

Processo: 1410/08.0TJLSB.L1-7
Relator: LUÍS LAMEIRAS
Descritores: TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS
CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO
CLÁUSULA PENAL
RESOLUÇÃO
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 30-06-2011
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: PROCEDENTE
Sumário:

I – A chamada *cláusula de fidelização* firmada entre o utente e operador do serviço de telefone móvel significa, para o primeiro, um vínculo autónomo de manter vivo o contrato da prestação do serviço móvel durante um certo período de tempo previamente ajustado;

II – O incumprimento desse vínculo, isto é, a cessação do contrato antes do período de tempo convencionalmente estabelecido, tem, em si mesmo, a natureza de incumprimento definitivo, já que precisamente retrata extinção final e definitiva de uma relação contratual;

III – Ajustada uma *cláusula penal* para o incumprimento do vínculo de fidelização, o seu pagamento é devido se, em consequência da mora no pagamento da facturação mensal emitida pelo operador, este, no quadro de uma cláusula resolutiva expressa, procedeu à resolução do contrato de prestação do serviço de telefone móvel (artigo 432º, nº 1, do Código Civil);

IV – Essa resolução pode operar mediante o envio, pelo operador ao utente, de uma factura interpelando-o para o pagamento da quantia combinada a título de cláusula penal (artigos 217º, nº 1, final, e 436º, nº 1, do Código Civil).

(Sumário do Relator)

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

I – Relatório

1.

1.1. A... SA propôs acção declarativa, de forma sumária, contra B...Ld.^a, pedindo a sua condenação a pagar-lhe a quantia de 8.146,60 € e juros até efectivo pagamento, liquidando os vencidos na importância de 1.645,13 €.

Alega, em síntese, que contratou com a ré a prestação de serviço móvel terrestre, com base em três contratos; e que esta se obrigou, no concernente a dois, a manter o vínculo pelo período de 24 meses, com a cominação de ter de lhe pagar a quantia equivalente ao valor das mensalidades contratadas para os meses de vinculação. O valor mensal ajustado para estes dois contratos era de 211,15 € (sem IVA). A ré utilizou os serviços móveis; e a autora, nessa sequência, apresentou-lhe a pagamento as concernentes

facturas, na importância total de 4.126,30 €; mas que a ré não pagou. Dessa maneira, a autora emitiu a factura de indemnização por incumprimento, no valor de 4.020,30 €, que enviou à ré; mas que esta também não pagou.

1.2. A ré foi citada editalmente.

E, em sua representação, também o Ministério Público.

Mas não foi apresentada contestação.

2. A instância declaratória desenvolveu-se.

2.1. Foi produzido *pré-saneador*, para esclarecimento de eventual *co-municação ao utente ou resolução negocial*; esclarecendo a autora que comunicou à ré a suspensão do serviço, bem como lhe solicitou que cumprisse de maneira a evitar a resolução contratual.

2.2. E foi proferida *sentença final*, que julgou a acção procedente quanto ao *custo dos serviços* prestados pela autora; mas, quanto à *indemnização por incumprimento*, com fundamento em que tem por base o incumprimento definitivo do vínculo de fidelização (e sequente resolução), o qual a autora não mostrou, a julgou improcedente, absolvendo a ré dessa obrigação de indemnizar.

3.

3.1. A autora, inconformada, interpôs *recurso de apelação*. E, na alegação de recurso, formulou as seguintes *conclusões*:

i. A sentença sob recurso condenou a ré no pagamento das facturas de serviço telefónico prestado pela autora, mas absolveu a mesma do pagamento da factura de indemnização por incumprimento contratual;

ii. A sentença entendeu, para absolver a ré do pagamento da quantia de 4.020,30 € respeitante à factura de indemnização por incumprimento contratual, que a autora não provou ter efectuado a interpelação a esta fixando-lhe prazo razoável para ela pagar o valor das facturas de serviço, com a cominação de dar o contrato como definitivamente incumprido;

iii. Mostra-se provado nos autos que a autora emitiu e enviou à ré as facturas de serviço de telecomunicações discriminadas no *artigo 7º da matéria de facto provada*, que esta recepcionou as mesmas e não procedeu ao seu pagamento, motivo pelo qual a autora procedeu à desactivação do serviço e emitiu a factura de indemnização por incumprimento contratual;

iv. Mostra-se provado nos autos – *artigo 4º da matéria de facto provada* – o teor da cláusula penal dos contratos que constituem os *docs nºs 1 e 2* juntos com a petição inicial: “*em caso de incumprimento do aqui proposto, o cliente pagará à A... o equivalente ao valor das mensalidades fixas contratadas relativas aos meses de vinculação deduzido das já pagas*”;

v. Ora, facilmente se constata do supra exposto que a ré entrou em incumprimento das cláusulas dos contratos dos autos

aquando da falta de pagamento das facturas de serviço discriminadas no *artigo 7º da matéria de facto provada*, motivo pelo qual a autora procedeu à desactivação do serviço telefónico móvel e, con-sequentemente, accionou as cláusulas penais dos contratos dos autos;

vi. Não obstante todo o supra exposto, sempre se dirá que a desactivação do serviço por parte da autora corresponde, nada mais nada menos, do que à declaração inequívoca de perda de interesse na manutenção do contrato celebrado com a ré e, con-sequentemente, à resolução contratual;

vii. Acresce que, a resolução contratual poderá fundamentar-se na lei ou em convenção;

viii. No caso dos autos, autora e ré acordaram, mediante a subscrição dos contratos que firmaram, que o não cumprimento da segunda das suas obrigações contratuais conferia à primeira o direito de suspensão do serviço de telefone móvel terrestre e à rescisão dos contratos;

ix. Autora e ré acordaram que ocorrendo a desactivação do serviço, por facto imputável a esta, como foi o caso dos autos aquando da falta de pagamento do serviço telefónico prestado, a ré pagaria à autora uma indemnização correspondente ao valor das mensalidades que se encontrariam em falta para o término do período de fidelização contratualmente estipulado, motivo pelo qual a autora emitiu e enviou à ré a factura identificada no *artigo 11º da matéria de facto provada*;

x. As cláusulas penais que se encontram na base da emissão da factura de indemnização por incumprimento contratual constituem cláusulas penais compensatórias, as quais são cumuláveis com a indemnização moratória;

xi. Por consequência, face ao conteúdo dos contratos juntos e ao incumprimento da ré das obrigações contratuais, a sentença deveria ter condenado a esta na totalidade do pedido;

xii. A decisão proferida mostra-se assim em contradição com a matéria de facto dada como provada nos autos;

xiii. Ao decidir como decidiu, violou a sentença o disposto no artigo 668º, nº 1, alínea c) do Código de Processo Civil.

Em suma, deve o recurso ser provido e revogada a sentença recorrida no trecho em que absolveu a ré.

3.2. Não foi produzida resposta.

4. Delimitação do objecto do recurso.

É jurisprudência pacífica a de serem as conclusões do apelante a delimitar as *questões decidendas* que constituem o objecto do recurso. Nesse enfoque são os seguintes os assuntos sobre que se impõe decidir:

1.º; sobre se a sentença padece de nulidade (artigo 668º, nº 1, alínea

c), do Código de Processo Civil);
2.º; sobre se nasceu, na esfera da autora, o crédito indemnizatório, por virtude de incumprimento contratual da ré, emergente da preterição do *período de fidelização* aos serviços de telefone móvel da primeira.

II – Fundamentos

1. É a seguinte a *matéria de facto* que o tribunal de primeira instância entendeu julgar que está provada:

i. A autora contratou com a ré a prestação do *serviço de telecomunicações complementar – serviço móvel terrestre*, mediante os seguintes contratos:

(1) contrato celebrado em 22.11.2002, em virtude do qual foram atribuídos à ré os cartões de acesso ao mesmo serviço com os números ..., ... e ... (*doc fls. 12 a 14*);

(2) contrato celebrado em 21.03.2003, em virtude do qual foram atribuídos à ré os cartões de acesso ao mesmo serviço com os números ... e ..., e alterado o tarifário que vigorava para os cartões de acesso activados na sequência da celebração do contrato referido em (1) (*doc fls. 15 a 17*);

(3) contrato celebrado em 17.06.2003, em virtude do qual foram atribuídos à ré os cartões de acesso ao mesmo serviço com os números ..., ..., ..., ... e ..., e alterado o tarifário que vigorava para os cartões de acesso activados na sequência da celebração dos contratos referidos em (1) e (2) (*doc fls.18 a 19*);

ii. A autora cedeu à ré os telemóveis identificados na *cláusula quarta* do aditamento ao contrato que constitui o *doc fls. 12 a 14* e o *doc fls. 15 a 17*;

iii. A ré obrigou-se a manter o seu vínculo contratual com a autora pelo período de:

- 24 meses a contar da data da assinatura do contrato de 22.11.2002, nos termos da *cláusula primeira* do seu aditamento, mediante os cartões de acesso n.ºs ..., ... e ...;

- 24 meses a contar da data da assinatura do contrato de 21.03.2003, nos termos da *cláusula primeira* do seu aditamento, mediante os cartões de acesso n.ºs ... e ...;

iv. Nos termos da *cláusula terceira* do aditamento aos contratos que constituem os *docs fls. 12 a 14* e *fls. 15 a 17*, «em caso do incumprimento do aqui proposto, o cliente pagará à A... o equivalente ao valor das mensalidades fixas contratadas relativas aos meses de vinculação deduzido das já pagas»;

v. O valor da taxa mensal que a ré se obrigou a pagar pelo período de 24 meses era de 211,15 € mensais, correspondente ao tarifário «Plano A... 1000», para os cartões activados em virtude da celebração do contrato que constitui o *doc fls. 12 a 14* e o *doc fls. 15 a 17*, valores este sem IVA;

- vi. Os cartões de acesso atribuídos à ré, foram activados e esta utilizou-os, realizando e recebendo chamadas telefónicas;
- vii. Na sequência da prestação do mencionado serviço à ré, a autora apresentou-lhe a pagamento as seguintes facturas:
- factura 131903578, emitida em 05.06.03, no valor de 726,85 € e que se venceu em 26.06.03 (*doc fls. 20*);
 - factura 132210775, emitida em 05.07.03, no valor de 692,91 € e que se venceu em 28.07.03 (*doc fls. 21*);
 - factura 132271683, emitida em 05.08.03, no valor de 706,73 € e que se venceu em 26.08.03 (*doc fls. 22*);
 - factura 132819369, emitida em 05.09.03, no valor de 544,78 € e que se venceu em 26.09.03 (*doc fls. 23*);
 - factura 133121356, emitida em 05.10.03, no valor de 787,13 € e que se venceu em 28.10.03 (*doc fls. 24*);
 - factura 133422759, emitida em 05.11.03, no valor de 614,66 € e que se venceu em 26.11.03 (*doc fls. 25*);
 - factura 133736890, emitida em 05.12.03, no valor de 53,00 € e que se venceu em 26.12.03 (*doc fls. 26*);
 - factura 140269694, emitida em 05.01.04, no valor de 0,24 € e que se venceu em 26.01.04 (*doc fls. 27*);
- viii. A autora emitiu e enviou à ré as mencionadas facturas nas datas de emissão das mesmas;
- ix. A ré recebeu as facturas emitidas pela autora;
- x. A ré não pagou à autora o valor das mesmas facturas;
- xi. A autora emitiu e enviou à ré, factura de “*indemnização por incumprimento contratual*”, com o n.º 139624549, no valor de 4.020,30 €, re-lativa aos cartões de acesso activados em virtude da celebração dos contratos que constituem os *docs fls. 12 a 14 e fls. 15 a 17*, cujo valor corresponde a 16 mensalidades de 211,15 €, mais IVA (*doc fls. 28*);
- xii. A ré recebeu a factura identificada no artigo anterior;
- xiii. A ré não pagou à autora o valor da factura identificada no *artigo xi. supra*.

2. O mérito do recurso.

2.1. A nulidade da sentença.

É entendimento da apelante que a sentença produzida no tribunal “a quo”, porque não condenou na pretensão indemnizatória à luz dos factos apurados, padece da nulidade consistente em oposição dos fundamentos com a decisão (artigo 668º, nº 1, alínea c), do Código de Processo Civil).

Vejamos. A nulidade questionada constitui um vício de natureza formal da sentença que consiste em os pressupostos que a sustentam contrariarem em termos de exclusão o sequente e final dispositivo. Dir-se-ia estarmos em face de uma sanção que a lei estabelece para situações de preterição grave da regra estabelecida no artigo 659º, nº 2, do Código de Processo Civil, enquanto

prescrição disciplinadora da elaboração da sentença; ou seja, competindo ao juiz elaborar uma equação lógico-discursiva que permita a formulação de um juízo de conformidade ou desconformidade, há vício quando as premissas de facto ou de direito consideradas se mostrem formalmente incompatíveis com a conclusão tirada, em termos de relação de exclusão lógica e recíproca, e de tal maneira que sobre os dois termos excludentes nem possível seja formular um qualquer juízo de mérito ou demérito. Coisa diferente de quando, sem que se note um nexo de recíproca exclusão, antes o que se verifique seja uma mera relação de incon-cludência ou de qualquer insuficiência sobre a qual, apesar de tudo, ainda seja possível formular um juízo de demérito. [1]

Ora, neste quadro, fica claro que a sentença apelada não padece da a-pontada nulidade. A respectiva fundamentação, de facto e de direito, não conduz a um resultado que se mostre excludente da decisão final que nela é firmada; ao invés, nela se procedeu uma narrativa factual, seguida de um enquadramento jurídico, que, em si mesmo considerados, se acham logicamente compatíveis.

Questão distinta é a do ajustado dessa construção; quer dizer, sobre se a interpretação feita dos factos, à luz das normas, é a certa e correcta; mas essa a-dequação já nada concerne à nulidade do acto, como vício de forma. É então es-trita questão de substância; e, no caso, o objecto sequente da apelação.

Concluindo, não procede a arguida nulidade da sentença.

2.2. O negócio firmado e o concernente quadro contratual.

A apelante, operadora de *serviço de telefone móvel*, funda a acção em contratos, firmados com a apelada, cuja prestação consistia precisamente no a-cesso desta a um tal serviço; com vínculo da segunda a um período temporal de fidelização. Houve custos, vencidos entre Junho e Novembro de 2003, que não foram satisfeitos pelo utente (apelada); houve preterição do período de fideliza-ção; e foram accionadas pela prestadora (apelante) as cláusulas que haviam sido acordadas a estabelecer as consequências próprias para esse incumprimento. Gerou-se assim, na óptica da apelante, na esfera do utente uma *obrigação de indemnizar*; e com o conteúdo que a prestadora define na sua factura emitida a 19 de Dezembro de 2003, na importância de 4.020,30 €, vencida em 11 de Janeiro de 2004 (*doc fls. 28*).

É a chamada cláusula de fidelização que aqui principalmente releva.

Que compromisso fôra assumido entre o utente e a operadora?

Vejamos. Entre ambas foi firmado o *contrato de prestação de serviço de telefone móvel*; sobressai nos vínculos assumidos pelo utente o de pagar os custos do serviço no prazo devido (cláusula 7ª,

doc fls. 12; cláusula 8ª, doc fls. 15); além do mais, o contrato é subordinado a um elenco de condições gerais, en-tre as quais a que confere à operadora, nos termos aí prevenidos, o direito à rescisão do contrato, na hipótese do não cumprimento pelo cliente das suas obrigações contratuais (em especial, cláusula 12ª.4, docs fls. 12v.º e 15v.º).

Entretanto, é também firmado um aditamento ao contrato. É o seguinte, ao que aqui importa, o teor desse aditamento:

« o cliente propõe à A... manter o seu vínculo contratual ... pelo pe-ríodo de 24 meses »
(cláusula 1ª, docs fls. 14 e 17).

E logo a seguir:

« Em caso de incumprimento do aqui proposto, o cliente pagará à A... o equivalente ao valor das mensalidades fixas contratadas relativas aos meses de vinculação, deduzidas das já pagas »
(cláusula 3ª, docs fls. 14 e 17).

O que quiseram as partes com o que assim acordaram?

Na interpretação da declaração negocial o princípio é o da impressão do destinatário (artigo 236º, nº 1, do Código Civil); vale o sentido que um co-mum declaratário intuisse do comportamento do declarante.

No caso concreto, e no que à cláusula 1ª respeita, o que é razoável su-por, é que utente e operadora quiseram preliminarmente obrigar-se a que o con-trato que os unia estivesse vivo e eficaz durante aquele período de tempo; donde durante vinte e quatro meses com repercussão necessária nas respectivas esferas dos efeitos jurídicos emergentes da ajustada prestação do serviço de telefone móvel. De alguma maneira, uma cláusula de exclusão da faculdade extintiva do negócio; de impossibilidade temporária (por 24 meses) de desvinculação.

Não merece dúvida a validade desta cláusula; que se comporta nos li-mites admissíveis do princípio da liberdade contratual (artigo 405º, nº 1, do Código Civil). De alguma forma, com ela pretendem as operadores dos serviços mó-veis garantir para si certa clientela, como meio de se protegerem, em termos de concorrência, das outras operadores que no mercado prestam idênticos serviços.[2]

Seja como for, é a manutenção, a não cessação, do contrato aquilo que aí principalmente está em causa; é esse o vínculo a que as partes se adstringem.

E no que concerne à cláusula 3ª?

Esta constitui a consequência da preterição daquele vínculo. O texto escrito reporta-se ao caso de incumprimento do aqui proposto; e o sentido que lhe corresponde, razoavelmente, é o de

que funcionará aquela consequência uma vez acontecida a situação de o contrato de prestação findar antes de decorrido o período da fidelização, dos 24 meses, sendo que, como se intui, desde que essa cessação se deva a causa que seja imputável ao utente. É que, como dizemos, o vínculo visa primacialmente a protecção concorrencial da operadora; donde, que ele seja principalmente dirigido à esfera do utente.

Em tese, a previsão assim configurada comportará, por exemplo, a-quele caso em que o utente, no decurso do período de fidelização, faça por acto seu voluntário cessar a prestação do serviço, rescindindo com a operadora. Sendo em qualquer caso imprescindível que o contrato de prestação do serviço móvel seja feito cessar, se extinga, que efectivamente termine.

Temos assim, nesta óptica, que o mencionado incumprimento, isto é, a não realização da prestação debitória, a insatisfação do interesse do credor, se constitui aqui, precisamente, desse fim do contrato num tempo em que ainda ha-via de subsistir; a prestação do serviço finda, e por causa que se reporta ao utente.

É o incumprimento da fidelização que desencadeia o efeito jurídico.

Dito isto; vislumbra-se-nos certa dificuldade em distinguir, num qua-dro destes, a mora do incumprimento definitivo. São conceitos obrigacionais co-muns, referindo-se, um e outro, à não realização da prestação debitória devida (artigo 762º, nº 1, do CC); mas significando o primeiro que ela é ainda pos-sível (artigo 804º, nº 2, do CC); ao passo, no segundo, que já deixou de o ser.

Ora, no vínculo que nos ocupa, uma de duas. Ou o contrato existe e subsiste, e então o utente está a cumpri-lo (precisamente porque se não eximiu do serviço da operadora); ou o contrato se acha terminado, e então o utente já in-cumpriu (retirou-se da relação contratual que o unia à operadora), e sem margem de ainda poder cumprir, precisamente por estar extinta já a prestação do serviço.

Em suma, o que queremos dizer é não ser concebível a mora no in-cumprimento da cláusula de fidelização; esta, cuja autonomia é própria no qua-dro negocial em causa, e que uma vez insatisfeita, é-o *definitivamente* (porque a sua realidade se traduz precisamente numa extinção de um negócio jurídico).

Com o que podemos, então, obter duas importantes ilações. A 1ª, a de que importa distinguir o vínculo que vimos tratando daquele outro – que lhe é distinto – concernente ao (não) pagamento das taxas mensais do custo dos serviços, por conseguinte, das obrigações pecuniárias vinculativas do utente; a 2ª, a de que importa descortinar se, de facto, o contrato de serviço móvel ainda subsiste ou se, ao invés, já terminou; e, nesta última hipótese, a razão por que assim foi.

São agora os alicerces das ideias que, a seguir, se desenvolvem.

Vejamos então.

Iniciando pelas obrigações pecuniárias. Entre Junho e Novembro de 2003, a operadora foi emitindo as facturas concernentes ao custo do serviço, que ao utente competia pagar; enviou-as a este, que as recebeu; mas não pagou.

Foram, nesta óptica, aproximadamente seis meses de incumprimentos.

Agora em termos de subsistência da prestação do serviço móvel. A operadora emitiu, em 19 de Dezembro de 2003, e enviou ao utente, factura de in-demnização por incumprimento contratual, que ele recebeu; mas não pagou.

Que podemos intuir disto?

Aproximemo-nos um pouco, antes de prosseguir, do quadro legal apli-cável. Os factos reportam-se ao ano de 2003. Ao tempo vigorava, na sua re-dacção original,^[3] a Lei nº 23/96, de 26 de Julho, que criara no ordenamento ju-rídico português um conjunto de mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (artigo 1º, nº 1), onde já então se deviam ter por compreendidos os serviços móveis de telefone (artigo 1º, nº 2, alínea d)).^[4] Tam-bém vigorava o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público, aprovado pelo Decreto-Lei nº 290-B/99, de 30 de Julho,^[5] apli-cável também aos serviços de telecomunicações móveis (artigo 2º, alínea a)).

Uma ideia geral ínsita aos diplomas era sempre a de protecção e tute-la do utente; fazendo-o escapar dos riscos de abuso da posição dominante das o-peradoras; e daí o enquadramento no princípio geral de boa fé, tendo particularmente em conta o interesse daquele (artigo 3º da Lei nº 23/96). Por outro lado, a-demais, a consagração injuntiva de um certo número de faculdades dele; aliás cominadas com um atípico vício de nulidade (artigo 11º, nº 2, da Lei nº 23/96). Particularizando, para a hipótese da mora do utente, era prevista a restrição do serviço, embora onerando a operadora com certo tipo de procedimentos preli-minares com um objectivo preventivo e destinado acautelar o interesse do utili-zador em não ficar inesperadamente sem a possibilidade de dispor dos serviços que contratara (artigo 5º, nºs 2 e 3, da Lei nº 23/96, e artigo 6º, nº 2, alínea d), e nº 5, do Decreto-Lei nº 290-B/99).^[6]

Porém, já na estrita óptica da extinção contratual, só a articulação com o regime geral permitindo vislumbrar adequada solução. E, no quadro desse, o artigo 432º, nº 1, do Código Civil, admitindo a resolução do contrato fundada em convenção; esclarecendo, como sabido o artigo 436º, nº 1, a sua concretização mediante declaração à outra parte.

Pois bem; reportando ao caso concreto. Neste, existe a convenção resolutória; que consta da cláusula 12ª.4; aí se prevenindo a cessação dos efeitos do contrato como consequência

do não cumprimento por parte do cliente das suas obrigações contratuais.

E é inequívoco esse incumprimento; traduzível na mora no pagamento dos custos da prestação do serviço móvel retratados nas sucessivas facturas enviadas ao utente, e por ele recebidas. É aliás uma preterição reiterada, prolongada ao longo de vários meses; afectando relevantemente, nesta óptica também, os ditames da boa fé e o habitualmente exigível equilíbrio prestacional da concreta relação negocial encetada (artigos 762º, nº 2, e 237º, final, do Código Civil).

A declaração negocial pode ser tácita; e é-o quando seja lícito deduzi-la de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (artigo 217º, nº 1, final, do Código Civil). Ora, da factura emitida em 19 de Dezembro de 2003, pode inferir-se, com segurança bastante, a vontade da operadora no sentido de resolver a relação contratual; certo que ela foi recebida pelo utente que, nesse contexto, se manteve inerte e sem qualquer reacção conhecida. Quer dizer, à postura extintiva da operadora terá o utente reagido com pleno desinteresse; este traduzido no seu subsistente silêncio e reiterado incumprimento das prestações a que se vinculara.

Certa, então, a vontade extintiva da operadora; e que cremos eficaz.

Quer a Lei nº 23/96, quer o Decreto-Lei nº 290-B/99, na esteira da mencionada tutela ao utente, exigem ao operador que a restrição da sua oferta seja comunicada com prazos mínimos de antecedência, e sujeição a alguns considerandos informativos. Mas são normas que se não podem desenquadrar do espírito que enforma toda a ordem jurídica; isto é, essa tutela do utente não pode superar um patamar mínimo de confiança e de expectativa no desenrolar ajustado das relações negociais. O utente para merecer protecção tem que estar de boa fé; sob pena de a sua tutela se converter na defesa de um incumpridor. Donde, do nosso ponto de vista, não haver que exigir a um operador que mantenha o seu vínculo quando o seu utente já preteriu relevante e irremediavelmente o equilíbrio insito à vida do contrato.

Seja como for; o artigo 6º, nº 7, do Decreto-Lei nº 290-B/99, veio esclarecer a consequência da inobservância dos procedimentos formais impostos ao operador; daí resultando que se não trata de *ineficácia* mas apenas, se for caso, do *nascimento de uma obrigação de indemnizar o utente* pelos prejuízos que porventura tenha em consequência de tais preterições. Consequência, aliás, consonante com a validade e a eficácia da exclusão, por via contratual, de qualquer dos direitos injuntivos atribuídos, a qual apenas cede se for invocada pelo próprio utente (sendo a esta a *nulidade atípica*, a que antes nos referimos; e que contém no artigo 11º, nº 2, da Lei nº 23/96).

Em síntese.

O utente entrou em mora no pagamento das facturas

mensais; e o operador veiculou uma vontade extintiva do contrato, como lhe facultava a cláusula resolutiva previamente prevenida. Essa vontade foi retratada na factura que inter-pelava o utente ao pagamento da indemnização contratual; e foi eficaz.

Havendo, por conseguinte, de concluir que o contrato se extinguiu.

Isto é, que se verificou a situação geradora de incumprimento do vínculo de fidelização; e, decorrentemente, o rol de consequências antecipada-mente convencionadas, designadamente a exigibilidade de uma indemnização a título de cláusula penal.

2.3. Cessação do contrato e cláusula penal.

Se não respeitasse o período de vínculo contratual a consequência seria ter o utente de pagar à operadora o equivalente ao valor das mensalidades fixas contratadas relativas aos meses de vinculação, deduzido das já pagas.

É claramente domínio da responsabilidade contratual.

Se o devedor falta ao cumprimento, então se presumindo a culpa, tor-na-se *responsável pelo prejuízo que cause ao credor* (artigos 798º e 799º, nº 1, do Código Civil). O *prejuízo* constitui sempre uma *contração* na esfera jurídica do lesado; que este, de acordo com as regras de distribuição do *onus da prova*, deve demonstrar. Porém, facilitando-lhe essa *tarefa*, a lei concede às partes a faculdade de, antecipadamente, poderem definir os contornos, que tenham por ajustados, de uma *concreta contração*; e que será, em caso de ser accionado o dever de reparação, o seu modelo específico e concreto; sendo essa a sua função pró-pria. É o que pode designar-se por *configuração antecipada do dano*, a *fixação por acordo do montante da indemnização exigível*; e que tecnicamente se designa por cláusula penal (artigo 810º, nº 1, do Código Civil)

Qual o critério de concretização da cláusula penal?

Para lá dos *excessos manifestos*, que sempre são de censurar (artigo 812º, nº 1, do Código Civil), o princípio é de que a estipulação da medida da cláusula penal cabe no domínio da *autonomia da vontade privada* e do *império da liberdade contratual* das partes (artigo 405º, nº 1, do Código Civil). Quer dizer, não há critérios pré-estabelecidos, a estas competindo, segundo os interesses substanciais que visem prosseguir, *fixar livremente* o montante da indemnização que, para o caso de preterição obrigacional, cada uma possa exigir.

Através de uma postura que deu origem à cessação do contrato, antes de decorrido o período de vínculo, o utente incorreu numa obrigação de indemnizar com contornos previamente definidos.

Donde, em suma, procede o recurso de apelação interposto.

3. As custas da apelação são da responsabilidade da apelada, por virtude do decaimento (artigo 446º, n.ºs 1 e 2, do CPC).

4. Síntese conclusiva.

É a seguinte a *síntese conclusiva* que pode ser feita, a propósito do que fica de essencial quanto ao mérito do presente recurso:

I – A chamada *cláusula de fidelização* firmada entre o utente e ope-rador do serviço de telefone móvel significa, para o primeiro, um vínculo au-tónomo de manter vivo o contrato da prestação do serviço móvel durante um certo período de tempo previamente ajustado;

II – O incumprimento desse vínculo, isto é, a cessação do contrato antes do período de tempo convencionalmente estabelecido, tem, em si mesmo, a natureza de incumprimento definitivo, já que precisamente retrata extinção final e definitiva de uma relação contratual;

III – Ajustada uma *cláusula penal* para o incumprimento do vínculo de fidelização, o seu pagamento é devido se, em consequência da mora no paga-mento da facturação mensal emitida pelo operador, este, no quadro de uma cláusula resolutiva expressa, procedeu à resolução do contrato de prestação do serviço de telefone móvel (artigo 432º, n.º 1, do Código Civil);

IV – Essa resolução pode operar mediante o envio, pelo operador ao utente, de uma factura interpelando-o para o pagamento da quantia combinada a título de cláusula penal (artigos 217º, n.º 1, final, e 436º, n.º 1, do Código Civil).

III – Decisão

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação *em julgar a apelação procedente e em revogar a sentença recorrida, no trecho em que absolveu a apelada da indemnização por incumprimento, substituindo-a, nes-se trecho, pela condenação daquela a pagar à apelante a quantia de 4.020,30 € e concernentes juros de mora, desde 11 de Janeiro de 2004 até efectivo pagamento.*

Custas a cargo da apelada.

Lisboa, 30 de Junho de 2011

Luís Filipe Brites Lameiras
Jorge Manuel Roque Nogueira
António Santos Abrantes Geraldes

[1] Sobre o vício em questão, Acórdãos da Relação de Lisboa de 25 de Maio de 2000 e da Relação de Évora de 14 de Julho de 2005,

respectivamente, in Colectânea de Jurisprudência XXV-3-99 e XXX-4-262.

[2] Acórdão da Relação de Lisboa de 14 de Setembro de 2010, proc.º nº 254524/09.6YIPRT.L1-7, in www.dgsi.pt.

[3] Que é a aqui aplicável (artigo 12º, nº 1, início, do Código Civil).

[4] Se bem que o assunto fosse controverso a maioria da doutrina já então se pronunciava no sentido dessa integração. A questão acabou por ser esclarecida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Unifor-mizador de Jurisprudência) nº 1/2010, de 3 de Dezembro de 2009 (Diário da República, 1ª série, de 21 de Janeiro de 2010, páginas 217 a 224).

[5] Este entretanto alterado pelo Decreto-Lei nº 133/2002, de 14 de Maio.

[6] Acórdão da Relação de Lisboa de 4 de Maio de 2010, proc.º nº 7094/04.8TJLSB.L1-7, in www.dgsi.pt.