

Processo: 254524/09.6YIPRT.L1-7
Relator: DINA MONTEIRO
Descritores: TELECOMUNICAÇÕES
CLÚSULA DE FIDELIZAÇÃO
FACTURA COMERCIAL
RESOLUÇÃO DO CONTRATO
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 14-09-2010
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE
Sumário:

1. A emissão de facturas por parte da Apelante (enquanto documento particular pela própria produzido) não comprova, por si só, a prestação dos serviços ali discriminados.
2. A cláusula de fidelização apenas pode operar nos casos em que o cliente deixa de cumprir, ficando a operadora numa situação desfavorável. Ora, esta não é a situação dos autos. Lesada é, sim, a Apelada que, face às razões que lhe assistem, procedeu validamente à resolução contratual.
(Sumário da Relatora)

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

Acordam na 7.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa

I. RELATÓRIO

V, S.A., intentou acção especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (injunção), nos termos do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, contra M., pedindo a condenação desta a pagar-lhe a quantia total de € 8 416,47 (capital, juros de mora e taxa de justiça paga).

Para o efeito, refere que a origem do crédito situa-se no não pagamento da prestação de serviços telefónicos e da penalidade por incumprimento contratual em que a sociedade Ré incorreu, por quebra do compromisso de permanência relativo à prestação do serviço móvel terrestre.

A Ré deduziu oposição invocando, em sua defesa, factos tendentes a demonstrar o não cumprimento do acordado por parte da A. e a rescisão/resolução do contrato pela Ré, com justa causa, por incumprimento contratual da A. Requereu ainda a condenação desta como litigante de má fé, em multa e indemnização condigna, nunca inferior a € 2 000,00.

Procedeu-se à realização de Audiência de Discussão e Julgamento tendo sido proferida sentença que considerou procedente a excepção preemptória da resolução contratual (com justa causa e por incumprimento da A.), deduzida pela Ré e improcedente a acção, absolvendo a Ré do pedido deduzido ordenando, no entanto, que esta restitua à A. os aparelhos móveis que lhe foram cedidos, por força da retroactividade daquela resolução. Julgou

ainda improcedente o pedido de condenação da A. como litigante de má fé, absolvendo-a do mesmo.

Inconformada, a A. interpôs recurso de Apelação no âmbito do qual formulou as seguintes conclusões:

- 1. Nos termos do artigo 712º do Código do Processo Civil, a Relação pode, nas circunstâncias nele previstas, alterar a decisão do tribunal de 1ª instância sobre a matéria de facto, o que se requer, porquanto:**
- 2. Nos termos do n.º1, alínea a) da referida disposição legal, se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa, ou da alínea b) do mesmo número, se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas o tribunal superior pode, se assim o entender, alterar a decisão;**
- 3. De forma articulada e devidamente especificada a Autora alegou, de forma circunstanciada, ao longo de 78 pontos as razões do presente recurso indicando a prova por si produzida e que se encontra em contradição com a decisão sob recurso, conforme se extrai das breves conclusões anunciadas a seguir:**
- 4. Da análise da matéria de facto constante da decisão do tribunal "a quo" verifica-se que, a ora Autora, provou não ter tido conhecimento de qualquer alegada notificação da Ré para a rescisão ou resolução contratual com justa causa (último § da Motivação da sentença sob recurso)**
- 5. Tal facto, de valor jurídico fundamental, foi totalmente desvalorizado ou ignorado na sentença sob recurso, embora conste da matéria de facto dado como provado (quesito 9º)**
- 6. A Ré pode, até, ter provado que enviou uma notificação à Autora a resolver o contrato com justa causa - que se não concede - , porém, nos termos do disposto no artigo 436.º, n.º1 do CC, para tal notificação ser eficaz tem de chegar ao conhecimento da outra parte, momento a partir do qual se torna irrevogável e produz efeitos, matéria que a Ré não provou e que a Autora manifestou, como resulta da sentença, desconhecer.**
- 7. E bastaria que este facto tivesse sido atendido e a lei aplicada para a decisão ser necessariamente outra, em que a Autora veria o seu crédito reconhecido e a Ré condenada ao pagamento do mesmo, tal como peticionado pela Autora.**
- 8. Acresce que também de acordo com a prova produzida e dos documentos juntos pela Autora aos autos, resultam evidentes**

contradições na matéria de facto dada como provada, desde logo contradição entre os depoimentos das testemunhas da Ré e o documento "Extracto de Conta Corrente", contradições estas que teriam sido importantes apurar para prova do alegado fundamento da Ré para resolver o contrato com a Autora (quesito 5º, 6º, 7º 8º 9º e 10º).

9. Ora, este documento junto aos autos pela Autora intitulado "Extracto de Conta Corrente" demonstra de forma clara e inequívoca que, a 13 de Janeiro de 2009, a Ré estava em clara situação de incumprimento, com 3 facturas atrasadas;

10. Facturas que apenas pagou no referido dia 13 de Janeiro de 2009, sem qualquer reclamação, aceitando os valores facturados, o que contradiz os testemunhos tidos por "muito credíveis" o que se não concede, das duas testemunhas da Ré.

11. E estando a Ré em situação de incumprimento manifesto (3 facturas atrasadas) não podia ela própria vir alegar que o incumprimento era da Autora e que havia qualquer justa causa para resolver o contrato;

12. Mas a alegada resolução "com justa causa" por parte da Ré, ainda que tivesse alguma vez chegado ao conhecimento da Autora - e apenas quando e se tivesse chegado e que não se concede - foi manifestamente contrariada pelo próprio comportamento da Ré, porquanto esta continuou a utilizar os serviços e os equipamentos que lhe foram fornecidos pela Autora, conforme resulta das facturas que foram juntas ao processo pela Autora e que demonstram a existência não só do fornecimento do serviço, como a sua utilização pela Ré após a data de 13 de Janeiro de 2009;

13. Consequentemente, deveria o tribunal "a quo" ter verificado que apesar de alegadamente a Ré ter "resolvido com justa causa o contrato" - e que se não concede - o seu comportamento denotou precisamente o contrário o que abalaria qualquer "verdadeira" vontade de rescisão contratual.

14. Tal facto, devidamente comprovado nos autos através das facturas emitidas pela Autora e que foram aceites pela Ré que confessou não as ter pago, revela-se, também, importante para a questão da Cláusula penal que a decisão sob recurso decide de forma simplista, ignorando uma vez mais a génese legal e o objectivo com que as mesmas são introduzidas nos contratos, mormente no dos autos.

15. A sentença sob recurso determina à Ré a devolução do equipamento que a Autora lhe cedeu no âmbito do contrato celebrado, "por força do efeito retroactivo da resolução contratual com justa causa, ao abrigo do estatuído no artigo 434º,

n.º 1, primeira parte, do Código Civil".

16. Ora, In Vaz Serra, RU, 102º-168 .."*Não pode, porém, exagerar-se o alcance da retroactividade. A retroactividade da resolução só tem lugar até onde a finalidade desta o justificar; as coisas não podem passar-se inteiramente como nunca tivesse existido o contrato, pois este existiu de facto e dele podem ter surgido obrigações, direitos e situações não abrangidos pela razão de ser da resolução, e que esta, portanto, não elimina, subsistindo não obstante ela.*"

17. Na verdade a simples devolução do equipamento não resolve a questão do período de fidelização a que a Ré estava obrigada e a solução do tribunal "a quo" parece, salvo o devido respeito, uma solução tipo "Rei Salomão" que não convence;

18. Vejamos, a Autora concedeu um desconto de 30% sobre o valor destes serviços à Ré, assim como cedeu a utilização do seguinte equipamento topo de gama:

..... pelo valor unitário, cada de 20€.

19. Tal cedência de equipamento, bem como o desconto de 30% acordado para os serviços tinha como pressuposto a permanência da Ré na rede Vodafone pelo período mínimo de 24 meses.

20. A falta de cumprimento do período de fidelização, conforme acordado entre as partes, tinha como consequência o pagamento de uma indemnização de € 500,00 por cada Aditivo Iphone e de € 5.436,60 pelo serviço Pack Empresas 1.500.

21. Neste valor compreende-se não só o valor que a Autora tinha expectativa de facturar à Ré durante o período de fidelização de 24 meses, como os descontos que lhe aplicou, como, ainda o valor dos equipamentos que lhe cedeu para uso no âmbito do contrato celebrado de fidelização por um valor simbólico de 20,00€ cada.

22. Nos termos do artigo 810.º, no 1 do CC, "*as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal*". "*Pela cláusula penal opera-se a liquidação antecipada e convencional dos prejuízos que resultariam do não cumprimento, evitando indagação e prova dos mesmos*" (Calvão da Silva)

23. Segundo Pinto Monteiro "*Cláusula penal é a estipulação mediante a qual as partes convencionam antecipadamente - isto é, antes de ocorrer o facto constitutivo de responsabilidade - uma determinada prestação, normalmente uma quantia em dinheiro, que o devedor deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento perfeito (maxime em tempo) da obrigação*".

24. A Ré, mesmo após o dia 13 de Janeiro de 2009 continuou a utilizar os equipamentos da Autora, pelo menos até 8 de Abril de 2009, sendo certo que até esta data continua na posse dos mesmos, mantendo-se a Autora privada dos referidos equipamentos.

25. Nesta conformidade entende-se que a devolução em singelo dos equipamentos em nada resolveria ou solucionaria aquele efeito retroactivo que pretensamente se pretenderia alcançar, pelo que, a Autora, teria o direito a ser indemnizada, pelo menos, pelos equipamentos cedidos à Ré, indemnização esta que nunca poderia ser inferior ao valor comercial que os mesmos teriam à data do início do contrato, acrescidos dos respectivos juros.

26. Ou seja, por cada Iphone a Ré sempre teria de pagar à Autora o valor de € 500,00 por equipamento;

27. Convirá esclarecer que tal hipótese só se coloca no âmbito da decisão tomada pelo tribunal "a quo", dado que a Autora tem o direito de exigir toda a indemnização clausulada, na sequência do incumprimento pela Ré do Acordo celebrado de permanência na rede Vodafone pelo prazo de 24 meses, indemnização que contempla, também, a parte do equipamento cedido ao abrigo desse mesmo acordo.

28. Assim a Ré, face à prova constante dos autos deve pagar à Autora: Factura n.º, relativa ao período de facturação de 09/12/2008 a 09/01/2009, no valor de €: 429,24, datada de 12.01.2009, cujo prazo de pagamento se venceu a 06.02.2009; Factura n.º relativa ao período de facturação de 09/09/2009 a 08/02/2009, no valor de €:392,44, datada de 12.02.2009, cujo prazo de pagamento se venceu a 06.03.2009; Factura n.º relativa ao período de facturação de 09/02/2009 a 08/03/2009, datada de 12.03.2009, no valor de C: 1.494,50, cujo prazo de pagamento se venceu a 30.03.2009; Factura n.º, relativa ao período de facturação de 09/03/2009 a 08/04/2009, datada de 13.04.2009, no valor de €:295,72, cujo prazo de pagamento se venceu a 29.04.2009; Factura n.º, relativa ao período de facturação de 09/04/2009 a 08/05/2009, datada de 13.05.2009, no valor de €: 5.444,56, cujo prazo de pagamento se venceu a 29.05.2009;

29. Acrescidas dos juros legais, calculados de acordo com a taxa em vigor em cada momento.

Conclui, assim, pela revogação da sentença proferida.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FACTOS PROVADOS

1. A Autora celebrou com a Ré a cessão de posição contratual do contrato de prestação do serviço móvel terrestre que vigorava entre a Autora e a sociedade "M.", daí decorrendo a transferência de todas as obrigações assumidas entre os outorgantes originários e aceitando a Ré o compromisso de permanência na rede e as condições inerentes (com a criação das contas números);

2. A Autora emitiu e enviou para a morada fornecida pela Ré as facturas seguintes, que esta recebeu e não pagou:

- **Factura n.º, vencida a 06.02.2009, no valor de € 429,24;**
- **Factura n.º, vencida a 06.03.2009, no valor de € 392,44;**
- **Factura n.º, vencida a 30.03.2009, no valor de €1 494,50;**
- **Factura n.º, vencida a 29.04.2009, no valor de € 295,72;**
- **Factura n.º, vencida a 29.05.2009, no valor de € 5 444,56;**

3. No âmbito do contrato (conta número, a Autora forneceu à Ré os aparelhos (duas unidades), (uma unidade), (uma unidade) e 2600 (uma unidade), tendo-lhes atribuído o valor unitário de € 20,00;

4. As partes estipularam na cláusula 2.ª: "*se o Cliente denunciar ou de qualquer modo fizer cessar o Contrato de Prestação do Serviço Telefónico Móvel antes de decorrido o prazo referido no ponto «Serviço Telefónico Móvel», será devida, desde logo, uma indemnização pelo incumprimento desse compromisso, cujo montante corresponderá à totalidade dos valores mensais vincendos por cada um dos serviços desactivados, até ao termo do referido período de permanência*";

5. Por diversas vezes, a Autora facturou montantes que não eram devidos pela Ré e, quando confrontada com esses erros na facturação, em vez de descontar as quantias, obrigava ao pagamento desses montantes com a ameaça de suspensão dos serviços;

6. Quando a Ré recusava o pagamento do valor facturado nesses moldes, a Autora suspendia os serviços, ficando os sócios e colaboradores da Ré impedidos de comunicar entre si e com os seus clientes;

7. Tal situação, que ocorreu por várias vezes, provocou graves incómodos à Ré, sociedade de advogados, para quem o telefone é um meio indispensável de trabalho;

8. A Ré transmitiu à Autora que, se a situação persistisse, rescindiria o contrato;

9. A Ré, através de comunicação escrita, datada de 13 Janeiro de 2009, enviada à Autora e recebida, procedeu à rescisão do contrato, invocando os fundamentos seguintes:

- Erros reiterados de facturação;**
- Apresentação de preços que não os contratados;**
- Suspensão infundada dos serviços telefónicos;**

10. Os mencionados fundamentos não foram, na altura, contestados pela Autora.

III. FUNDAMENTAÇÃO

Assenta a Apelante a sua discordância com a decisão proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância, antes de mais, por considerar que a análise da matéria de facto dada como provada não está em consonância com a prova existente no processo pedindo, assim, que este Tribunal de recurso proceda à sua alteração. Alterada esta, deverá determinar a procedência da totalidade dos pedidos por si formulados.

Para o efeito invoca o disposto no artigo 712.º, alíneas a) e b), do Código de Processo Civil, sem que, no entanto, indique concretamente as respostas a serem alteradas face a cada um dos pontos em que manifesta a sua discordância, conforme decorre da leitura das conclusões por si apresentadas.

Com efeito, impunha-se que a Apelante indicasse os meios probatórios respeitantes a cada um dos Pontos dos Factos Provados em relação aos quais mantivesse uma discordância de resposta, bem como indicasse as provas individualizadas para cada um deles. Contrariamente, porém, a sua discordância aparece de forma conjunta, obrigando o Tribunal a proceder a um outro tipo de abordagem. No entanto, com o intuito de que a verdade material possa fluir, não obstante os entraves processuais avançados, proceder-se-á à análise das questões colocadas nesta sede.

Assim, entende a Apelante que provou “não ter tido conhecimento de qualquer alegada notificação da Ré para a rescisão ou resolução contratual com justa causa (último parágrafo da Motivação da sentença sob recurso)”. Ora, do histórico de fls. 103 e 104, bem como dos faxes e “OK” respeitantes aos mesmos, juntos a fls. 96 a 102 dos autos, resulta exactamente o contrário do afirmado pela Apelante. Na verdade, não só se encontra provado que a Apelada deu conhecimento à Apelante da rescisão do contrato, como que tal conhecimento chegou correctamente ao conhecimento da daquela. Aliás, o conteúdo destes documentos foi corroborado pela audição das testemunhas indicadas a fls. 110 dos autos (motivação da matéria

de facto apresentada pelo Tribunal de 1.^a Instância), depoimentos estes cuja audição e valoração não estão em apreciação no âmbito do presente recurso uma vez que a prova não foi objecto de gravação.

Assim sendo, não há qualquer reparo a fazer ao conteúdo da resposta ao Ponto 9.^o da matéria de Facto Provada que, assim, se mantém.

Todas as considerações realizadas pela Apelante com base em resposta distinta, no caso, na sua formulação negativa, não têm, assim, de ser objecto de qualquer tipo de ponderação.

Defende ainda a Apelante que os factos constantes dos pontos 5.^o a 10.^o da matéria de facto dada como provada encontram-se em desacordo com o documento junto a fls. 86 dos autos, intitulado “Extracto de Conta Corrente”.

Conforme decorre linearmente da motivação apresentada à fixação da matéria de facto, o Tribunal de 1.^a Instância fundou a sua convicção no depoimento das diversas testemunhas ali indicadas bem como no teor dos documentos juntos a fls. 96 a 104. Ora, não só os depoimentos em causa não foram objecto de impugnação nos termos legalmente determinados, como os documentos que lhes serviram de base também o não foram. Resta-nos, assim, a análise do mencionado documento “Extracto de Conta Corrente”. Trata-se de um documento particular, produzido (fabricado) pela própria Apelante, que foi objecto de impugnação e que, como tal, não tendo qualquer outro tipo de apoio que lhe dê credibilidade, apenas poderia ter tido o destino que lhe foi dado pelo Tribunal de 1.^a Instância – não ser atendido.

No que se reporta à facturação apresentada pela Apelante diga-se que, contrariamente ao alegado pela mesma, a Apelada não aceitou o conteúdo de tais facturas. Bem pelo contrário, sempre as contestou e nela baseou um dos seus fundamentos para a rescisão contratual apresentada – Ponto 9.^o dos Factos Provados. Provado ficou, sim, é que a Apelante não contestou a rescisão da Apelada – Ponto 10.^o dos Factos Provados.

Tentar, como o pretende a Apelante, que a emissão de facturas comprova, por si só, a prestação correcta dos serviços ali discriminados, é totalmente inaceitável. Com efeito, a Apelada contestou a prestação de tais serviços, comunicou essa sua discordância à Apelada, que da mesma tomou conhecimento, e nela fundou, em parte, a sua rescisão contratual.

Assim, também nesta parte, não assiste razão á Apelante.

Defende ainda a Apelante que o facto de o Tribunal de 1.^a

Instância ter determinado que a Apelada procedesse à entrega do equipamento àquela, como decorrência da resolução contratual validamente operada, não resolve a questão da fidelização a que a mesma estava obrigada.

Ora, é necessário ter presente que neste tipo de contrato, como o dos autos, a estipulação antecipada do montante devido pelo devedor, em caso de incumprimento desse mesmo contrato, tem a vantagem de, desde logo, dar a conhecer a ambas as partes, o “quantum” do dano futuro que deve ser objecto de ressarcimento, independentemente do apuramento exacto do dano do credor. Trata-se de uma cláusula penal que visa incentivar o devedor a cumprir sob pena de, não o fazendo, ter de proceder ao pagamento de uma indemnização que é, na prática, superior ao dano previsível. Trata-se, pois, do estabelecimento de uma cláusula penal com função sancionatória.

Com a fixação desta cláusula o credor pretende, assim, garantir um benefício ou valor equivalente àquele que receberia com o cumprimento do contrato e não a reparar os danos causados com o incumprimento.

A fidelização de clientes por parte das operadoras surge, assim, como uma forma de se protegerem, em termos de concorrência, das operadoras do mesmo serviço. Em contrapartida, concedem aos seus clientes aparelhos telemóveis a um preço simbólico, ou seja, em muito inferior ao valor em que os mesmos se encontram disponíveis no mercado.

No entanto, esta cláusula de fidelização apenas pode actuar quando o cliente deixa de cumprir, ficando a operadora numa situação desfavorável. Ora, esta não é a situação dos autos. Lesada é, sim, a Apelada que, face às razões que lhe assistem, procedeu validamente à resolução contratual, conforme já acima ficou expresso.

A devolução do equipamento à Apelante surge, assim, como a única medida a desenvolver pela Apelada e que foi já objecto de determinação por parte do Tribunal de 1.ª Instância.

Por fim, sempre se dirá que da prova constante dos autos não resulta quaisquer das situações previstas pelo invocado artigo 712.º do Código de Processo Civil, que determinasse, ainda que officiosamente, distinta decisão por parte deste Tribunal de recurso.

IV. DECISÃO

Face ao exposto, julga-se improcedente a Apelação e mantém-se a decisão proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância.

Custas pela Apelante.

Lisboa, 14 de Setembro de 2010

**Dina Maria Monteiro
Luís Espírito Santo
Jorge Roque Nogueira**