

Processo: 122/09.2TJLSB.L1-7
Relator: GOUVEIA BARROS
Descritores: INDEMNIZAÇÃO
PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 26-02-2013
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: ALTERADA A DECISÃO
Sumário:

**Alegando a predisponente que a fixação da cláusula de permanência mínima é justificada pelos custos incorridos com as infraestruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é desproporcionada a indemnização se a mesma abarca, não apenas o período de fidelização inicial, mas também o período de renovação automática subsequente.
(Sumário do Relator)**

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

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

O Ministério Público propôs acção declarativa, com processo sumário, contra C..., SA., pedindo a declaração de nulidade das cláusulas 14ª, nº 3, 10ª, nº 6, 10ª, nº 5, 9ª, nº 5, 11ª, nº 4, e 3ª, nº 6, dos contratos juntos com a petição inicial com os nºs 2, 3, 4, 5, 6 e 7, respectivamente, condenando-se a Ré a abster-se de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar.

Alega, para tanto e em síntese, que a ré inseriu no texto dos contratos já impressos que apresenta aos seus clientes as cláusulas em questão, sendo que ao uso das cinco primeiras é proibido por lei porquanto estabelecem um prazo de fidelização que envolve, no caso de incumprimento imputável ao aderente, uma desconformidade manifesta entre a penalidade e o prejuízo, em prol da Ré, sendo nulas atendendo ao quadro negocial padronizado, nos termos do artigo 19º, al. c), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25-10,

E no tocante à clausula 3ª, nº 6, do contrato junto como documento nº 7, alega o Autor, ela *“consagra uma solução de desequilíbrio valorativo, denotando procurar alcançar os seus próprios objectivos sem considerar, de modo minimamente razoável, os interesses legítimos do cliente, sendo por isso contrária à boa-fé e como tal proibida por força do artigo 15º do mesmo diploma”*

Regularmente citada, a Ré contestou alegando, em síntese, que em consequência de decisão da A... de que foi notificada em 29-12-2008, procedeu à adaptação dos contratos que utiliza às novas regras aplicáveis sobre o conteúdo mínimo a incluir nos contratos para a prestação dos serviços de comunicação electrónica, nomeadamente no que respeita à justificação do período de fidelização, assinalando que não se verifica a apontada desconformidade entre a penalidade e os danos sofridos e

acrescentando que parte dessas cláusulas já não são usadas (cláusulas 10^a, n^o 6, e 10^a, n^o 5) ou foram eliminadas (cláusula 3^a, n^o 6), razão pela qual o resultado ou fim pretendido através da presente acção já foi atingido, tornando-a assim inútil.

Replicou o autor para pugnar pela improcedência da invocada inutilidade da lide, dizendo que *“só a declaração de nulidade das cláusulas mencionadas tem a virtualidade de sanar eventuais efeitos danosos já produzidos em contratos celebrados com a inclusão de tais cláusulas”*.

Por despacho unitário de fls 261 e segs, saneou-se o processado, julgando-se improcedente a arguida inutilidade superveniente da lide, sendo no mais tabelar, seleccionando-se a matéria de facto já assente e a que se integrou na base instrutória com vista à sua ulterior demonstração.

Discutida a causa, foi proferida sentença a julgar a acção parcialmente procedente, e em consequência declarou nula a cláusula 3^a, n^o6, inserta no documento n^o 7 junto com a petição inicial, condeno a Ré a abster-se de a usar em qualquer contrato, bem como a dar publicidade a tal determinação, absolvendo-a quanto ao mais pedido.

Inconformados com o decidido, recorreram o M^oP^o e a P..., aquele para pugnar pela revogação da sentença na parte em que julgou a acção improcedente e esta para pugnar pela revogação da sentença na parte em que deu provimento à pretensão do M^oP^o, alinhando as seguintes razões em sustentação do entendimento que cada uma defende:

Diz o M^oP^o:

1.ª Em prol da validade das cláusulas contratuais gerais sindicadas, a Mm^a Juíza a quo, transcrevendo o Acórdão do Tribunal da Relação de L... de 6 de Dezembro de 2011, fez constar que «o período de vigência mínima ou obrigação de fidelização “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”».

2.ª A utilização da expressão “conhecimento geral” no citado trecho remete para a noção de facto notório, uma vez que, segundo o art. 514.º, nº1 do Código de Processo Civil, são notórios os factos do conhecimento geral.

3.ª Com a devida consideração, que é muita, não podemos encarar a concessão de vantagens comerciais em troca da vinculação a um período como um facto notório.

4.ª Desde logo - e desdobrando o conceito em apreço - porque um facto corresponde a um acontecimento que é real, cuja ocorrência é certa. Pressupõe um grau de certeza – “objetivamente provada”, conforme se referiu - que, quanto a nós, não é possível atribuir a algo – no caso, quer a vinculação a um período quer a concessão de vantagens - que pode nem sequer se verificar. Uma vez que é

subjetivo, que se encontra na opção das operadoras, dependente da vontade delas.

5.ª Mas ainda que entendamos ser de caracterizar como facto a concessão de vantagens em questão, não será, quanto a nós, de lhe atribuir o carácter de notório.

6.ª Estamos aqui no âmbito de um assunto especializado, que exige conhecimentos específicos e que escapa ao comum leigo.

7.ª Aliás, precisamente por ter a noção da necessidade de maior transparência, de informação do consumidor neste âmbito, é que a própria entidade reguladora, A... – Autoridade Nacional de Comunicações impôs que estivessem expressamente previstos certos aspetos, respeitantes aos períodos de fidelização.

8.ª Lê-se, assim, no «Relatório Final do Procedimento Geral de Consulta Referente ao Projecto Decisão Relativo à Alteração das Linhas de Orientação sobre o Conteúdo Mínimo a Incluir nos Contratos para a Prestação dos Serviços de Comunicações Electrónicas, Respeitante aos Chamados “Períodos de Fidelização”» da mesma, publicado em 31 de dezembro de 2008, deverem constar dos contratos certos aspetos como a justificação do período de fidelização pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente e a duração do período de fidelização.

9.ª Destas citadas exigências ressalta desde logo que, se fosse notória a concessão de contrapartidas pela fidelização, estaria dispensada a necessidade de informação do público, que dela fosse dado conhecimento geral porque a notoriedade implicava precisamente esse conhecimento geral.

10.ª Mas também a imposição de que esse período de fidelização seja justificado pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente, o que equivale ao reconhecimento de que tal, se for deixado à vontade da operadora, poderá não se verificar.

11.ª Não sendo um facto notório que a exigência da fidelização apresentava como contrapartida a concessão de vantagens, tal teria de ser alegado e provado.

12.ª Essa alegação e essa prova, contudo, só poderiam ser feitas através dos clausulados, dos contratos nos quais as cláusulas que foram sindicadas estão inseridas, uma vez que a apreciação a fazer no âmbito das cláusulas contratuais gerais tem de ser necessariamente endógena e não exógena.

13.ª Só isso daria garantias ao consumidor e, ao mesmo tempo, o informaria de forma conveniente.

14.ª Na realidade, apenas o que consta do contrato poderá ser neste âmbito perspectivado em simultâneo como vinculativo para a Ré e impeditivo de que o aderente esteja sujeito à sua boa vontade, suscetível de se revelar momentânea.

15.ª Analisando a sentença recorrida, verificamos ter, porém, entendido a Mmª Juíza como merecedora de destaque a menção da concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente em tarifários e em folhetos publicitários (alíneas C)C), G)G) e J)J) da Motivação

Fáctica da sentença sub judice). Para além de redações diversas que foram dadas às cláusulas sindicadas (alíneas S), T) e U) da Motivação Fáctica da decisão recorrida).

16.ª Utilizando-as mesmo como justificação para a constatação de despesas de investimento a cobrir pela figura da cláusula penal, em determinada passagem da Motivação de Direito da sentença, nos seguintes termos: “É justamente o caso dos autos (alíneas R) a U) e X) a F)F) dos factos provados)”.

17.ª Ora, quanto à referência da concessão de vantagens em tarifários e em folhetos, trata-se, a nosso ver, de uma atuação, de uma prática, que se encontra totalmente ao critério da Ré, podendo verificar-se agora mas não já no dia de amanhã. Acrescendo nada assegurar que os clientes tenham acesso a tais tarifários e folhetos.

18.ª Por sua vez, nenhuma importância pode ser atribuída a cláusulas com redação diferente, elaboradas em janeiro de 2009, na sequência e em cumprimento do citado Relatório da A....

19.ª Sendo certo e, isso sim, relevante que percorremos as cláusulas que foram sindicadas e os contratos onde se integram e nada vislumbramos no que respeita à concessão em causa.

20.ª Conforme se lê na decisão proferida a 23 de setembro de 2010 na Apelação n.º ...do Tribunal da Relação de ... (...) confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça a 14 de abril de 2011, na qual são sopesadas as importâncias relativas da prática da Ré e do teor de uma cláusula:

“Se se deve atender apenas à conformação objectiva do conteúdo da cláusula então é meramente consequencial a irrelevância, neste plano, a conduta contratual concreta da recorrida”.

21.ª Aplicando aquele primeiro raciocínio (de atendimento exclusivo “à conformação objectiva do conteúdo da cláusula”) à situação em análise, é de concluir ser igualmente irrelevante – para além da “conduta contratual concreta da recorrida” consistente aqui na mencionada aposição em tarifários e folhetos – cláusulas com redação diversa, elaboradas ulteriormente pela Ré.

22.ª Acrescenta a Mm.ª Juíza a quo que o que está em causa nestas cláusulas penais é o ressarcimento do lucro cessante da Ré, entendimento com o qual, não obstante o merecido respeito, que é muito, não podemos concordar.

23.ª Para J. R... e A.P..., no art. 19.º, alínea c) da LCCG, “o valor a ter em conta é o dos danos que provavelmente, em face das circunstâncias típicas e segundo o normal desenrolar das coisas, o predisponente venha a sofrer”, ainda que a superioridade não seja ostensiva e chocante.

24.ª Em prol desta posição, destacamos também os Acórdãos do Tribunal da Relação de L.... de 27 de Novembro de 2007, Processo n..... e de 16 de Janeiro de 2007, Processo n.º

25.ª Não há dúvida de que a fixação do pagamento de um montante equivalente ao número de meses que faltariam, no momento da cessação do contrato, para o termo do período mínimo de vigência,

a multiplicar pelo valor mensal do carregamento obrigatório ou pelo valor da mensalidade corresponde a uma cláusula penal, ao abrigo do disposto no art. 810.º, n.º 1 do Código Civil.

26.ª Como no presente recurso foi afirmado, apenas os termos dos clausulados, dos contratos nos quais se inserem as cláusulas sindicadas, podem ser encarados como merecedores de atenção. Sob pena de, relevando o que sucede na prática, se permitir à Ré que o altere a qualquer momento.

27.ª Em consonância com o que se pode extrapolar das estipulações contratuais em causa (e apenas a estas se pode atender sob pena de, relevando o que sucede na prática, se permitir à Ré que o altere a qualquer momento), os únicos prejuízos sofridos pela Ré por força do incumprimento destes contratos pelos clientes são os decorrentes da aquisição e administração do contrato, da sua gestão e cobrança, assim como os relacionados com a rescisão dos contratos e com o bloqueio dos equipamentos, vulgarmente processado por meios informáticos.

28.ª A aludida fixação do pagamento - na qual, para além do mais, de todo é descurado o efetivo tempo de utilização do serviço, que poderá ser brevíssimo – traduz-se num gravame injustificado, evidenciando, por si só, uma manifesta desconformidade entre a penalidade e o prejuízo, em prol da prejudicada Ré.

29.ª Impõe consequências patrimoniais que, num juízo relacional, são gravosas para o aderente, pelo que as citadas cláusulas que a consagram são nulas, atendendo ao quadro negocial padronizado, nos termos do art. 19.º, alínea c) da LCCG.

30.ª Ao impor tais consequências, conduz a uma fidelização forçada, protegendo apenas o interesse da ré em que seja mantido um vínculo contratual, por determinado período, interesse esse imposto unilateralmente ao aderente, sem que dos contratos em análise decorra qualquer vantagem para este.

31.ª Na avaliação do fundamento, constante da douta sentença, da correspondência dos danos com o lucro cessante, para além de todo o enunciado, há ainda que atender a que quem define a que corresponde o seu lucro cessante é a própria Ré, através da consagração do período de fidelização.

32.ª E a que, eleger como definidor do que são os prejuízos a ressarcir precisamente o período escolhido pela Ré, como fez a Mm.ª Juíza, equivale a adotar uma perspetiva completamente subjetiva, privilegiando os interesses da proponente em detrimento dos dos aderentes.

33.ª O respeito por este raciocínio conduz à justificação do pagamento das mensalidades pelo cliente até ao termo de qualquer período de fidelização que tivesse sido estipulado pela Ré, independentemente da respetiva duração.

34.ª Ou seja – e exemplificando de forma exagerada para facilidade de compreensão -, caso a Ré tivesse entendido ser de vinte anos o período de permanência, o cliente teria de pagar as prestações

correspondentes até ao termo de tal período em caso de rescisão por si ou por motivo que lhe fosse imputável, simplesmente porque era esse o ganho que aquela esperava obter do contrato, era esse o seu lucro cessante.

35.ª Parece-nos óbvio que esta visão unilateral de todo se alheia da desejada proteção ao consumidor, significando um retrocesso nesta particular área dos contratos de adesão, que constituem uma “limitação de facto à liberdade contratual”.

36.ª Sendo, aliás, de salientar ter o legislador português atendido especialmente à efetiva tutela do consumidor, o que é sobretudo revelado no confronto entre a Diretiva n.º 93/13/CE e o Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de agosto, que alterou o Decreto-Lei n.º 446/85, transpondo a aludida Diretiva para a ordem interna.

37.ª De facto e no que respeita aos elencos das cláusulas abusivas ou proibidas, a LCCG apresenta-se mais completa e adequada à prática do que o diploma comunitário.

38.ª Assim, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 220/95, refere o legislador: “Não se encontrou motivo para grandes alterações da disciplina entre nós consagrada, que, em muitos aspectos, se mostra mais exigente e rigorosa. Apenas se operaram, a bem dizer, ajustamentos ou explicitações”.

39.ª Almeno de Sá, reportando-se a tal preâmbulo, salienta: “O legislador tem toda a razão quando considera que a disciplina já em vigor é mais exigente, rigorosa e completa do que o regime proposto pela directiva comunitária (...). O conjunto de quatro listas de cláusulas proibidas da lei portuguesa é imperativo, é mais completo e, para além disso, apresenta um grau de diferenciação mais adequado às situações que surgem na prática da contratação. Por um lado, procedeu-se a uma separação analítica das proibições, em termos que permitem aos potenciais utilizadores saberem que há cláusulas de todo em todo insusceptíveis de conformarem o regulamento contratual, a seu lado, identificam-se estipulações que têm necessariamente de obedecer a certas exigências, tendo em conta o tipo de contrato em causa”.

40.ª Sendo a posição que supra preconizámos quanto às cláusulas em apreço a que, para além de observar a citada proibição, se apresenta como mais consentânea com a pretendida proteção do consumidor e a que verdadeiramente faz jus ao estágio de desenvolvimento legislativo alcançado na área.

41.ª Encontramos tal entendimento expresso em diversas decisões jurisprudenciais, a propósito de cláusulas que estipulam que, em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a predisponente terá direito a uma indemnização por danos no montante da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado: os Acórdãos do Tribunal da Relação de L... de 30 de junho de 2011, Processo n....., de 6 de fevereiro de 2008, Processo n.º..., de 15 de novembro de 2007, Processo n...., e de 6 de novembro de 2007, Processo n.º

42.ª Face a todo o exposto, as cláusulas em questão são proibidas por força do art. 19.º, alínea c) da LCCG e, como tal, deveriam ter sido declaradas nulas pela Mm.ª Juíza a quo que, não o fazendo, violou o referido normativo legal.

Alegações da ré:

- 1. Conforme ficou provado, a cláusula 3.6 julgada proibida pela sentença recorrida foi eliminada proactivamente pela C..., SA do contrato de adesão a serviços de comunicações eletrónicas da P...e, conseqüentemente, deixou de fazer parte do complexo contratual que regula as relações contratuais estabelecidas entre a ré e os seus clientes a partir de Maio de 2008.*
- 2. Tal eliminação surgiu na sequência da publicação do DL 84/2008, de 21 de Maio, que veio alterar os artigos 1º, 4º, 5º, 6º, 9º e 12º do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril.*
- 3. O artigo 42 nº 2 do referido DL 84/2008 veio estabelecer um prazo limite de 30 dias para a realização das operações de substituição de um bem móvel.*
- 4. Enquanto o artigo 5º, nº 6 veio estabelecer que, havendo substituição do bem, o bem sucedâneo goza de um prazo de garantia de dois anos, no caso de se tratar de bem móvel.*
- 5. Face às referidas alterações, a R./Apelante eliminou proactivamente a cláusula 3.6 das condições gerais de prestação do serviço de comunicações supra referidas.*
- 6. Pelo que, na data em que foi proposta a presente, tal cláusula já não se encontrava em vigor na R./Apelante.*
- 7. Conforme se dispõe no nº 1 do artigo 5º-A do mesmo DL, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4º caducam no termo de qualquer dos prazos e na ausência de denúncia da desconformidade pelo consumidor (...).*
- 8. Isto significa que o direito do consumidor à substituição do bem, em caso de falta de conformidade do bem, só pode ser exercido 2 anos após a compra do bem móvel.*
- 9. Uma vez exercido esse direito pelo consumidor, o direito à substituição do bem nos termos do artigo 4º, caduca decorrido 2 anos a contar da data da denúncia (cfr. artigo 5º-A do mesmo DL).*
- 10. Nos termos do nº 2 do artº 5-A, para exercer os seus direitos, o consumidor deve denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses caso se trate de bem móvel, a contar da data em que a tenha detetado.*
- 11. Estabelecendo-se, no caso concreto dos bens móveis, um prazo de dois anos a contar da data da denúncia para a caducidade dos direitos dos consumidores à substituição do bem, verifica-se que qualquer eventual direito a ter sido exercido já caducou, atendendo a que a Ré deixou de utilizar tal cláusula em Maio de 2008.*
- 12. Assim, a única conclusão que podemos retirar é que, face ao tempo decorrido entre a data da entrada em vigor do DL 84/2008 e a data atual, a declaração de nulidade da cláusula 3.6 das*

Condições Gerais da Prestação de Serviço de Comunicações Eletrónicas contidas no documento nº 7 da p.i. não tem qualquer efeito útil, pois não dá lugar a qualquer modificação da situação sujeita à apreciação do tribunal, uma vez que a cláusula em questão já foi eliminada pela R..

13. E também porque já se mostram esgotados todos os prazos de caducidade previstos no DL 67/2003, com as alterações introduzidas pelo DL 84/2008, para eventual acionamento desses direitos.

14. Com a eliminação da referida cláusula do respetivo contrato de adesão ocorrida em Maio de 2008, concomitantemente com a não aplicação desse regime contratual aos clientes com relações contratuais estabelecidas e em vigor àquela data, que se modificaram com entrada em vigor do DL 84/2008 - por efeito ope legis - desaparece o desequilíbrio em que se consubstanciava a desconformidade à lei dessa cláusula.

15. E se a Ré eliminou a cláusula em apreço e submeteu o novo clausulado à aprovação do ICP/A..., que o veio a aprovar, não pode utilizar de novo tal cláusula, uma vez que a redação originária não poderá ser repristinada.

16. No futuro, a R. não poderá mais utilizar tal cláusula, o que, no plano prático vem retirar qualquer sentido à decisão recorrida, tomando-a inútil

17. Tanto mais que, o tempo entretanto decorrido, acarretou a caducidade de quaisquer eventuais direitos de substituição de bens móveis que porventura possam ter sido exercidos por consumidores desde a entrada em vigor do DL 84/2008 (no prazo de dois anos a contar daquela data).

18. Na verdade, o demandante aqui representado pelo M.P. não vai tirar da demanda qualquer utilidade económica ou efeito jurídico.

19. Consistindo o objeto da ação inibitória na proibição de utilização futura da referida cláusula e tendo a mesma sido eliminada desapareceu o objeto da ação o que conduz à não verificação do pressuposto processual Interesse em agir.

20. Quanto à questão da publicidade da proibição, essa será um efeito ou consequência da decisão inibitória, razão pela qual, inexistindo esta, não haverá que decidir pela sua publicidade, valendo tas considerações no que concerne aos restantes efeitos acessórios requeridos pelo M.P..

21. Face ao exposto, a cláusula 3.6 das condições gerais da prestação de serviços de comunicações eletrónicas da R./Apelante, que foi pura e simplesmente suprimida em Maio de 2008, quer do âmbito das relações contratuais em vigor, quer do âmbito das relações contratuais estabelecidas a partir dessa data entre a ré e os seus clientes, não é proibida, nem violou valores fundamentais de direito defendidos pelo principio da boa-fé, nem qualquer disposição legal imperativa, nomeadamente o disposto nos art.s 22º nº 1, al. g), do DL 445/85, ou os art's 3º,4º, e 5º do Decreto-Lei

67/2003, de 08/04, não sendo nula.

22. A sentença recorrida fez errada apreciação de fato e de direito, violando, entre outros, os artigos 15º e 16º do DL 445/85, o disposto nos artºs 22º nº1, al. g) do DL 445/85, ou os artºs 3º, 4º, e 5º do Decreto-Lei 67/2003, de 08/04

23. Pelo que deve ser revogada e substituída por outra que absolva a Ré/Apelante do pedido, com as todas as devidas e legais consequências.

FACTOS PROVADOS:

A sentença sob recurso deu como provados os seguintes factos:

A) A Ré é uma sociedade anónima matriculada na Conservatória do Registo Comercial de..., ... Secção, sob o número....

B) A Ré tem por objecto social: “O estabelecimento, a gestão e a exploração das infra-estruturas de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações, dos serviços de transporte e difusão de sinal das telecomunicações de difusão, bem como o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades”.

C) No exercício de tal actividade, a Ré procede à celebração de contratos que têm por objecto os serviços:

- . telefónico através de cartão virtual de chamadas;**
- . de acesso à Internet ...;**
- . de acesso à Internet ou;**
- . de televisão e multimédia;**
- . de comunicações electrónicas.**

D) Para tanto, a Ré elaborou clausulados já impressos, com os títulos:

- . “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÓNICO ACESSÍVEL AO PÚBLICO NUM LOCAL FIXO ATRAVÉS DE CARTÃO VIRTUAL DE CHAMADAS”;**
- . “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO”;**
- . “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OU Sem Serviço Telefónico Fixo Associado”;**
- . “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET OU”;**
- . “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEVISÃO E MULTIMÉDIA”;**
- . “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS”, cujos teores se dão aqui como integralmente reproduzidos.**

E) Nos termos da cláusula 14.ª, n.º 3 das “Condições Gerais de Prestação do Serviço Telefónico Acessível ao Público num Local Fixo através de Cartão Virtual de Chamadas”, sob a epígrafe “Vigência”:

14.3. Caso o CLIENTE promova a rescisão do Contrato ou o

mesmo cesse por motivo que lhe seja imputável, antes de decorrido o período inicial mínimo referido no número 1 desta Cláusula, a C... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma: [Período inicial mínimo de vigência – n.º de meses em que o serviço foi efectivamente prestado] x valor mensal do carregamento obrigatório de acordo com o tarifário em vigor.

F) Por sua vez, segundo a cláusula 10.ª, n.º 6 das “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO”, sob a epígrafe “Vigência e denúncia”:

10.6. Fora dos casos previstos na Cláusula 15., em caso de rescisão do Contrato pelo Cliente ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a P... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma: [período mínimo de vigência – n.º de meses em que os Serviços estiveram activos] x [valor da mensalidade].

G) Estipula a cláusula 10.ª, n.º 5 das “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OU .. Sem Serviço Telefónico Fixo Associado”, sob a epígrafe “Vigência e denúncia”:

10.5. Fora dos casos previstos na Cláusula 15., em caso de rescisão do Contrato pelo Cliente ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a P... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma: [período mínimo de vigência – n.º de meses em que os Serviços estiveram activos] x [valor da mensalidade].

H) Em consonância com a cláusula 9.ª, n.º 5 das “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET OU”, sob a epígrafe “VIGÊNCIA”:

9.5. Em caso de rescisão das presentes Condições Específicas, pelo CLIENTE ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a ré terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma: [período mínimo de vigência – n.º de meses em que o serviço estiver activo] x [valor da mensalidade].

I) Estabelece, ainda, a cláusula 11.ª, n.º 4 das “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEVISÃO E MULTIMÉDIA”, sob a epígrafe “VIGÊNCIA, DENÚNCIA E RESCISÃO”:

11.4. Fora dos casos previstos na Condição 12.5 e 12.6, em caso de rescisão das presentes Condições Específicas, pelo CLIENTE ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a P... terá direito a receber uma indemnização calculada da seguinte forma: (período mínimo de vigência – n.º de meses em que o serviço estiver activo) x (valor da mensalidade).

J) Nos termos da cláusula 14.ª, n.º 1, das condições gerais

referidas em E)., o período inicial mínimo de vigência é de doze meses.

L) Nos termos das cláusulas 10^a, n.º 1 e 3 das condições gerais referidas em F) e G) e da cláusula 9.^a, n.ºs. 1 e 3 das condições gerais referidas em H), o período mínimo de vigência inicial, caso nada esteja definido nas condições de oferta dos serviços, é de um ano, sendo o período mínimo subsequente também de um ano.

M) De acordo com a cláusula 11^a, n.º 1 das condições gerais referidas em I), o período mínimo de vigência inicial no contrato de prestação de serviço de televisão e multimédia é de vinte e quatro meses.

N) Consta da cláusula 3^a, n.º 6 das “CONDIÇÕES GERAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS”, sob a epígrafe “EQUIPAMENTO TERMINAL”:

3.6. O CLIENTE expressamente reconhece e aceita que, em caso de compra, a alteração do equipamento, por motivo de avaria, não alarga o período de garantia para além do inicialmente estabelecido.

O) A Ré apresenta aos interessados que com ela pretendam contratar os clausulados mencionados nas alíneas D) a I).

P) Os referidos clausulados não contêm quaisquer espaços em branco para serem preenchidos pelos contratantes que em concreto se apresentem.

Q) Aos contratantes apenas é permitido aceitar ou não esses clausulados, estando-lhes vedado alterá-los, através de negociação.

R) Os valores, mensal ou da mensalidade, indicados nas cláusulas referidas nas alíneas E) a I), constituem o preço ou parte do preço devido pela prestação dos serviços em questão.

S) A cláusula 14^a das condições referidas em E) foi alterada, em data indeterminada do mês de janeiro de 2009, através da nova redacção dada ao ponto 14.2, onde passou a constar o seguinte: "O período inicial mínimo justifica-se pelos custos de investimento da C... na instalação da linha telefónica analógica".

T) A cláusula constante da alínea H) foi alterada, em data indeterminada do mês de Janeiro de 2009, aditando-se-lhe o ponto 9.7, onde passou a constar o seguinte:

"O período mínimo inicial ou subsequente de vigência das presentes Condições Específicas justifica-se pela existência dos custos de investimento no equipamento indispensável à prestação do serviço, bem como pelos custos de activação do serviço e ainda da angariação, podendo o CLIENTE, a todo o momento, através dos contactos disponibilizados no sítio da Internet ..., 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 das presentes Condições Específicas.

U) A cláusula reproduzida na alínea I) também foi alterada, em

data indeterminada do mês de Janeiro de 2009,aditando-se o n.º 11.6, com a seguinte redacção:

"O período mínimo de vigência das presentes Condições Específicas justifica-se pela existência de custos de investimento no equipamento indispensável à prestação do serviço, bem como pelos custos de activação do serviço e ainda de angariação, podendo o 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 das presentes Condições Específicas".

V) A cláusula referida em N) foi eliminada.

X) O período mínimo inicial correspondente a 12 meses referido na alínea E) visa compensar a Ré pelos investimentos que tem de efectuar para instalar o serviço, desenvolver e manter a rede de infra-estruturas de âmbito nacional que suporta os seus serviços.

Z) Com a aplicação desta cláusula, a Ré obterá apenas a recuperação dos custos em que incorre com a prestação do serviço.

AA) Tais custos representam uma contrapartida para os clientes e serão diluídos e recuperados ao longo do tempo.

BB) O período inicial de 12 meses representa ainda contrapartida da cedência gratuita da linha telefónica, ou seja, do não pagamento mensal da assinatura.

CC) Os clientes da Ré são alertados para o facto de que os referidos equipamentos e demais benefícios concedidos são disponibilizados tendo como contrapartida a subscrição dos serviços durante o apontado período de 12 meses através dos tarifários e dos folhetos publicitários.

DD) A cláusula referida na alínea H) visa também a recuperação dos custos de investimento suportados pela Ré com a instalação e activação do serviço, bem como os dispendidos, entre outros, com a angariação e cedência do equipamento necessário à prestação do serviço ... contratado.

EE) Também estes custos ficam exclusivamente a cargo da Ré.

FF) Pressupondo a sua amortização a permanência no serviço pelo período mínimo de 12 meses.

GG) Os clientes da Ré são alertados para o facto das referidas vantagens e equipamento disponibilizados terem como contrapartida a subscrição dos serviços da Ré durante o aludido período de 12 meses através dos tarifários e dos folhetos publicitários.

HH) O período mínimo inicial de vigência do contrato de 24 meses, referido na alínea M) destina-se à recuperação dos custos de investimento suportados pela Ré com o arranque do serviço e desenvolvimento da rede de infra-estruturas que suporta tais serviços, bem como dos custos de angariação e de marketing e de instalação e activação do serviço e os dispendidos nos

equipamentos necessários à prestação do serviço.

II) Tais custos ficam exclusivamente a cargo da Ré.

JJ) Os clientes são alertados para o facto de que os referidos equipamentos e vantagens disponibilizados têm como contrapartida a subscrição do serviço durante o período mínimo de 24 meses através dos tarifários e folhetos publicitários.

LL) Os custos suportados pela Ré com a disponibilização deste serviço são diluídos e recuperados durante o período de fidelização estabelecido.

MM) Os períodos mínimos inicial e subsequente referidos em L) visam compensar a Ré pelos custos de investimento que teve de efectuar para poder prestar o serviço, bem como os custos dos equipamentos entregues aos clientes e que ficavam a cargo da Ré, sendo que o período subsequente só existe se o cliente aderir a uma nova oferta e com o acordo expresso do cliente.

NN) As condições referidas nas alíneas E) a M) fazem parte da prática comercial seguida quer a nível nacional quer a nível europeu por todos os operadores que actuam neste sector.

Âmbito do recurso:

Sopesado o teor das alegações das partes – ambas recorrentes – a sua divergência pode condensar-se nas seguintes questões:

- Ónus da prova sobre o manifesto desequilíbrio entre a penalidade estabelecida para o incumprimento da cláusula de fidelização e os prejuízos sofridos pela proponente;
- Incidência processual do abandono pela ré do uso da cláusula 3.ª, n.º 6 das “Condições Gerais de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas”.

I) Sobre a cláusula de fidelização:

Nenhuma controvérsia se suscita sobre a caracterização dos contratos como de adesão e, conseqüentemente, sobre a sua subsunção à disciplina legal estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro e suas alterações.

Assim sendo, centraremos a nossa análise sobre a consistência das razões que ancoraram a improcedência da acção no tocante à invocada nulidade, por aplicação do disposto na alínea c) do artigo 19º do mencionado diploma.

Abreviadamente diremos que as cláusulas visadas – transcritas nas alíneas E), F, G, H) e I) do elenco de Factos provados – estabelecem que em caso de rescisão do Contrato pelo Cliente ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a Ré tem direito a receber uma indemnização correspondente à soma das mensalidades referentes aos meses subsequentes à rescisão, até perfazer tal período mínimo (fixado em 12 meses para todos os contratos, salvo o referido em I) que é de 24 meses).

Na sentença concluiu-se pela improcedência da acção, tendo para

tal sido convocado o apoio do Acórdão de 6/12/2011 desta Relação, tirado sobre cláusula similar adoptada por sociedade do mesmo universo empresarial e subscrito, como adjuntos, pelo ora relator e primeira adjunta.

Nele se escreveu o seguinte:

“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 (...), 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 que passa imediatamente 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.

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 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.

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”.

Deverá manter-se o entendimento acolhido em tal aresto, subscrito, como já se disse, pelo agora relator e pela primeira Juíza Adjunta?

É inquestionável que os contratos em questão se inscrevem no domínio da iniciativa privada, onde vigora o princípio da autonomia da vontade que consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, os respectivos limites.

Ora, como resulta do disposto no artigo 406º, nº1 do CC “o contrato deve ser pontualmente cumprido e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento ou nos casos admitidos na lei”.

Claro que o clausulado do contrato não tem o contributo da vontade dos clientes da ré, mas ainda assim “numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela” (Preâmbulo do DL nº446/85).

Por isso, a controvérsia em análise consiste em aquilatar se as cláusulas visadas contêm penalidades desproporcionadas aos danos a ressarcir, tendo em consideração que os clientes da ré aderiram a um contrato que prevê um período de vigência limitado.

É intuitivo que o juízo sobre tal desproporção é diverso conforme

a rescisão ocorre logo no princípio do contrato ou próximo do seu termo, perfilando-se no primeiro caso um mais vincado desequilíbrio entre a indemnização e os danos.

Porém o contrato, nas relações entre os contraentes, tem força obrigatória, pelo que a sua extinção por vontade exclusiva de uma das partes, apresenta carácter excepcional, razão por que a *“cláusula penal comporta uma especial protecção da A. contra roturas injustificadas e prematuras dum negócio que se prometeu ser para durar o tempo fixado”*, na expressão do citado Ac. de 6/12/2011.

Ou seja, sendo a boa fé a matriz legitimadora da disciplina atinente às cláusulas contratuais gerais, mal se compreenderia que na aferição da desproporção se relevasse a situação do aderente que, por imponderação ou mera temeridade, dá causa à rescisão, mal iniciada a relação contratual.

Por conseguinte, acompanhamos a sentença quando refere que *“a cláusula penal desempenha uma função ressarcidora e uma função coercitiva”*, não se destinando apenas a reintegrar o património da proponente, mas a ter também uma função punitiva pela rotura injustificada e prematura da relação contratual.

Ora, sendo assim, na avaliação sobre a desproporção não cumpre apenas cotejar o montante da indemnização preestabelecida com os danos efectivos sofridos pela prestadora do serviço, sob pena de tal implicar a quase inutilidade da cláusula, dado que o ressarcimento dos danos já encontra guarida no regime legal da responsabilidade contratual.

Mas, sendo pacífico que a mencionada avaliação tem de ser feita em função do enunciado contratual onde a cláusula penal está inserida, daí decorre que a extensão aos contratos dos autos do entendimento perfilhado no acórdão de 6/12/2011 está longe de ser isenta de dificuldades.

Antes de mais, na situação versada em tal aresto a vigência do contrato é escolhida pelo cliente o qual pode optar por celebrar o contrato sem período de vigência, pagando *à cabeça* os custos de instalação e não ficando sujeito a qualquer cláusula de fidelização ou permanência.

Ora esta diferença é essencial, pois se o aderente opta pelo regime que lhe permite o pagamento dos custos de instalação diluído nos meses de duração, não pode depois pretender ser dispensado do pagamento se, por facto que lhe é imputável, o contrato vier a ser rescindido.

A par disso e como a própria ré assinala, na sequência da publicação da Lei nº12/2008, de 26 de Fevereiro e da deliberação da A... de 11/12/2008 foi compelida a incluir nos contratos a *justificação do período de fidelização pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente, designadamente como resultado da subsidiação de equipamento, de custos de angariação ou de custos de activação do serviço ou de descontos contratados”*.

Assim – fazendo de novo apelo à alegação da ré – *“os custos incorridos pela ré são diluídos e recuperados ao longo do denominado período de fidelização, sendo que a sua amortização pressupõe a permanência no serviço, pelo período mínimo de 12 meses (24 meses no caso do serviço de televisão e multimédia) - cfr artigos 46, 47 e 60 da contestação.*

Mas sendo assim, resulta incontornável a desproporção assinalada pelo Ministério Público no que tange aos contratos juntos com a petição como documentos 3, 4 e 5 como passamos a justificar.

Na verdade, as condições gerais atinentes aos contratos juntos como documento nº2 (Serviço Telefónico Acessível ao Público num Local Fixo através de Cartão Virtual de Chamadas), e documento nº6 embora não prevejam a possibilidade de opção de pagamento *à cabeça* dos custos de instalação, como sucedia na situação versada no citado Acórdão de 6/12/2011, têm uma vigência mínima de 12 meses (o primeiro) e de 24 meses (o segundo), sendo automaticamente renovados por períodos de um mês” (cláusula 14.1).

Diversamente, os restantes contratos juntos como documentos 3, 4 e 5 têm a vigência mínima de um ano renovando-se automaticamente, por períodos iguais e sucessivos.

Ora, se *“os custos incorridos pela ré são diluídos e recuperados ao longo do denominado período de fidelização, sendo que a sua amortização pressupõe a permanência no serviço, pelo período mínimo de 12 meses”* como ela própria justifica, tal significa que, no caso de renovação, o funcionamento da cláusula penal já não tem dimensão ressarcitória, relevando apenas na sua vertente coercitiva.

Ou seja, se a ré dilui os “custos incorridos” na factura mensal a fim de os recuperar ao longo dos 12 meses do período mínimo de vigência do contrato, não pode esgrimir tal justificação para estender a cláusula penal à rescisão ocorrida após ter decorrido o período de permanência mínimo previsto no contrato.

Com efeito, os contratos em causa prevêm que *“em caso de rescisão do contrato pelo cliente ou por motivo ao mesmo imputável, antes de decorrido o período mínimo de vigência, inicial ou subsequente, a ré terá direito a receber uma indemnização calculada (...)”*, o que vale por dizer que a ré, após supostamente ter recuperado “os custos incorridos” durante o período de vigência inicial, continuou a repercutir nas facturas mensais os mesmos custos durante o(s) período(s) de vigência subsequente(s) e ainda assim volta a recebê-los se houver rescisão contratual por iniciativa do cliente ou por facto que lhe seja imputável.

Quer o exposto significar que a adopção tabelar da justificação imposta pela Entidade Reguladora não teve outra virtualidade que não operar a adaptação do clausulado às exigências de tal entidade, deixando intocadas eventuais nulidades de que o

clausulado enferme.

Ora, confessado pela ré que a recuperação dos “custos incorridos” é feita na facturação atinente ao período de vigência inicial, carece de fundamento a sua implicação no cálculo da indemnização quando a rescisão ocorra após o decurso de tal lapso temporal, ganhando a cláusula penal, nessas circunstâncias, uma dimensão estritamente sancionatória que comporta, posto que não necessariamente, a possibilidade de ser desproporcionada (se a rescisão ocorrer próximo do início do período de vigência subsequente).

Porém, o M^oP^o na sua alegação defende que a nulidade se verifica mesmo relativamente à rescisão ocorrida no decurso do período inicial de vigência, porquanto *“a aludida fixação do pagamento - na qual, para além do mais, de todo é descurado o efetivo tempo de utilização do serviço, que poderá ser brevíssimo – traduz-se num gravame injustificado”*.

Não subscrevemos tal entendimento, pois o pressuposto do funcionamento da cláusula penal é a rescisão injustificada por iniciativa do aderente ou, pela predisponente, mas por facto àquele imputável, e, nesse contexto, não se nos afigura merecedora de tutela a conduta errática do consumidor que, tendo assumido uma relação comercial para vigorar pelo período mínimo de 12 meses, lhe põe cobro unilateralmente, seja porque, imponderado, sobreavaliou a sua capacidade financeira, seja porque, pragmático, quer colher os prémios oferecidos por uma concorrente que largará de seguida na expectativa de igual impunidade.

Ou seja, o estabelecimento da cláusula penal *“comporta uma especial protecção da A. contra roturas injustificadas e prematuras dum negócio que se prometeu ser para durar o tempo aí fixado”*, razão por que a extinção do contrato por vontade unilateral de uma das partes tem carácter excepcional e deve assentar em razões ponderosas a sopesar à luz das regras da boa-fé.

Diz, porém o M^oP^o, que não é um facto notório que a fixação da obrigação de fidelização tem por contrapartida a prévia concessão de um certo número de vantagens de ordem comercial ao aderente, pois se assim fosse, seria redundante a justificação imposta pela Entidade Reguladora, tendente a dotar os contrato de mais informação e maior transparência.

E tem razão em tal asserção.

Sucedo, porém, que quando na sentença se refere que tal contrapartida *“é do conhecimento geral”*, o tribunal apenas está a enfatizar a matéria de facto dada por provada, sendo óbvio que se o tribunal reputasse como notório aquele facto, não teria submetido a demonstração os factos recolhidos nos artigos 12 a 26 da base instrutória (n^o1 do artigo 514^o do CPC).

Ora deu-se como provada – sem reparo do recorrente – a factualidade elencada sob as alíneas X) a MM) e foi com base nela

que se concluiu pela existência de tais contrapartidas e, consequentemente, pela validade das cláusulas em questão. Dir-se-á que, na ausência de quantificação dos benefícios concedidos pela ré ao aderente, falta ao tribunal um elemento decisivo para aquilatar sobre a desproporção em análise. O argumento todavia não colhe, pois, estando em causa uma cláusula “*desligada*” de qualquer relação contratual, a sua desproporção tem de ser conferida em abstracto, uma vez que só na execução do contrato tal quantificação pode ter lugar. Importa assinalar que sob sindicância do tribunal não está o elemento temporal da cláusula de fidelização, mas antes a extensão da penalidade fixada para a sua inobservância pelo aderente ou decorrente de facto a ele imputável. Ora se os custos de investimento na criação e manutenção das infra-estruturas necessárias à actividade da ré não podem deixar de ser repercutidos no preço dos serviços prestados e legitimam também a fixação de períodos de permanência mínimos, do que no processo se cuida é apenas da justeza da indemnização prevista a favor da predisponente, assente na mensalidade. Mas, adquirido que nesta se engloba o custo dos equipamentos adquiridos pela ré e entregues aos clientes para poderem beneficiar dos serviços (cfr. alíneas DD, HH e MM), julgamos não serem desproporcionadas as cláusulas identificadas sob os nºs 14.3 do documento nº2 e 11.4 do documento nº6, sendo-o todavia as cláusulas nº10.6 do documento nº3, 10.5 do documento nº4 e 9.5 do documento nº5, porque estendem a aplicação da penalidade à rescisão posterior ao período inicial de vigência, implicando nela os “custos incorridos” quando, confessadamente, já foram recuperados pela ré durante o período de fidelização contratado. Por conseguinte, tem a apelação do MºPº de proceder no tocante às cláusulas atrás mencionadas.

II) Sobre a eliminação da cláusula 3.6 (doc.7):

Estabelecia a cláusula em título que “*o cliente expressamente reconhece e aceita que, em caso de compra, a alteração do equipamento, por motivo de avaria, não alarga o período de garantia para além do inicialmente estabelecido*”.

Não está em causa a nulidade da cláusula transcrita, que aliás é manifesta, mas tão só a pertinência do seu conhecimento, uma vez a mesma havia sido suprimida por iniciativa da ré, na sequência da publicação do Decreto-Lei nº84/2008, de 21 de Maio, sendo submetido à aprovação da Entidade Reguladora novo projecto de contrato de adesão com a redacção constante do documento de fls 172 a 175.

Na sentença, depois de se discorrer sobre o regime fixado pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva1999/44/CE do Parlamento

Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, tendente a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores, concluiu-se do seguinte modo:

“Daí que a cláusula em questão, e no que respeita ao segmento supra referido seja proibida nos termos do disposto no artigo 22º, nº 1, alínea g), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25-10, por violação dos artigos 3º, 4º e 5º do Decreto-Lei nº 67/2003, de 08-04, e consequentemente nula”.

Com o devido respeito, tal nulidade não estava controvertida pela ré, pois como se disse, a ré limita-se a anunciar nos autos ter deixado de usar tal cláusula, para depois referir que *“também esta cláusula não comporta qualquer desconformidade entre a penalidade e o prejuízo sofrido pela ré”* (artigo 70º da contestação). Ora o Mº Pº não alega, naturalmente, qualquer desconformidade entre a penalidade e o prejuízo, mas antes o seu carácter proibido, por ser contrária à boa-fé, louvando-se no disposto no artigo 15º do DL nº446/85 (cfr. artº 15º da p.i.).

Certamente tendo isso em conta e ainda que não explicitando, como lhe cumpria, o alcance da sua pretensão, concluiu a ré a contestação, dizendo que *“deve julgar-se extinta a instância, por inutilidade superveniente e, em qualquer circunstância, a presente acção julgada totalmente improcedente e não provada (...)”.*

Tal pretensão legitimou a resposta do autor, configurando a defesa oferecida sobre a extinção do direito como excepção peremptória e reclamando a sua improcedência (fls 196).

No saneador conheceu-se da pretendida extinção da instância escrevendo-se o seguinte:

“O objecto da presente acção inibitória consiste na proibição de utilização futura de Clausulas proibidas.

De acordo com o disposto no artigo 25º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão em contratos singulares.

Assim, mesmo que viesse a provar-se que a Ré deixou de celebrar contratos com conteúdo idêntico aos aqui em causa ou que já não existem contratos celebrados com aquele conteúdo ainda por cumprir (matéria que não foi alegada), tal não obsta teoricamente a que a ré possa voltar a celebrar contratos com aqueles conteúdos, se a presente instância se extinguir, pois sem a condenação nesta acção, nada a inibe legalmente a fazê-lo.

Com efeito, só com a decisão judicial inibitória, transitada em julgado, é possível garantir que a ré não voltará a inserir tais cláusulas em contratos futuros, isto é, apenas da decisão inibitória com trânsito resulta a tutela cautelar definitiva dos interesses a proteger – cfr. artigo 32º, nº11, do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro (neste sentido, os acórdão do STJ de 19 de Setembro de 2006 e de 11 de Outubro de 2005)

Daí que a presente acção mantenha interesse, não tendo desaparecido o interesse da pretensão do autor, de modo a fazer extinguir a instância nos termos do art. 287º, al. e), do CPC”.

Na verdade existe largo consenso no que concerne à questão ora em análise, como se infere do Ac. do STJ de 31/5/2011 (Fonseca Ramos) que sobre o tema escreve:

“Não ocorre inutilidade superveniente da lide com a expurgação voluntária pelo proponente das cláusulas contratuais gerais proibidas objecto da acção inibitória, porque o interesse social deste tipo de acções transcende o mero interesse do caso litigado para poder ser invocado por terceiros; de outro modo, pouco seria o alcance de uma acção que visa a protecção indeterminada de consumidores/aderentes que possam ser afectados pela utilização das ccg que se pretendem eliminar.

Neste sentido os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.10.2005 – Proc. 04B1685 – in www.dgsi.pt. e de 19.9.2006 – Proc. 06A2616 – naquela base de dados e de 14.2.2002, in CJSTJ, I, 100, constando do sumário deste aresto:

“Atentos os interesses de ordem pública, subjacentes à acção inibitória, com reflexo na conferência de legitimidade, ao Mº Pº, para o respectivo desencadeamento, no quadro do artigo 26º c), do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro, inexistente inutilidade superveniente da lide, do artigo, 287º, e) do Código de Processo Civil, ao que há que associar as consequências, da proibição definitiva, contempladas na estatuição – previsão, do artigo 32º, do mesmo diploma”, e decisão singular da Relação de Lisboa – 8.7.2010 – Proc. 1593/08.0TJLSB.L1-7 – in www.dgsi.pt., em caso de contornos fácticos aparentados”.

A sentença sob recurso declarou nula a cláusula 3º, 6 das “Condições Gerais de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas” por se entender subsumível à previsão da alínea g) do nº1 do artigo 22º do DL nº446/85.

No recurso que interpôs a ré centra a sua discordância sobre a inutilidade do conhecimento da nulidade apontada à cláusula mencionada, reiterando o que havia alegado na contestação, isto é, que deixou de usar tal cláusula na sequência da entrada em vigor do DL nº84/2008, de 21 de Maio, censura que se julga subsumível à previsão do nº3 do artigo 691º do CPC.

Acrescenta agora que, uma vez que o direito à substituição do bem (móvel) só pode ser exercido nos dois anos subsequentes à compra e que aquele direito caduca volvidos mais dois anos sobre a denúncia do defeito, tal significa que o eventual direito que pudesse ser exercido por qualquer cliente já teria caducado, porquanto “deixou de utilizar tal cláusula em Maio de 2008”. É manifesto que a cláusula em causa conflitua com a regra constante do nº6 do artigo 5º do DL 67/2003, introduzida pelo citado DL nº84/2008, sendo plausível o seu abandono com a entrada em vigor deste diploma (30 dias após a sua publicação).

Neste contexto, elementar dever de probidade leva-nos a afirmar que não existe o mínimo risco de o referido clausulado poder vir a ser repristinado, razão por que a proclamação da nulidade não vai ter o merecimento de impedir a sua reutilização.

Ainda que “caída em desuso”, a declaração de nulidade continuou a justificar-se pois aproveitava a quaisquer consumidores como é vincado no Acórdão do STJ de 31/5/2011, acima citado, razão por que não pode merecer acolhimento a impugnação do despacho saneador que desatendeu o pedido de extinção da instância atinente a tal cláusula (ainda que se não subscreva o seu fundamento, como se disse).

Mas a ré adita agora uma outra razão para, com base nela, nos abstermos de emitir pronúncia sobre tal nulidade: tendo decorrido quatro anos sobre a eliminação da cláusula, a declaração intencionada também já não aproveita aos virtuais clientes da ré por ela afectados.

Descurando a possibilidade de tal raciocínio ser prejudicado por eventual suspensão do prazo de caducidade, cabe assinalar que os factos extintivos que se produzam posteriormente à proposição da acção podem – e devem – ser atendidos na sentença, em harmonia com o disposto no artigo 663º do CPC.

No caso vertente, o prazo da pretensa caducidade não estava perfeito na data da sentença (9/5/2012), o que naturalmente obstava à sua valoração em tal sede, razão por que o tribunal *a quo* se limitou a reiterar a utilidade do conhecimento e a nulidade da controversa cláusula.

Ora, destinando-se o recurso a modificar a decisão recorrida e não a criar decisões sobre matéria nova, exorbita do seu objecto a abordagem de tal questão sobre a qual não houve – nem podia ter havido – pronúncia do tribunal recorrido.

Mas, a par da questão da inutilidade da lide e da caducidade do direito, alega ainda a recorrente que a cláusula *“não é proibida, nem violou valores fundamentais de direito defendidos pelo princípio da boa-fé, nem qualquer disposição legal imperativa, nomeadamente o disposto nos artigos 22, nº1, alínea g) do DL 446/85 (...)”*.

Não sufragamos tal entendimento, salvo no tocante à subsunção operada na sentença, porquanto a disposição citada não tem de ser convocada no caso concreto.

Com efeito e por imperativo do disposto no nº1 do artigo 5º do DL nº67/2003, o adquirente do equipamento terminal a que a cláusula se reporta beneficiava de uma garantia de dois anos, assegurada contratualmente pela ré (cláusula 3ª.3).

Porém, de acordo com aquela cláusula *“o Cliente expressamente reconhece e aceita que, em caso de compra, a alteração do equipamento, por motivo de avaria, não alarga o período de garantia para além do inicialmente estabelecido”*.

Tal cláusula é absolutamente proibida pois *“limita ou de qualquer*

modo altera obrigações assumidas na contratação, directamente ou por quem as predisponha” (alínea a) do artigo 21º), sendo óbvio que ao considerar esgotada a garantia com a mera alteração do equipamento a ré estava a reduzir-lhe drasticamente a eficácia, dado que o equipamento de substituição pode ter o mesmo defeito do anterior.

Improcede assim in totum a apelação da ré.

Uma nota final para assinalar que o tribunal a quo acolheu integralmente a sugestão do MºPº sobre a duração e extensão da publicidade da parte injuntiva da sentença.

Porém, tendo em consideração que as cláusulas 10.5 e 10.6 ora julgadas nulas e que a cláusula 3.6 cuja nulidade se confirma deixaram entretanto de ser utilizadas pela ré, pensamos não se justificar nem a duração nem a extensão sugeridas e acolhidas na sentença, que por isso se reduzem.

Em síntese:

- Julgamos válidas as cláusulas nº14.3 e 11.4 dos clausulados juntos com a p.i. sob os nºs 2 e 6, respectivamente, porquanto na indemnização nelas prevista se englobam os custos dos equipamentos e de instalação dos serviços suportados pela ré;**
- Consideramos nulas as cláusulas 10.6, 10.5 e 9.5 inseridas nos clausulados juntos à p.i. sob os nºs 3, 4 e 5, respectivamente, dado que estendem a indemnização ao período ou períodos de renovação automática da permanência, não obstante, a fazer fé na própria predisponente, já ter sido integralmente ressarcida daqueles custos, sendo proibidas ex vi do disposto na alínea c) do artigo 19º do DL nº446/85, de 25 de Outubro;**
- Julgamos pertinente o conhecimento sobre a validade da cláusula 3.6 do clausulado que, sob o nº7 acompanhou a petição, não obstante a sua eliminação por iniciativa da ré e consideramos tal cláusula absolutamente proibida, por subsumível à previsão da alínea a) do artigo 21º do mesmo diploma.**

Decisão:

Em face do exposto, julga-se improcedente a apelação interposta pela ré e parcialmente procedente a apelação requerida pelo MºPº e, conseqüentemente, condena-se a ré,S.A.. a abster-se de usar as cláusulas 10.6, 10.5 e 9.5, transcritas sob as alíneas F), G) e H) do elenco de “factos provados”, quanto ao segmento em que se prevê a extensão da cláusula penal ao período de vigência subsequente, reiterando-se no mais a nulidade decidida na sentença relativamente à clausula 3.6. do documento junto com a p.i. sob o nº7.

Deverá a ré dar publicidade à proibição agora decidida, após o

trânsito desta decisão, mediante a publicação em dois jornais diários de maior tiragem, em anúncio de dimensão não inferior a 1/8 de página, comprovando nos autos a observância desta imposição, no prazo de 10 dias, após a baixa dos autos.

Sem custas.

Transitado este acórdão, remeta certidão ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça e devolva os autos à primeira instância, notificando a ré da devolução.

Lisboa, 26 de Fevereiro de 2013

**Gouveia Barros
Conceição Saavedra
Cristina Coelho**