

**Processo:** 1591/08.3TVLSB.L1-6  
**Relator:** MÁRCIA PORTELA  
**Descritores:** PRESCRIÇÃO  
OBRIGAÇÃO  
CLÁUSULA PENAL  
TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS  
**Nº do Documento:** RL  
**Data do Acórdão:** 25-02-2010  
**Votação:** UNANIMIDADE  
**Texto Integral:** S  
**Meio Processual:** APELAÇÃO  
**Decisão:** CONFIRMADA A DECISÃO  
**Sumário:**

- 1. Por força do princípio da acessoriedade da cláusula penal, prescrita a obrigação principal (pagamento dos serviços), caduca a cláusula penal estabelecida para o incumprimento.**
- 2. Por essa razão, prescrita a obrigação de pagamento dos serviços no prazo de seis meses a contar da prestação do serviço, não se pode exigir o pagamento da cláusula penal com o fundamento de que o prazo de seis meses apenas está previsto apenas para a prestação de serviço e que o prazo aplicável à cláusula penal é o prazo ordinário de 20 anos (artigo 309º CC). (Sumário da Relatora)**

**Decisão Texto Parcial:**  
**Decisão Texto Integral:**

**Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa**

### **1. Relatório**

TMN..., S.A., intentou acção declarativa, sob a forma ordinária, contra B..., pedindo a sua condenação no pagamento da quantia de € 36.576,33, acrescida dos juros de mora vencidos e vencendos. Alega para tanto, e em síntese, que no exercício da sua actividade de exploração do serviço de telecomunicações móveis, acordou com o R., em 11 de Dezembro de 2001, a prestação deste serviço, através da atribuição ao R. de cinco cartões de acesso à rede móvel terrestre, tendo o R. se obrigado a manter o vínculo contratual com a A. pelo período de 30 meses, pelo que havendo desactivação dos cartões de acesso por motivo imputável ao R. antes de decorrido o referido período de vinculação contratual, este pagaria o valor correspondente ao produto das mensalidades fixas contratadas pelo número de meses que faltassem para completa esse período de duração contratual. E que, em 21 de Junho de 2002, o R. celebrou com a A. um outro acordo de adesão adicional de fidelização relativo aos mesmos cartões, obrigando-se a manter o vínculo contratual pelo período de 24 meses, pelo que havendo desactivação dos cartões de acesso por motivo imputável ao R. antes de decorrido o referido período de vinculação contratual, este pagaria o valor correspondente ao produto das mensalidades fixas contratadas pelo número de meses que faltassem para completa esse período de duração contratual. Diz ainda que relativamente ao primeiro acordo o R. não efectuou o pagamento integral dos serviços que lhe foram prestados nos meses de Junho e Julho de 2002, permanecendo em dívida pelo montante de

€ 1.490,86, e relativamente ao segundo acordo, também não efectuou o pagamento integral dos serviços que lhe foram prestadas nos meses de Julho a Outubro de 2002, no montante global de € 11.150,33. E que em 3 de Novembro de 2002 procedeu à desactivação dos cinco cartões atribuídos ao R. e emitiu a factura no valor de € 11.007,50, correspondente a 20 assinaturas mensais, uma vez que a desactivação dos cartões de acesso ocorreu por motivo exclusivamente imputável ao R., quantia que também não foi paga.

Contestou o R. excepcionando, no que releva para o recurso, a prescrição dos créditos reclamados pela A., a que esta replicou, sustentando, no essencial, a inaplicabilidade do prazo de prescrição de seis meses previsto na Lei 21/96, de 26 de Julho, e a aplicabilidade do prazo ordinário de prescrição de vinte anos.

No despacho saneador foi proferida sentença, julgando a excepção de prescrição procedente e, em consequência, absolvendo o R. do pedido.

Inconformada, apelou a A., apresentando as seguintes conclusões:

«a) A sentença recorrida padece de um erro de julgamento quanto à fixação da matéria de facto, porquanto, a presente acção deu entrada em juízo no dia 23 de Maio de 2008, data da expedição da petição inicial por correio registado de acordo com o disposto no artº 150º, nº 1, alínea b) do C.P.C., e não no dia 27 de Maio de 2008, conforme consta no nº 17º dos factos provados.

b) Este facto é essencial, porque à data da propositura da presente acção judicial estava em vigor o disposto na Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas), cujo artº 127º, nº 2, excluía o serviço de telefone do âmbito da aplicação da Lei nº 23/96, de 26 de Julho e do Dec-Lei nº 159/99, de 8 de Junho.

c) A nova redacção do artº 10º, nº 1 e 4 da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, introduzida pela Lei nº 12/2008, de 26/02 e pela Lei nº 24/2008, de 02/06, apenas entrou em vigor a 27 de Maio de 2008, ou seja, em data posterior à propositura da presente acção judicial.

d) A nova redacção do citado artº 10º, nº 1 e 4 da Lei nº 23/96, de 26/07, só se aplica às relações que subsistam à data da sua entrada em vigor, o que não se verifica no caso "sub júdice".

e) A presente acção judicial deve ser julgada, segundo a regra da aplicação da lei no tempo consagrada no artº 12º, nº 2 – 1ª parte do Código Civil, aplicando-se o regime legal da mencionada Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, o qual não prevê um prazo específico de prescrição, sendo, por isso, aplicável a regra geral prevista no artº 309º do Código Civil.

f) Sem prejuízo, acresce que, contrariamente à tese defendida na douta sentença recorrida, tem sido entendimento desse Venerando Tribunal que no âmbito de aplicação do diploma referido (Lei nº 23/96, de 26/07) o legislador apenas pretendeu incluir o serviço

telefónico fixo, e não também o serviço móvel, o qual não é susceptível de se enquadrar no conceito de "serviço público essencial", por forma a merecer a aplicação do regime de protecção previsto no aludido diploma legal, sendo o serviço móvel terrestre considerado legalmente como um serviço de telecomunicações complementar.

g) O âmbito do referido diploma legal nunca poderá ser aplicável à obrigação de pagamento de cláusula penal acordada, uma vez que esta se reporta a indemnização devida por incumprimento contratual e não a serviços prestados.

h) Os direitos de crédito da A. ora apelante face ao R. ora apelado não se encontram, pois, prescritos, devendo a dita sentença recorrida ser revogada.

Nestes termos e nos melhores de direito que V.Exas. certa e mui doutamente sempre suprirão deve o presente recurso de apelação ser julgado procedente e, em consequência, revogar-se a dita sentença recorrida, com todas as consequências legais».

O apelado contra-alegou, concluindo pela improcedência do recurso.

## **2. Fundamentos de facto**

A 1ª instância considerou provados os seguintes factos:

1. Em 11 de Dezembro de 2001, no exercício da sua actividade de exploração do serviço de telecomunicações móveis, a A. acordou com o R. a prestação deste serviço, incluindo a realização e recebimento de chamadas telefónicas, mensagens escritas e correio voz.
2. Na sequência do acordo referido em 1, a A. atribuiu ao R. cinco cartões de acesso à rede móvel terrestre com os números ...; ...; ...; ... e ..., activados no tarifário da TMN 500.
3. Na mesma data. a A. e o R. acordaram que este pagaria uma mensalidade fixa relativa aos cartões de acesso à rede móvel terrestre discriminados em 2.
4. O R. obrigou-se a manter o vínculo contratual com a A. pelo período de 30 meses relativamente aos cartões de acesso à rede móvel terrestre discriminados em 2.
5. A A. e o R. acordaram que havendo desactivação dos cartões de acesso discriminados em 2 por motivo imputável ao R., antes de decorrido o período de vinculação contratual mínimo de 30 meses, este pagaria à A. o valor correspondente ao produto das mensalidades fixas contratadas pelo número de meses que faltassem para completar o referido período de duração contratual acordado.
6. Em 21 de Junho de 2002 a A. e o R. subscreveram o Aditamento ao Acordo de Adesão junto de fls. 14 a 17, cujos dizeres dou por integralmente reproduzidos referente aos cartões discriminados em 2.
7. Na sequência do acordo referido em 6, os cinco cartões atribuídos ao R. passaram a estar activados no tarifário da TMN 2.500.
8. No acordo referido em 6, a A. declarou aceitar a posição contratual anteriormente assumida no acordo mencionado em 1. e obrigou-se a

manter o vínculo contratual com a A. pelo período de 24 meses, relativamente aos cartões de acesso á rede móvel terrestre discriminados em 2.

9. A A. e o R. acordaram que havendo desactivação dos cartões de acesso discriminados em 22 por motivo imputável ao R., antes de decorrido este novo período de vinculação contratual mínimo de 24 meses, este pagaria à A. o valor correspondente ao produto das mensalidades fixas contratadas pelo número de meses que faltassem para completar o referido período de duração contratual acordado.

10. A A. emitiu e enviou ao R. as seguintes facturas referentes ao acordo mencionado em 1:

1. Factura nº ... emitida em 05.06.2002. no valor de € 2.733,32. com data imite de pagamento em 27.06.2002, referente a uma mensalidade e comunicações;

2. Factura nº ..., emitida em 05.07.2002, no valor de € 2.335,30, com data limite de pagamento em 29.07.2002, referente a comunicações.

11. Por conta dos montantes titulados pelas facturas discriminadas em 10, o R. efectuou o pagamento das seguintes quantias:

1. € 500,00 em 22.08.2002;

2. € 776,76 em 20.09.2002;

3. € 767,00 em 25.09.2002;

4. € 767,00 em 26.09.2002;

5. € 767,00 em 03.10.2002.

12. A A. emitiu e enviou ao R. as seguintes facturas referentes ao acordo mencionado em 6:

1. Factura nº ..., emitida em 05.07.2002, no valor de € 2.076,70. com data limite de pagamento em 29.07.2002, referente a mensalidade e comunicações;

2. Factura nº ..., emitida em 05.08.2002, no valor de € 2.569,44, com data limite de pagamento em 26.08.2002. referente a mensalidade e comunicações;

3. Factura nº ..., emitida em 05.09.2002, no valor de € 2.695,54 com data limite de pagamento em 30.09.2002, referente a mensalidade e comunicações;

4. Factura nº ..., emitida em 05.10.2002. no valor de € 3.818,65. com data limite de pagamento em 28.10.2002, referente a mensalidade e comunicações.

13. Em 3 de Novembro de 2002 a A. procedeu à desactivação dos cartões de acesso à rede móvel terrestre discriminados em 22.

14. A A. emitiu e enviou ao R. a seguinte factura referente a indemnização por incumprimento contratual

Factura nº ..., emitida em 29.11.2002, no valor de € 11.007,50, com data limite de pagamento em 20.12.2002.

15. Por conta dos montantes titulados pelas facturas discriminadas em 12 e 14, o R. efectuou o pagamento da quantia de € 767,00, em 20.09.2002.

16. A A. enviou as facturas discriminadas em 10, 12, e 14 para a morada do R. constante dos acordos referidos em 1 e 6 nas datas em

que foram emitidas.

17. A presente acção deu entrada em juízo no dia 27 de Maio de 2008.

### **3. Do mérito do recurso**

O objecto do recurso, delimitado pelas conclusões das alegações (artigo 684º, nº 3, e 685 A, nº 1 CPC), salvo questões do conhecimento officioso (artigo 660º, nº 2, *in fine*), consubstancia-se nas seguintes questões:

- alteração da matéria de facto;
- prazo de prescrição das quantias reclamadas a título de prestação de serviços de telecomunicações móveis;
- prazo de prescrição da quantia reclamada a título de penalização por violação da cláusula de fidelidade.

#### **3.1. Da alteração da matéria de facto**

Sustenta a apelante ter havido erro de julgamento relativamente ao facto nº 17, porquanto a data de entrada da petição inicial foi 23 de Maio de 2008, data do registo postal, nos termos do artigo 150º, nº 1, alínea b), CPC.

Compulsados os autos, embora da primeira página da petição inicial conste no canto inferior direito uma cota com a menção «anexo envelope registado - 27/05/2008», não se encontra nos autos o referido envelope.

Assim sendo, não é possível aferir da alegada desconformidade do facto enunciado sob o nº 17 com a realidade, já que não se verifica nenhuma das situações em que é possível a reapreciação da matéria de facto (cfr. artigo 712º CPC).

Sempre de dirá que, tal como se explicitará infra, tal alteração em nada altera a decisão.

#### **3.2. Prazo de prescrição das quantias reclamadas a título de prestação de serviços de telecomunicações móveis**

Contrariamente ao pretendido pela apelante, a data de propositura da acção é absolutamente irrelevante para o destino do recurso, e, mais concretamente, para a definição do direito aplicável.

Na lógica do apelante, a data da propositura da acção seria relevante porque, tendo a acção sido instaurada em data anterior a 27 de Maio de 2008, não lhe seria aplicável a nova redacção que a Lei 12/2008, de 26.02, introduziu na Lei 23/96, de 26.07, pois o serviço de comunicações electrónicas passou a estar contemplado no âmbito desta lei (artigo 1º alínea d), e o que o prazo de prescrição do direito ao recebimento do preço, quer o prazo para propositura da acção pelo prestador de serviço passou a ser de seis meses contados da prestação dos serviços (artigo 10º, nºs 1 e 4).

Assim, na óptica do apelante, porque à data da propositura da acção estava em vigor a Lei 5/2004, de 10.02 (Lei das Comunicações Electrónicas), o prazo de prescrição aplicável aos créditos emergentes

da prestação de serviço de telecomunicações móveis não poderia ser o de seis meses previsto no artigo 10º, nº 1, da Lei 23/96, de 23.07, na sua redacção originária, pois o artigo 127º, nº 2, daquela Lei 5/2004 excluía expressamente do âmbito da Lei 23/96 e do Decreto-Lei 159/99, de 08.06, o serviço de telefone.

Ora, o raciocínio do apelante não colhe, porquanto a Lei 5/2004 não tem efeitos retroactivos, como resulta do princípio geral de aplicação das leis no tempo insito no artigo 12º, nº 1, CC: a lei dispõe apenas para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

Por outro lado, nada permite atribuir-lhe natureza interpretativa, nos termos do artigo 13º CC, já que consagrou o oposto do que se encontrava legislado. É, aliás, sintomática a formulação daquele artigo 127º, nº 2: o serviço de telefone fica excluído do âmbito da Lei 23/96, de 23.07, e do Decreto-Lei 159/99, de 08.06.

A data que releva para a determinação da legislação aplicável é a data da prestação do serviço.

Tudo isto foi explicado com grande clareza pela Mmª Juiz *a quo*, que aplicou a redacção originária do artigo 10º da Lei 23/96, analisando com grande rigor a dupla problemática suscitada por este normativo: se os serviços de telemóveis estavam abrangidos pela tutela da Lei 23/96, até à entrada em vigor da Lei da Comunicações Electrónicas, e qual a natureza da prescrição aí consagrada (extintiva ou presuntiva). Acerca desta problemática, remetemos para o acórdão deste colectivo datado de 2009.06.04, proc. nº 4288/04.0 TJLSB.L1, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Em 2009.12.03 foi proferido pelo STJ o acórdão uniformizador de jurisprudência relativamente a esta matéria do seguinte teor:

**Nos termos do disposto na redacção originária do nº 1 do artigo 10º da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, e no nº 4 artigo 9º do Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação (em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).jstj, proc. 216/09.4YFLSB).**

Destacamos ainda dois outros pontos do sumário, que interessam ao caso concreto:

I. Aos créditos resultantes da prestação do serviço de telefone móvel prestados anteriormente à entrada em vigor da revogação do Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, pela Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, é aplicável o regime definido por aquele Decreto-Lei nº 381-A/87, também não os atingindo a exclusão do serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, determinada pelo nº 2 do artigo 127º da Lei nº 5/2004;

II. O prazo de prescrição de seis meses previsto no nº 4 do artigo 9º do Decreto--Lei nº 381-A/97 e no nº 1 do artigo 10º da Lei nº 23/96 prevalece sobre o prazo de cinco anos constante da alínea g) do artigo 310º do Código Civil.

Aderindo-se ao referido acórdão, tirado por larga maioria, a sentença tem necessariamente que ser confirmada na parte relativa aos créditos relativa ao pagamento do preço dos serviços.

Ainda que assim não se entendesse, os créditos pela prestação dos serviços sempre estariam prescritos nos termos da alínea g) do artigo 310º CC, já que os serviços não pagos reportavam-se aos meses de Junho a Outubro de 2002 (cfr. artigo 13º da petição inicial – facto considerado ao abrigo do disposto no artigo 659º, nº 3, *ex vi* artigo 713º, nº 2, CPC), tendo as facturas sido emitidas no dia 5 dos meses de Julho a Outubro (ponto 12 da matéria de facto) e nessas datas enviadas ao apelado (ponto 16 da matéria de facto).

Assim, aplicando-se o prazo de cinco anos sobre essas datas, a prescrição ter-se-ia consumado entre Julho e Outubro de 2007, quando a acção apenas foi intentada em 23 de Maio de 2008.

A sentença recorrida, que defendeu a tese que veio a ser acolhida pelo STJ, em sede de uniformização de jurisprudência, não merece qualquer censura nessa parte.

### **3.3. Prazo de prescrição da quantia reclamada a título de penalização por violação da cláusula de fidelidade**

Sustenta a apelante que a Lei 23/96 nunca poderá ser aplicável à cláusula penal acordada por esta se reportar a indemnização devida por incumprimento contratual e não a serviços prestados, pelo que o prazo de prescrição seria de 20 anos.

Na sentença, após se concluir pela aplicabilidade da Lei 23/96 aos serviços prestados no âmbito das comunicações móveis, escreveu-se: «A prescrição constitui uma excepção peremptória que conduz à absolvição do réu do pedido (cf. artº 493º, nº 3 do CPC).

Refira-se, por último, que também deverá ser este o desfecho da acção no que concerne à factura 129636133, não obstante a mesma se reportar a indemnização por incumprimento contratual».

Aparentemente estar-se-ia a afirmar que à indemnização por incumprimento contratual se aplicaria a Lei 23/96, conforme entendeu o apelante.

No entanto, da leitura da fundamentação resulta que a Mmº Juiz *a quo*, louvando-se na lição de Pinto Monteiro, Cláusula Penal e Indemnização, considerou que, prescrita a obrigação principal, a cláusula penal estabelecida para o incumprimento caduca.

O fundamento da absolvição do apelado do pedido foi a caducidade da cláusula penal por força da caducidade, e não a prescrição.

Afigura-se correcto este entendimento. Pela sua clareza, justifica-se a transcrição dos considerandos de Pinto Monteiro acerca da acessoriedade, a pgs. 86 e ss. da citada obra:

«A cláusula penal, como já vimos, pressupõe a existência de uma obrigação — provindo, em regra, de contrato -, que é costume designar por obrigação principal, a fim de acentuar melhor a acessoriedade da referida cláusula, a sua dependência relativamente à obrigação cujo inadimplemento sanciona.

Compreende-se que seja assim: a cláusula penal, em qualquer das suas modalidades, é uma estipulação mediante a qual um dos contraentes se obriga a efectuar uma prestação, diferente da devida, no caso de não cumprir ou de não cumprir nos seus precisos termos a obrigação. Trata-se de simples promessa a cumprir no futuro, com carácter eventual, visto que o compromisso assumido só se efectivará - a pena só será exigível - *se e na medida* em que o devedor não realize, por culpa sua, a prestação a que está vinculado e a que a cláusula se reporta.

A justificação da acessoriedade da cláusula penal não oferece, pois, dificuldades de maior. Esta não é um fim em si mesmo: ao estipular uma cláusula penal, visa-se incentivar o respeito devido à obrigação, de fonte negocial ou imposta por lei, estabelecendo, desde logo, para o efeito, a respectiva sanção, prevenindo a hipótese do seu incumprimento; ou pode ser escopo das partes, tão-só, o de fixar antecipadamente o *quantum* indemnizatório a que haverá lugar. Seja como for, a existência de uma obrigação surge, assim, via de regra, como *pressuposto* objectivo da cláusula penal. Daí que a sorte desta fique dependente do destino da primeira.

Sabemos já que a cláusula penal é um meio de estabelecer uma pena. Evidentemente que o desaparecimento da obrigação principal - por nulidade *v. g.* - arrasta consigo a cláusula penal, implicando, de igual modo, o desaparecimento da pena, que era o seu objecto. Mas pode dar-se o caso de a obrigação ser válida, mantendo-se, conseqüentemente, a cláusula penal, sem que a pena, ainda assim, seja exigível. Solução que decorrerá ainda do princípio da acessoriedade: é que a pena só é exigível quando não se efectue (ou não se efectue em termos correctos) a prestação que é devida, mostrando-se também necessário que o credor possa, nos termos gerais, reagir contra o inadimplemento. Não sendo este o caso, designadamente porque o incumprimento ou o atraso não são imputáveis ao devedor, não será devida a pena. O credor só pode exigi-la, pois, nos mesmos termos em que poderia reagir contra o inadimplemento, a mora ou o cumprimento defeituoso da prestação: trata-se, ainda, de uma consequência da acessoriedade.

A dependência da cláusula penal relativamente à obrigação cujo inadimplemento sanciona, manifesta-se, pois, em vários momentos, desde que esta se constitui até a sua extinção.

Em primeiro lugar, a cláusula penal requer que a obrigação principal haja sido validamente constituída, pelo que, sendo esta inválida, igual sorte tem aquela cláusula. Por outro lado, as formalidades exigidas para a obrigação principal estendem-se à cláusula penal (art. 810º, nº 2). Por último, extinguindo-se, por qualquer motivo, a obrigação principal, caduca a cláusula penal. Numa palavra: desaparecendo a obrigação, seja porque é nula ou foi anulada, seja porque se extinguiu, desaparece o pressuposto de que a cláusula penal dependia, pelo que esta perde a sua razão de ser». (não sublinhado no original). E na nota 198, a pg. 89, exemplifica a caducidade da cláusula penal

precisamente com a prescrição da obrigação principal, citando Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado

Ainda que assim não se entendesse, não parece curial que duas obrigações emergentes do mesmo contrato tivessem prazos de prescrição distintos – seis meses e vinte anos.

A cláusula penal mais não é que a antecipação de todas as mensalidades que seriam devidas até ao termo do período de vinculação de permanência. Não deixam de ser mensalidades reportadas à prestação de um serviço, embora esse serviço não tenha sido prestado por o contrato ter cessado.

Se por força do princípio da acessoriedade a cláusula penal está estritamente dependente da obrigação principal (*accessorium sequitur principale*), faz sentido que o prazo de prescrição seja idêntico, sobretudo quando a penalidade é calculada em função das mensalidades devidas pela prestação do serviço (e que prescrevem no prazo de seis meses).

#### **4. Decisão**

Termos em que, julgando a apelação improcedente, confirma-se a decisão recorrida.

Custas pela apelante.

Lisboa, 2010.02. 25

Márcia Portela

Carlos Valverde

Granja da Fonseca