

Processo: 82657/13.0YIPRT.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: JOSÉ IGREJA MATOS
Descritores: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
TELECOMUNICAÇÕES
CLÁUSULA PENAL INDEMNIZATÓRIA
VALIDADE

Nº do Documento: RP2014040182657/13.0YIPRT.P1
Data do Acórdão: 01-04-2014
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA EM PARTE
Indicações Eventuais: 2ª SECCÃO
Área Temática: .
Sumário:

I – O âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho, deve ser restringido aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas celebrados apenas com os respectivos utentes em que esteja em causa a subsidiação de equipamentos, isto é, a entrega de telemóveis, não sendo de aplicar designadamente nos casos de subsidiação de tarifários ou de custos de instalação e activação.

II – Deste modo, em termos legislativos, entende-se que a fidelização existe para compensar a operadora da despesa acrescida implícita na promoção que lhe está associada permitindo uma dada cláusula penal, acordada pelas partes, contrabalançar, através da fixação de uma indemnização, o custo associado ao desrespeito pelo utente do compromisso assumido, impedindo-se ainda um ganho injustificado desse utente que, não sendo penalizado pelo incumprimento, poderia obter os ganhos contratualizados com a operadora e concedidos por esta em função de uma permanência temporalmente assegurada sem depois ter qualquer encargo associado a uma ruptura antecipada.

III - Impõe-se assim uma distinção normativa entre os custos de compatibilidade (desbloqueamento de equipamento) ao qual não poderão ser associadas irrestritas cláusulas penais, de modo a potenciar a mobilidade dos consumidores, e os custos contratuais propriamente ditos resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses sendo que, neste último caso, admite-se que o consumidor possa ser penalizado nas respectivas condições contratuais conquanto as mesmas não sejam desproporcionadas, de harmonia com o disposto nos arts.2.º, n.º. al. h) e 48.º, n.ºs 2 e 5 da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º5/2004, na redacção introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro).

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

Processo 82657/13.0YIPRT.P1

Acordam no Tribunal da Relação do Porto

I – Relatório

Recorrente(s): B..., S.A.;
Recorrido(s): C..., Lda.
Tribunal Judicial da Maia – 4º Juízo de Competência Cível.

B..., S.A., com sede no ..., ..., Maia, intentou o presente procedimento de injunção contra C..., Lda. com sede na Rua ..., ...,-... Loulé, pedindo a condenação da requerida a pagar a quantia de €8.203,44.

Alegou, para esse efeito, que celebrou com a requerida um contrato de prestação de serviço de telecomunicações, tendo-se a requerida obrigado a pagar o serviço contrato e a manter o mesmo pelo tempo indicado na proposta, sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta.

Das facturas emitidas permanecem em dívida as que indica, incluindo o valor correspondente à cláusula penal reclamado pela requerente com a rescisão do contrato.

Devidamente citada a ré não deduziu oposição.

Foi proferida decisão que, na parte dispositiva, se reproduz:

“Pelo exposto, julgo a presente acção parcialmente procedente, por provada, e,

consequentemente, condeno a ré, D..., Lda. a pagar à autora, B..., SA, a quantia de €1.901,71 (mil e novecentos e um euros e setenta e um cêntimos) acrescida de juros de mora, à taxa comercial, contados sobre o valor das facturas mencionadas no ponto 2 dos factos provados desde as respectivas datas de vencimento e até efectivo e integral pagamento, bem como a quantia de €54,95 (cinquenta e quatro euros e noventa e cinco cêntimos).

No mais peticionado, absolve-se ré do pedido.”

Inconformada, a autora deduziu o presente recurso no qual formula as seguintes

CONCLUSÕES:

1. Entendeu o tribunal a quo que a Apelante não pode invocar a cláusula penal prevista no contrato de prestação de serviços constante dos autos por não ter alegado ter entregue equipamentos à ré, nos termos do Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho (“Decreto-Lei n.º 56/2010”).
2. O Tribunal a quo alicerçou a decisão recorrida no entendimento de que “no sector (rectius sector das comunicações electrónicas) a previsão de cláusulas penais só é válida quando os contratos são celebrados e há, simultaneamente, oferta de equipamentos ou entrega de equipamentos.”
3. O objetivo e o alcance do Decreto-Lei n.º 56/2010 são diametralmente opostos ao propugnado pelo Tribunal a quo, Decreto-Lei que é inaplicável à situação dos presentes autos, sendo a cláusula penal convencionada válida.
4. A primeira referência com que o intérprete se depara na leitura do Decreto-Lei n.º 56/2010, é, no início do seu preâmbulo, a invocação de um estudo levado a cabo pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), denominado de “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas” (“Estudo”), e divulgado em Fevereiro de 2010.¹⁴
5. Nas palavras do legislador, e no que se refere às comunicações móveis, no Estudo são evidenciados dois tipos de custos que condicionam a mobilidade dos consumidores (possibilidade de os consumidores mudarem de operador/prestador de comunicações eletrónicas): os custos contratuais e os custos de compatibilidade.
6. Atenta a relevância que o legislador expressamente confere ao Estudo impõe-se ao intérprete a sua leitura e análise, pelo menos nas partes destacadas no preâmbulo do diploma, a saber os custos contratuais, os custos de compatibilidade e as soluções propostas para reduzir tais custos, tudo de harmonia com a tarefa de exegese determinada pelo artigo 9.º do Código Civil, para se alcançar o (verdadeiro) sentido da lei.
7. Os custos contratuais e de compatibilidade, que foram relevados e atendidos aquando da redação do Decreto-Lei n.º 56/2010, são categorias que integram o conceito de custos de mudança, sendo estes últimos aqueles em que o consumidor incorre “(...) sempre que este opte por aderir aos serviços de um operador ou prestador de serviços, num contexto de existência de uma relação contratual prévia com um outro fornecedor.”¹⁵
8. Os custos contratuais resultam, nomeadamente, da existência de períodos de fidelização e de cláusulas associadas à cessação antecipada dos contratos, uma vez que, neste sector, é prática habitual – em benefício do próprio consumidor – a estipulação de uma obrigação de utilização do serviço contratado por um período de tempo mínimo e que tem como contrapartida a atribuição (ao consumidor), no momento de celebração do contrato ou durante a sua execução, de um conjunto alargado de ofertas, por exemplo, a atribuição de descontos na instalação do serviço ou no valor do tarifário subscrito, ou a entrega de equipamentos a um preço muito reduzido (e significativamente inferior ao preço normal de mercado).
9. Os custos de compatibilidade estão relacionados com uma questão concreta e que se prende com a aquisição de equipamentos que estão bloqueados a uma determinada rede, ou seja, o consumidor apenas poderá usufruir dos serviços fornecidos por determinado prestador de comunicações.
10. No âmbito das medidas e soluções direccionadas à redução dos custos contratuais, a AdC preconiza que os períodos de fidelização e as penalizações devem ser proporcionais e justificados, entendendo a proporcionalidade, neste contexto, como a adequação do benefício auferido pelo consumidor (e.g. aplicação de tarifários promocionais, entre outros) ao compromisso que assume (e.g. subscrição por um determinado período de tempo).
11. A AdC não sugere, portanto, como medida de promoção da mobilidade, a eliminação ou a exclusão das cláusulas de fidelização - porquanto as contrapartidas das mesmas constituem um benefício evidente para os consumidores -, mas propõe, em linha com as orientações da Autoridade Nacional de Comunicações (“ANACOM”), e com as regras gerais do Direito (maxime o Código Civil), a adequação das cláusulas penais aos benefícios efetivamente concedidos aos consumidores no momento da

celebração dos contratos de prestação de serviços, conciliando os interesses das duas partes na relação contratual.

12. A medida preconizada pela AdC assegura a salvaguarda do consumidor, uma vez que a existência de períodos mínimos contratuais permite-lhe beneficiar de um conjunto alargado de ofertas que, se tal período não existisse, não lhe seriam atribuídas, reduzindo-se substancialmente, por esta via, o preço do serviço que contrata e, em última análise, aumentando a concorrência a competitividade entre os diversos operadores.

13. No que se refere às medidas e soluções direccionadas à diminuição dos custos de compatibilidade – relacionados com a aquisição de equipamentos bloqueados – , a AdC faz referência a uma publicação do Office of Telecommunications em que são identificadas as vantagens e as desvantagens associadas a uma eventual proibição do bloqueamento de telemóveis, sublinhando que esta entidade “não conseguiu concluir se os benefícios advenientes da proibição do bloqueamento de telemóveis seriam superiores aos custos, optando por não intervir directamente, mas, ao invés, promover a atenção dos consumidores relativamente a este tipo de prática.”

14. Por esta razão, e com base nas desvantagens enunciadas pelo regulador britânico, a AdC salientou que, “A proibição desta prática é, neste sentido, uma medida extrema, tendo adicionalmente em conta que é possível adquirir estes equipamentos desbloqueados por um preço superior e que a penetração de outros serviços que não a voz (e.g. acesso à Internet móvel) pode ser incrementada por via da aquisição de equipamentos subsidiados.

15. E defende, como medidas de redução dos custos de compatibilidade, que: (i) após o término do período de fidelização não deverá ser cobrado qualquer valor pelo desbloqueamento do telemóvel; (ii) durante o período de fidelização o valor a cobrar pelo desbloqueamento deverá ter em consideração quer o preço da venda do equipamento sem qualquer tipo de subsídio, quer o momento temporal em que o consumidor solicita o desbloqueamento.

16. O legislador entendeu dar corpo às medidas direccionadas aos custos de compatibilidade propostas pela AdC e foi publicado o Decreto-Lei n.º 56/2010.

17. Retomamos (e enfatizamos) aqui a explicação transmitida no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 56/2010 e que permite concluir que o objetivo fundamental do legislador foi diminuir os custos de compatibilidade - ou seja, os custos associados ao desbloqueamento dos equipamentos -, na medida em que: (a) proíbe-se a cobrança de contrapartidas pelo desbloqueamento de equipamentos findo o período de fidelização; (b) estabelecem-se limites ao valor pelo desbloqueamento cobrado durante o período de fidelização; e (c) estabelecem-se limites ao valor cobrado pelo desbloqueamento do equipamento no caso de não estar previsto um período de fidelização.

18. No artigo 2.º do diploma, e sob a epígrafe “Âmbito”, o legislador reproduz a solução que deixa enunciada no preâmbulo:

(i) no n.º 1 estabelece-se a proibição de cobrança de qualquer contrapartida pelo serviços de desbloqueamento findo o período de fidelização;

“Neste sentido, a proibição de cobrança pelo desbloqueamento após o período de fidelização seria uma medida justificável e conducente à eliminação deste custo de compatibilidade.” (...) o preço de desbloqueamento deveria ter em consideração, em primeiro lugar, o preço de venda do equipamento sem qualquer tipo de subsídio e, em segundo lugar, o momento de tempo em que é solicitado no contexto do período de fidelização.”

(ii) no n.º 2 são estabelecidos limites ao montante cobrado pelo desbloqueamento durante o período de fidelização, limites estes que têm em conta quer o valor do equipamento sem subsídio, quer o valor (eventualmente) já pago pelo consumidor, quer a data em que o desbloqueamento é solicitado pelo consumidor;

(iii) no n.º 3 estabelece-se que durante o período de fidelização, a contrapartida a cobrar pela cessação antecipada do contrato se restringe aos valores aí previstos;

(iv) no n.º 4 é estabelecido um limite à quantia a ser cobrada pelo serviço de desbloqueamento do equipamento no caso de não existir um período de fidelização.

19. As restantes normas do diploma são instrumentais da disciplina que se fixa no artigo 2.º e incidem, fundamentalmente, sobre a questão do desbloqueamento do equipamento.

20. O legislador seguiu, pois, muito de perto as conclusões da AdC constantes do Estudo, tendo-se mostrado sensível aos argumentos explanados pela AdC e não proibiu o bloqueio de equipamentos, tendo optado, ao invés, pelas medidas intermédias apontadas por aquela entidade e que se traduziram, em concreto, na proibição de cobrança de contrapartidas pelo desbloqueamento de equipamentos e na definição de limites a essas contrapartidas.

21. Assim, o legislador não proíbe a existência de períodos de fidelização e de

cláusulas penais associadas ao seu incumprimento; ao invés, e para promover a mobilidade dos consumidores, impôs limites aos custos de compatibilidade, garantindo que, caso sejam entregues equipamentos, e somente nessas situações, deverão ser observadas as regras e os limites decorrentes do Decreto-Lei n.º 56/2010.

22. Acresce que, e com apoio no elemento sistemático, verificamos que, ulteriormente, o legislador alterou a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro - Lei das Comunicações Electrónicas ou "LCE" - através da Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro ("Lei n.º 51/2011"), tendo aí incluído a questão dos custos contratuais - e que são, recorde-se, os que resultam, nomeadamente, da existência de períodos de fidelização e de cláusulas associadas à cessação antecipada dos contratos - que, por esta razão, não ficaram esquecidos.

23. Apesar de estarmos perante matérias que têm como objetivo comum a diminuição dos custos de mudança, o legislador separou a forma como tal objetivo seria atingido em relação a cada um dos custos específicos (contratuais e de compatibilidade), regulando-as em diplomas distintos e específicos: no Decreto-Lei n.º 56/2010 definiu medidas direccionadas aos custos de compatibilidade e estabeleceu regras concretas para reduzir tais custos; já na Lei n.º 51/2011 concretizou as alterações necessárias para combater os custos contratuais.

24. A Lei n.º 51/2011 procedeu à alteração da LCE, destacando-se, desde logo, o aditamento da alínea h) ao n.º 2 do artigo 2.º, nela se estabelecendo que: "O disposto na presente lei não prejudica: (...) h) o regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho."

25. O legislador reconheceu - expressa e inequivocamente - que o Decreto-Lei n.º 56/2010 versa exclusivamente sobre a questão das quantias cobradas pelo desbloqueamento de equipamentos, ou seja, sobre os custos de compatibilidade.

26. Ainda por força das alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2011, foram aditados vários números ao artigo 48.º da LCE - com a epígrafe "Contratos" -, cujo teor e alcance corresponde, precisamente, às medidas destinadas a reduzir os custos contratuais indicadas no Estudo da AdC - veja-se, a título de exemplo, o disposto nos n.ºs 1 e 5 e que encontram grande semelhança com as medidas propostas no mencionado Estudo.²³

27. No que se refere aos custos contratuais, o legislador previu expressamente, no n.º 2 do artigo 48.º da LCE (alterado pela Lei n.º 51/2011), que

(i) as operadoras podem estabelecer períodos contratuais mínimos e que (ii) em caso de cessação antecipada do contrato decorrente de vontade do consumidor, as operadoras podem cobrar os encargos decorrentes de tal cessação, nomeadamente os encargos não relacionados com o equipamento, como resulta da leitura a contrario sensu deste normativo: "A informação relativa à duração dos contratos deve incluir indicação da existência de períodos contratuais mínimos associados, designadamente, à oferta de condições promocionais, à subsídio do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da portabilidade de números e outros identificadores, bem como indicar eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsídio de equipamentos terminais."

28. O legislador previu e aceitou expressamente - na LCE - a estipulação de períodos contratuais mínimos, bem como o pagamento de um montante, caso o contrato termine antecipadamente por vontade do consumidor, que compense os encargos (de todo o tipo e não apenas relacionados com equipamentos) que a operadora teve de suportar.

29. Este entendimento resulta, também, do disposto no n.º 5 do mesmo artigo 48.º da LCE (aditado pela Lei n.º 51/2011)

30. Conclui-se, assim, que o legislador reforça, por um lado, que podem ser estabelecidos períodos contratuais mínimos e, por outro lado, que podem ser definidas as condições a aplicar em caso de incumprimento desses períodos, desde que não sejam desproporcionadas ou excessivamente onerosas.

31. As alterações introduzidas à LCE através da Lei n.º 51/2011 tiveram como desiderato, portanto, aumentar a mobilidade dos consumidores mediante a definição de um conjunto de regras destinadas a reduzir os custos contratuais e não os custos de compatibilidade (que estão exclusivamente regulamentados pelo Decreto-Lei n.º 56/2010).

32. O âmbito de aplicação material do Decreto-Lei n.º 56/2010, por se tratar de um custo de compatibilidade, confina-se às situações em que a prestação de serviços de comunicações é acompanhada da entrega de equipamentos bloqueados aos consumidores.

33. Em todos os casos em que não tenham sido entregues equipamentos deverão ser aplicadas ao contrato celebrado entre o consumidor e o prestador do serviço as regras

previstas na LCE, sendo inaplicável o regime previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010. 34. Pelo facto de existirem situações em que as ofertas para o consumidor não se traduzem na subsídio de equipamentos, mas sim na atribuição de condições especiais - por exemplo a contratualização de preços muito atrativos e com contornos específicos muito benéficos (subsídio de tarifários) -, o legislador prevê - no n.º 2 do artigo 48.º da LCE - a possibilidade de se verificar a "(...) oferta de condições promocionais (...)" e que incluem, para além da subsídio de tarifários, a subsídio dos custos de instalação e ativação do serviço (e não do equipamento).

35. Considerando que o objetivo do Decreto-Lei n.º 56/2010 é assegurar a proteção dos consumidores, a interpretação sustentada pelo Tribunal a quo introduziria uma limitação que:

- (i) impossibilita o aumento dos diversos tipos de produtos/serviços subsidiados disponibilizados aos clientes, situação que tem permitido, nos últimos anos, a massificação do consumo de produtos e serviços de comunicações eletrónicas;
- (ii) impede as operadoras de se ressarcirem do esforço financeiro em que incorrem quando oferecem ao consumidor, por exemplo, tarifários promocionais, descontos nas comunicações, comunicações gratuitas para números da respetiva rede ou oferta de instalação/ativação dos serviços;
- (iii) pode conduzir ao desaparecimento das ofertas de adesão, de instalação e de ativação, aumentando os preços praticados - uma vez que os custos da instalação e de equipamentos são diluídos durante a permanência -, impossibilitando a recuperação do investimento e, em consequência, impedindo o consumidor de beneficiar de ofertas atractivas e acessíveis;
- (iv) limita ou impede a subsídio das ofertas e dos serviços, o que se poderá traduzir num aumento das barreiras à entrada e, por esta razão, a penetração de produtos e serviços como a Internet deixará de crescer aos ritmos actuais, podendo começar a aumentar o fosso relativamente ao resto da Europa.

36. Resulta, antes, da letra e do espírito da lei que o Decreto-Lei n.º 56/2010 é aplicável apenas quando esteja em causa a subsídio de equipamentos, isto é, a entrega de telemóveis aos clientes, não sendo de aplicar em todas as outras (e múltiplas) situações em que estejamos perante uma subsídio de tarifários ou de custos de instalação e ativação.

37. No que se refere ao âmbito subjectivo do Decreto-Lei n.º 56/2010, conjugando o teor do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 56/2010, com o teor do artigo 48.º, n.º 3 da LCE - que se refere expressamente a "consumidores" -, resulta claro que o mesmo aplica-se apenas a contratos com consumidores.

38. No caso dos autos e tendo presente a matéria de facto provada, nomeadamente que "Resultou provado... que a requerida, no contrato celebrado, se obrigou a manter o contrato pelo tempo indicado na proposta sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta pela quebra do vínculo contratual", resulta que a cláusula penal, constante do ponto n.º 14 das Condições Gerais do contrato, é válida à luz do nosso ordenamento jurídico.

39. Atenta a factualidade dada como provada pelo Tribunal a quo, não poderá tal cláusula ser apreciada à luz do Decreto-Lei n.º 56/2010, uma vez que não cai no seu âmbito de aplicação.

40. Do teor do contrato elencado na factualidade provada, resulta inequivocamente, e a Apelada não contestou, que foram vários os benefícios que lhe foram concedidos, benefícios estes que justificaram e fundamentaram os períodos de fidelização estipulados.

41. Em momento algum a Apelada alegou e muito menos provou que as condições resultantes do contrato que celebrou com a aqui Apelante, designadamente as obrigações que assumiu, foram desproporcionadas aos benefícios que retirou de tal contrato na prossecução do seu fim, leia-se o lucro, tendo presente o princípio da especialidade do fim que norteia a capacidade das sociedades comerciais (artigo 6º do CSC).

42. O legislador não previu, e do Decreto-Lei n.º 56/2010 não resulta, em momento algum aliás, que a previsão de cláusulas penais só é válida quando os contratos são celebrados e há a oferta ou a entrega de equipamentos, uma vez que esta (entrega de equipamentos) não constituiu o único benefício atribuído pelos operadores, existindo diversas situações em que os consumidores têm direito a condições especiais.

43. A cláusula penal tem por objetivo compensar os operadores de todos os custos associados ao consumidor, custos estes que foram assumidos pelo operador porque este (consumidor) se obrigou a cumprir um determinado período de permanência e que seriam diluídos durante esse período.

44. Admitir que o valor devido pelo incumprimento do contrato pelo consumidor apenas

é admissível quando tenham sido entregues equipamentos traduzir-se-á num incentivo ao incumprimento sistemático dos contratos pelos consumidores, já que (i) nas situações em que o valor do incumprimento seja superior aos montantes máximos fixados no Decreto-Lei n.º 56/2010 haverá um incentivo ilegítimo ao incumprimento e (ii) nas situações em que não se verifica a entrega de equipamentos não poderá existir qualquer cláusula penal e o investimento efetuado pelo operador nunca será ressarcido.

45. Aliás, nesta segunda hipótese nem sequer faria sentido a existência de períodos de fidelização contratual porque o consumidor poderia incumprir, a todo o tempo, o contrato, e o operador não tinha qualquer mecanismo para se proteger e ressarcir – maxime, através de uma cláusula penal – do investimento que efetuou (porquanto tal cláusula seria sempre, e em todos os casos, nula), o que constituiria uma limitação inadmissível do princípio da liberdade contratual e tornaria inúteis e vazias de conteúdo as normas da LCE que prevêem expressamente a existência de períodos de fidelização e o pagamento dos encargos em caso de cessação antecipada do contrato pelos clientes.

46. Estamos perante duas realidades distintas, que o legislador regulou em diplomas diferentes e com alcances diversos: no caso do desbloqueamento de equipamentos (previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010 e que é distinto e independente da prestação do serviço) o legislador definiu limites máximos para o serviço prestado, limites estes que estão relacionados com o valor do equipamento e com o momento em que o consumidor solicita o desbloqueamento; no que se refere ao incumprimento do período de permanência (que resulta de um acordo do consumidor, que conhece e sabe as condições em que o serviço será prestado e está previsto na LCE), o legislador não definiu limites concretos, nem requisitos específicos, cabendo às partes, como corolário da liberdade contratual, concretizar os montantes devidos em caso de incumprimento desse período

Termina concluindo que a decisão proferida nos presentes autos violou o disposto nos artigos 9º, 405º e 810º todos do Código Civil e o artigo 48º da Lei nº 5/2004 de 10/02 na redacção dada pela Lei 51/2011 de 13/09 ao não aplicar a cláusula penal convencionalizada entre as partes e, conseqüentemente, absolver a Ré da indemnização nela prevista e peticionada nos autos.

Peticona, em conformidade, que a decisão proferida seja substituída por outra que julgue a cláusula penal válida e em face dos factos dados como provados condene a Ré na totalidade do pedido.

Dos autos não constam contra-alegações.

II – Delimitação do objecto do recurso; questões a apreciar.

O objecto do recurso é delimitado, em regra, pelas alegações e respectivas conclusões.

A questão a dirimir resume-se em apurar da validade da cláusula penal indemnizatória contratualizada pelas partes.

III – Fundamentação de Facto

Na decisão recorrida, resultaram provados os seguintes factos:

1 – A requerente e a requerida celebraram um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, por força do qual a requerente se obrigou a prestar o serviço no plano tarifário escolhido e a requerida a efectuar o pagamento tempestivo das facturas e manter o contrato pelo tempo indicado na proposta sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta pela quebra do vínculo contratual.

2 – A requerente prestou à requerida os serviços descritos nas facturas cujas cópias se encontram juntas a fls. 32/35, no valor global de €1.901,71 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

3 – A título de incumprimento contratual pela ré a autora debitou-lhe o montante de €5.166,10 conforme cópia da factura junta a fls. 36 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

4 - As facturas mencionadas foram enviadas à ré logo após as respectivas datas de emissão.

5 – A requerente gastou a quantia de €54.95 em diligências de cobrança para evitar a injunção.

IV- Fundamentação

Está em causa nos autos um contrato de prestação de serviços de telecomunicações do qual consta uma cláusula dita de “fidelização” em que a ré se obrigou a um período de permanência predefinido. Assim, nos termos do acordado, a apelada obrigou-se a

manter o contrato pelo tempo indicado na proposta, sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta.

Sucedeu que a ré deixou de pagar, ainda durante o período de fidelização, os serviços prestados o que suscitou a presente acção na qual a autora peticiona o pagamento dos serviços entretanto já prestados e ainda não pagos – pretensão a que, naturalmente, foi dado provimento – mas também o pagamento da quantia decorrente da cláusula penal descrita.

Ora, em relação a este segmento peticionado no valor de €5.166,10, o Tribunal “a quo” entendeu não ser devido qualquer pagamento.

Alicerça esse indeferimento na previsão do art.2.º, nº do D.L. n.º 56/2010, de 1/6 o qual estabelece que:

“Durante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a:

a) 100 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídição, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídição, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;

b) 80 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídição, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;

c) 50 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídição, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis.” Prevê ainda o n.º 3 desse art. 2.º que “É proibida a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no número anterior, a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização.”

Discorrendo sobre o sentido e alcance desta norma, aduz doutamente a decisão recorrida que “parece-nos, portanto, atendendo à letra da lei e ao que resulta do preâmbulo do diploma em causa, que a autora não pode exigir, pela resolução do contrato durante o período de fidelização, uma quantia superior à que esse diploma prevê, sendo certo que, nos termos do art. 8.º do diploma em análise “É nula qualquer convenção ou disposição que contrarie ou exclua o disposto no presente decreto-lei”. (...) Do atrás exposto, e considerando o previsto no art. 2.º do referido Decreto-Lei, resulta, pois, que no sector das comunicações a previsão de cláusulas penais só é válida quando os contratos são celebrados e há, simultaneamente, oferta de equipamentos ou entrega de equipamentos. Ora, no caso em apreço, a autora não alegou ter existido entrega de qualquer equipamento aquando da celebração do contrato e/ou dos aditamentos em causa. Assim, este tribunal não pode aferir se o valor peticionado obedece ou não aos limites impostos pelo Decreto-Lei 56/2010 e se a cláusula penal prevista no contrato é ou não válida, pelo que não pode a autora accionar a cláusula penal estabelecida no contrato.

Com efeito, sabendo a autora que a lei impõe limites ao valor que pode ser cobrado a título de cláusula penal neste sector, impunha-se-lhe que alegasse e provasse ter entregue equipamentos, as datas de entrega e valores desse equipamento por forma a que este tribunal pudesse aferir do valor da indemnização a pagar pela ré em consequência do incumprimento. A verdade é que a autora não alegou tais factos, pelo que não pode accionar a cláusula penal prevista no contrato para o incumprimento do período de fidelização contratado. Por outro lado, a autora não alegou quaisquer factos que permitam a este tribunal condenar a ré no pagamento de qualquer indemnização ao abrigo do disposto no art. 798.º do Código Civil.

Pelo exposto, relativamente ao valor da indemnização pelo incumprimento que foi peticionada pela autora e que consta da última factura termos de concluir pela improcedência da presente acção, devendo a ré ser absolvida dessa parte do pedido.” Por sua vez, nas suas alegações de recurso, a apelante defende que o preceito em apreço não se aplica ao caso dos autos. Invocando a letra da lei e tendo presente a “mens legislatoris”, em especial um Estudo prévio à intervenção legislativa emanado da Autoridade da Concorrência e a própria evolução legislativa no sector das comunicações electrónicas após a sua publicação, sustenta uma interpretação que restringe o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 56/2010 a contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas celebrados apenas com consumidores finais e

em que esteja em causa “a subsidiação de equipamentos, isto é, a entrega de telemóveis aos clientes, não sendo de aplicar em todas as outras (e múltiplas) situações em que estejamos perante uma subsidiação de tarifários ou de custos de instalação e ativação.”

Foi ainda junto aos autos pela apelante um Acórdão desta Relação, datado de 09.09.2013, relator: Abílio Costa, onde se discute caso idêntico ao dos autos. A opção tomada nesse aresto foi ao encontro do alegado pela recorrente; muito embora se dissentisse na asserção de que o DL. 56/2010 apenas regula relações entre profissionais e consumidores, entendendo-se que o mesmo visa qualquer utente, em geral, de serviços relativos a comunicações electrónicas, entendeu-se que não cabem na norma do citado art.2º do DL 56/2010 as situações em que a contrapartida pelo período de fidelização nada tem a ver com a oferta de equipamento a preços reduzidos sob pena de desresponsabilizar completamente o utente, pese a sua vinculação a um período de fidelidade.

A questão é exaustivamente escrutinada quer nas alegações de recurso da apelante quer no citado aresto jurisprudencial desta Relação do Porto. Os argumentos aduzidos são detalhadamente explicados sendo despidendo e redundante reproduzi-los novamente.

Procuremos, sim, analisa-los crítica e fundamentadamente.

No essencial, parece-nos que, de facto, será conveniente referir que, em termos legais, nada veda a previsão de cláusulas penais para os contratos em que não exista a oferta ou a entrega de equipamentos. Na verdade, analisado o Estudo da AdC e demais pareceres da ANACOM e da AdC juntos aos autos, existem, num mercado concorrencial como este, outras formas de promoção e oferta de produtos em particular a subsidiação de tarifários, com uma repercussão prolongada no tempo, incluindo a do período de fidelização, mas irradiando para além deste.

Assente este pressuposto, teremos de concluir inexistir esta pretendida relação umbilical entre a consagração de uma cláusula penal e a entrega de um dado equipamento (telefónico ou outro).

Admite-se, por isso, que a cláusula penal exista também para compensar os diversos operadores de outros custos que não se reportam propriamente ao equipamento físico, em especial os descontos nas chamadas ou as ofertas promocionais ao nível do tarifário aplicável. Esses descontos diluem-se necessariamente no tempo e legitimam a salvaguarda de um determinado período de permanência acordado com o cliente. De outro modo, nas situações em que não se verifica a entrega de equipamentos mas em que se consagram, por exemplo, descontos nas tarifas nada protegeria o operador de um incumprimento do consumidor perdendo aquele, inelutavelmente, o custo dessa promoção, para além de se tornar inócua, em concreto, a fixação de um período de fidelização.

A realidade comercial em apreço que o legislador terá querido regular imporá assim uma distinção entre os custos de compatibilidade (desbloqueamento de equipamento) ao qual não poderão ser associadas irrestritas cláusulas penais, de modo a potenciar a mobilidade dos consumidores (incluindo-se todos os utentes e não apenas os consumidores), e os custos contratuais propriamente ditos resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses; ora, neste último caso, admite-se que o consumidor tenha como contrapeso à concessão de descontos e ofertas, a obrigação de permanecer junto da operadora pelo período acordado pelos contratantes.

Deste modo, estaríamos perante um caso concreto em que não se aplica o Decreto-Lei n.º 56/2010 que se cingirá aos denominados custos de compatibilidade; neste sentido, veja-se o disposto no art.2º, nº2, al.h) da Lei 51/2011 que aparta justamente do seu âmbito de aplicação “o regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no DL. 56/2010, de 1 de Junho”.

Estaremos, portanto, no âmbito da aplicação do artigo 48.º, nº2 da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei nº5/2004, na redacção introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro) que estabelece poderem as operadoras estabelecer períodos contratuais mínimos sendo que em caso de cessação antecipada do contrato decorrente de vontade do consumidor, as operadoras podem cobrar os encargos decorrentes de tal cessação, nomeadamente os encargos não relacionados com o equipamento.

Este entendimento resulta, também, do disposto no n.º 5 do mesmo artigo 48.º da LCE (aditado pela Lei n.º 51/2011), no qual se prevê que: “Sem prejuízo da existência de períodos contratuais mínimos, nos termos do número anterior, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador

de serviço por parte do assinante.”

Ou seja, o legislador permite o estabelecimento de cláusulas penais em caso de incumprimento dos períodos contratuais mínimos conquanto que tais condições não sejam desproporcionadas ou sejam excessivamente onerosas; o que, “in casu”, não se logrou apurar.

A fidelização existe para compensar a operadora da despesa acrescida implícita na promoção que lhe está associada e a cláusula penal permite, por um lado, contrabalançar, através da fixação acordada de uma indemnização, o custo associado ao desrespeito pelo utente do compromisso assumido que tornou inútil o benefício concedido e, por outro, impede um ganho injustificado do utente que, não sendo penalizado pelo incumprimento, poderia obter os ganhos contratualizados com a operadora e concedidos por esta em função de uma permanência temporalmente assegurada sem depois ter qualquer ónus associado a uma ruptura antecipada com o acordado.

Em consequência, em linha com anterior decisão desta Relação, mantendo uniformidade nesse âmbito, procederá o recurso deduzido devendo a ré, para além do montante em foi condenada em primeira instância, a quantia de €5.166,10 acrescida de juros de mora, à taxa legal, contados desde a data da factura de fls. 36.

*

Sumariando (art.663º, nº7 do Código do Processo Civil):

I – O âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho, deve ser restringido aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas celebrados apenas com os respectivos utentes em que esteja em causa a subsidiação de equipamentos, isto é, a entrega de telemóveis, não sendo de aplicar designadamente nos casos de subsidiação de tarifários ou de custos de instalação e activação.

II – Deste modo, em termos legislativos, entende-se que a fidelização existe para compensar a operadora da despesa acrescida implícita na promoção que lhe está associada permitindo uma dada cláusula penal, acordada pelas partes, contrabalançar, através da fixação de uma indemnização, o custo associado ao desrespeito pelo utente do compromisso assumido, impedindo-se ainda um ganho injustificado desse utente que, não sendo penalizado pelo incumprimento, poderia obter os ganhos contratualizados com a operadora e concedidos por esta em função de uma permanência temporalmente assegurada sem depois ter qualquer encargo associado a uma ruptura antecipada.

III - Impõe-se assim um distinção normativa entre os custos de compatibilidade (desbloqueamento de equipamento) ao qual não poderão ser associadas irrestritas cláusulas penais, de modo a potenciar a mobilidade dos consumidores, e os custos contratuais propriamente ditos resguardados pelo operador através da fixação de um período de fidelização com um limite máximo de 24 meses sendo que, neste último caso, admite-se que o consumidor possa ser penalizado nas respectivas condições contratuais conquanto as mesmas não sejam desproporcionadas, de harmonia com o disposto nos arts.2.º, nº. al. h) e 48.º, nºs 2 e 5 da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei nº5/2004, na redacção introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro).

V - Decisão

Pelo exposto, decide-se, na total procedência do recurso, revogar parcialmente a sentença recorrida condenando-se assim a ré a pagar a autora, além do mais, a quantia de €5.166,10 acrescida de juros de mora, à taxa legal, contados desde a data da factura de fls. 36.

Custas pela apelada.

Registe e notifique.

Porto, 1 de Abril de 2014

José Igreja Matos

João Diogo Rodrigues

Rui Moreira