impõe consequências patrimoniais gravosas ao aderente e desproporcionada aos prejuízos.

Esta cláusula impõe aos clientes que o contrato se mantenha durante um período mínimo de doze meses - sob pena de, caso ocorra denúncia antecipada, terem de pagar indemnização correspondente ao preço do serviço por cada mês em falta até perfazê-los.

Resulta da factualidade provada que a apelada efectua campanhas promocionais traduzidas em descontos na aquisição do equipamento ou no valor dos alugueres, para além de assegurar a entrega de equipamento gratuito e a sua substituição por razões de actualização tecnológica.

Ainda como decidido, entende-se, pois, legítimo que a mesma conte com o percibimento das mensalidades correspondentes ao período mínimo inicial estipulado no contrato em que concedeu ao cliente condições comerciais excepcionais.

E, fixado o valor da indemnização no valor correspondente àquilo que deveria receber, caso não ocorresse incumprimento por parte do cliente, igualmente se não vislumbra a invocada desproporção entre a penalidade fixada e os prejuízos por aquela suportados, dado que tal valor corresponde precisamente a esses prejuízos. Concluindo-se pela não verificação da nulidade imputada a qualquer das aludidas cláusulas, terão, assim, de improceder as alegações do apelante.

**4. Pelo acima exposto, se acorda em negar provimento ao recurso, confirmando-se, em consequência, a decisão recorrida.
Sem custas.**

Lisboa, 8 de Março de 2012

**Ferreira de Almeida - relator
Silva Santos - 1º adjunto
Bruto da Costa - 2º adjunto**