

Processo: 83925/13.6YIPRT.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: ANABELA DIAS DA SILVA
Descritores: INCUMPRIMENTO DO CONTRATO
CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO
CLÁUSULA PENAL
Nº do Documento: RP2014052083925/13.6YIPRT.P1
Data do Acórdão: 20-05-2014
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA
Indicações Eventuais: 2ª SECCÃO
Área Temática: .

Sumário:
I - O legislador regulou a situação de desbloqueamento de equipamentos no DL n.º 56/2010, de 1.06, definindo limites máximos para o serviço prestado, limites esses, relacionados com o valor do equipamento e com o momento em que o consumidor solicita o desbloqueamento do equipamento.
II - O período de fidelização contratual resulta de um acordo de vontades entre o operador do serviço e o consumidor, que tem de ser informado devidamente das condições em que o serviço será prestado, e para beneficiar de determinados descontos e ofertas compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato, nos termos acordados e pelo período de permanência ou de fidelização definido.
III – Relativamente ao incumprimento do contrato, por violação do período de permanência ou de fidelização previsto na Lei 5/2004, de 10.02, na versão dada pela Lei 51/2011, de 13.09 (Lei das Comunicações Electrónicas), o legislador não definiu limites concretos, nem requisitos específicos, cabendo às partes, como corolário da liberdade contratual, cfr. art.º 405.º do C.Civil, concretizar os montantes devidos em caso de incumprimento, proibindo apenas que “desproporcionados” ou “excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”, cfr. art.º 48.º n.º5”.

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

Apelação
Processo n.º 83925/13.6 YIPRT.P1
Tribunal Judicial da Maia – 2.º Juízo Cível
Recorrente – B..., SA
Recorrida – C..., Ld.ª
Relatora – Anabela Dias da Silva
Adjuntos – Desemb. Maria do Carmo Domingues
Desemb. José Bernardino de Carvalho

Acordam no Tribunal da Relação do Porto (1.ªsecção cível)

I – B..., S.A., com sede no ..., ..., na Maia, propôs no Tribunal Judicial da Maia a presente acção especial para cumprimento de obrigações pecuniárias contra **C..., Lda.**, com sede na ..., em Albufeira, pedindo que a ré seja condenada a pagar-lhe a quantia de €22.626,10, acrescida dos juros de mora vencidos e vincendos até integral e efectivo pagamento, contados à taxa legal.

Para tanto, alegou em síntese que no exercício da sua actividade, prestou à ré serviços, no montante de €22.626,10, incluindo o valor da cláusula penal contratualmente fixada pela quebra do vínculo, conforme discriminado nas facturas referidas no requerimento inicial, que a ré não pagou.

*

Pessoal e regularmente citada, em tempo útil, a ré não apresentou oposição.

*

Decidiu-se então que não estavam reunidos os pressupostos legais para conferir força executiva ao requerimento de injunção. E proferiu-se sentença onde se “ **julgou a presente acção parcialmente procedente e, em consequência, condenou-se a ré C..., Ld.ª. a pagar à autora B..., S.A. a quantia de €3.134,34 (três mil, cento e trinta e quatro euros e trinta e quatro cêntimos), acrescida dos juros de mora vencidos e vincendos, contados sobre as quantias de €636,87, €936,27, €1.106,12, €405,12 e €49,96, respectivamente, desde 28.12.2012, 28.01.2013, 28.02.2013, 27.03.2013 e 11.09.2013 até integral e efectivo pagamento, calculados às sucessivas taxas**

legais”.

*

Inconformada com tal decisão dela veio a autora interpor recurso de **apelação** pedindo a sua revogação e substituição por outra que condene a ré na totalidade do pedido. A apelante juntou aos autos as suas alegações que terminam com as seguintes e manifestamente prolixas 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 oferecido ou entregue a preços especiais 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 estipulação de cláusulas penais só é válida... quando a celebração e contratos é acompanhada pela oferta de equipamentos ou com a sua entrega a preços especiais.”
3. O objectivo 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 electrónicas): 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.”
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 subscreto, 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.”.

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 objectivo 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;

-(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 objectivo comum a diminuição dos custos de mudança, o legislador separou a forma como tal objectivo 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.

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 atractivos 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 activação do serviço (e não do equipamento).
35. Considerando que o objectivo do Decreto-Lei n.º 56/2010 é assegurar a protecção 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 respectiva rede ou oferta de instalação/activação dos serviços;
- (iii) pode conduzir ao desaparecimento das ofertas de adesão, de instalação e de activação, 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 activação.

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 "(...) a ré incumpriu efectivamente o contrato celebrado com a autora no que concerne ao período de permanência", 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 6.º 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 objectivo 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 efectuado 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 prevêm 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 realidade 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.

47. De tudo quanto ficou exposto, resulta que, a decisão proferida nos presentes autos violou o disposto nos artigos 9.º, 405.º e 810.º todos do Código Civil e o artigo 48.º da Lei n.º 5/2004 de 10.02 na redacção dada pela Lei 51/2011 de 13.09 ao não aplicar a cláusula penal convencionada entre as partes e, conseqüentemente, absolver a ré da indemnização nela prevista e peticionada nos autos.

48. Deverá, pois, a decisão proferida ser substituída por outra que julgue a cláusula penal válida e em face dos factos dados como provados condene a ré na totalidade do pedido.

*

Não foram juntas contra-alegações.

II – Da 1.ª instância chegam-nos assentes os seguintes factos:

1. A autora e a ré, sob proposta desta, celebraram um acordo escrito, a que foi atribuído o n.º

2. No âmbito do acordo aludido em 1., a autora entregou equipamentos à ré.

3. Na sequência do acordo aludido em 1., a autora iniciou a prestação dos seus serviços de telecomunicações, com efectiva utilização pela ré, tendo esta última usufruído de serviços no montante global de Eur. 3.084,38, conforme discriminado nas facturas juntas a fls. 62 a 65 dos autos, cujo teor se dá aqui por reproduzido.

4. A título de incumprimento contratual, a autora debitou à ré o montante de Eur.19.541,72 conforme discriminado na factura junta aos autos a fls. 65, cujo teor se dá aqui por reproduzido.

5. A autora remeteu à ré, que as recebeu antes das datas indicadas como sendo as de vencimento, as facturas aludidas em 3. e em 4..

6. A autora despendeu a quantia de Eur. 49,96, com as diligências de cobrança da dívida, tendentes a evitar o recurso à presente acção.

III – Como é sabido o objecto do recurso é definido pelas conclusões do recorrente (art.ºs 5.º, 635.º n.º3 e 639.º n.ºs 1 e 3, do N.C.P.Civil), para além do que é de conhecimento officioso, e porque os recursos não visam criar decisões sobre matéria nova, ele é delimitado pelo conteúdo da decisão recorrida. Sendo que ao presente recurso já é aplicável o regime processual no NCPC, por a decisão em crise ter sido proferida depois de 1 de Setembro de 2013.

*

Ora, visto o teor das alegações da apelante é questão a decidir nos autos:

– Do direito de exigir o pagamento da cláusula penal por incumprimento do contrato durante o período de fidelização contratado.

*

Por via da presente acção a autora peticionou da ré o pagamento da quantia total de €23.242,95, sendo €22.626,10 de capital e o restante de juros moratórios vencidos e outras quantias legalmente peticionáveis. Em concreto, tal montante de capital corresponde a três facturas e a parte de uma outra factura (nos montantes de €1.106,12, €636,87, €936,27 e €404,11) e diz respeito ao preço de serviços de telecomunicações que a autora prestou à ré e ainda a €19.541,72, correspondente às mensalidades em falta até ao termo do período contratual estipulado entre as partes e a título de indemnização pelo incumprimento contratual.

*

Como se sabe, os contratos devem ser pontualmente cumpridos, e o devedor que falte culposamente ao cumprimento da sua obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que cause ao credor, cfr. art.ºs. 406.º n.º 1 e 798.º, ambos do C.Civil. Assim, se o devedor, em geral, não realizar pontualmente a sua prestação, por culpa, e se com isso gerar ao credor prejuízo constitui-se na obrigação de o indemnizar no quadro da responsabilidade civil contratual.

Temos, pois, que a responsabilidade civil contratual decorre do incumprimento de uma obrigação anterior, como que em quadro de modificação do dever de prestar em dever de indemnizar. Os seus pressupostos são, assim, o facto ilícito contratual, a culpa, o dano ou prejuízo reparável e o nexo de causalidade adequada entre este e aquele (art.ºs 562.º, 563.º, 564.º n.º 1, 566.º, 798.º, 799.º e 808.º n.º 1 todos do C.Civil). Dir-se-á, em síntese, que a responsabilidade civil contratual ou obrigacional é a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito e culposo, é obrigado a indemnizar outrem dos prejuízos que lhe causou, cfr. art.ºs 483.º n.º 1, 762.º n.º 1 e 798.º, todos do C.Civil.

Entre os factos derivantes da responsabilidade civil obrigacional contam-se o não cumprimento de obrigações, a mora no seu cumprimento, o seu cumprimento defeituoso e a impossibilidade da prestação imputável ao devedor, cfr. art.ºs 798.º, 801.º n.º 1, 804.º n.º 1, 898.º, 899.º, 908.º, 913.º e 1223.º, todos do C.Civil).

*

Ora, no caso sub-judice, atenta a factualidade provada, dúvidas não há de que a ré incorreu em incumprimento contratual, uma vez que não obstante a autora lhe ter enviado as respectivas facturas, antes das datas indicadas como sendo as de vencimento, e de a ré as ter recebido, não as liquidou.

Com efeito, provou-se que, no âmbito do contrato celebrado entre a autora e a ré, aquela prestou a esta serviços telefónicos, contratados, cujo preço consta das respectivas facturas emitidas pela autora e em apreço nos autos.

Daí que a 1.ª instância tenha condenado a ré a pagar à autora a quantia total de €3.134,34, acrescida dos respectivos juros de mora, vencidos e vincendos.

A apelante não se insurge contra esta parte da decisão recorrida, insurgindo-se sim contra a parte em que, não obstante a 1.ª instância ter considerado que a ré efectivamente incumpriu o contrato celebrado com a autora no que respeita ao período de permanência ou de fidelização, conforme teor da cláusula 14.ª das “Condições Gerais Para a Prestação de serviços de Comunicações Electrónicas e Serviços Conexos” do contrato em causa, mais se considerou que a estipulação, “in casu” de cláusula penal só era válida quando a celebração de contratos é acompanhada da oferta de equipamentos ou da sua entrega a preços especiais. E como no caso dos autos, a autora não alegou que os equipamentos que entregou à ré, foram oferecidos ou cedidos a preços especiais (inferiores ao seu valor de mercado). Veio o tribunal recorrido a concluir que a cláusula penal peticionada pela autora, correspondente ao montante das mensalidades que se venceriam até ao fim do período de fidelização, é nula, em face do estipulado no DL 56/2010, de 1 de Junho, o que face à causa de pedir, expressamente, invocada, implicava, nesta parte, a improcedência do pedido.

*

Na decisão de 1.ª instância pode ler-se que “(...) a autora veio ainda peticionar a condenação da ré a pagar-lhe a quantia de Eur.19.541,72, correspondente às mensalidades em falta até ao termo do período contratual e a título de indemnização pelo incumprimento contratual.

(...) a este propósito importa considerar o disposto pelo DL n.º 56/2010, de 1 de Junho, aplicável ao caso em apreço em face do disposto no seu artigo 9º.

No que concerne ao objecto de tal diploma, estabelece o seu artigo 1º que: “O presente decreto-lei estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações electrónicas bem como pela rescisão do contrato durante o período de fidelização, garantindo os direitos dos utentes nas comunicações electrónicas e promovendo uma maior concorrência neste sector”.

Por outro lado, para além das quantias exigíveis pelo desbloqueamento de telemóveis, estipula o artigo 2º n.º 3 do mesmo diploma 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”.

Tal proibição legal é reforçada pelo artigo 8º do diploma em apreço, onde se estabelece expressamente que: “É nula qualquer convenção ou disposição que contrarie ou exclua o disposto no presente decreto-lei”.

Da análise dos preceitos supra citados, resulta evidente que o legislador pretendeu sacrificar de forma expressa o princípio da liberdade contratual, dando primazia à

promoção de uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas em Portugal.

Conclui-se, assim, que neste sector a estipulação de cláusulas penais só é válida – e com limites – quanto a celebração de contratos é acompanhada pela oferta de equipamentos ou com a sua entrega a preços especiais.

(...)

Em suma, a cláusula penal contratualizada é nula, o que – face à causa de pedir expressamente invocada - implica nesta parte a improcedência do pedido.

Saliente-se que as alterações legislativas verificadas em data posterior à entrada em vigor do DL n.º 56/2010, designadamente em matéria das comunicações electrónicas, não implica qualquer alteração ao entendimento acima sufragado, atentos os diferentes âmbitos de aplicação.

Com efeito, não foi revogado nenhum preceito do DL n.º 56/2010, nem foi estipulada qualquer outra forma de se proceder ao cálculo da cláusula penal.

Na verdade, apenas se prevê a possibilidade de serem estipuladas cláusulas penais pelo incumprimento do prazo de fidelização, sendo que quanto aos limites e à forma de cálculo dessa cláusula penal continua a vigorar o estabelecido no DL n.º 56/2010 (...).

*

No que respeita à cláusula penal propriamente dita, ou seja, à indemnização, por violação da “cláusula de fidelização”, correspondente às mensalidades que se venceriam até ao fim do período de fidelização, não deixa de constituir um preço, pelo serviço globalmente considerado e é uma cláusula acessória do núcleo do contrato e quer pela sua localização sistemática, e, muito particularmente, pela sua articulação lógica com o n.º 1 do art.º 811.º, o art.º 810.º n.º 1, também, do C.Civil, ao referir-se à “indemnização exigível”, cujo montante pode ser, previamente definido, através de cláusula penal, tem em vista as situações de inadimplemento, cumprimento a destempo ou cumprimento defeituoso da obrigação.

A cláusula penal resulta de um acordo das partes e tem como finalidade a fixação antecipada de uma indemnização, compensatória ou moratória, pelo incumprimento ou retardamento no cumprimento da obrigação, com intuito de se evitarem futuras dúvidas e litígios entre as partes, quanto à determinação do montante da indemnização, cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, in “Código Civil Anotado”, vol. II, pág. 75. Reveste uma função, fundamentalmente, ressarcitiva e tarifada, de natureza compulsória, agindo como meio de pressão sobre o devedor, mediante a ameaça de uma sanção pecuniária, com vista ao cumprimento pontual das obrigações que assumiu, mesmo que se prove que do seu incumprimento ou mora não adveio qualquer dano, cfr. Ferrer Correia e Henrique Mesquita, in “A Obra Intelectual como Objecto do Contrato de Empreitada”, ROA, Ano 45.º, 129 e ss; que não importa averiguar, em consequência da inexecução da obrigação ou da violação do contrato, nem determinar o seu montante, na hipótese da sua verificação, e bem assim como, igualmente, o respectivo nexo causal.

A cláusula penal “destinando-se a substituir a indemnização que seria arbitrada pelo juiz, é exigível nos mesmos casos em que essa indemnização poderia ser reclamada, supondo, portanto, em termos gerais, a inexecução da obrigação e a culpa do devedor, isto é, só pode ser efectivada se este, culposamente, não tiver cumprido o contrato”, cfr. Galvão Telles, in obra citada, pág. 439.

A cláusula penal (indemnizatória) como refere Pinto Monteiro, in “Cláusula Penal e Indemnização”, pág. 457 constitui “uma liquidação convencional antecipada dos prejuízos em caso de inexecução do contrato. Na situação de incumprimento, se estipulada uma cláusula penal, a indemnização corresponderá ao valor pactuado, a não ser que haja lugar à sua redução, face ao disposto no art.º 812.º do C.Civil, ou seja, convencionalizado o ressarcimento do dano excedente, nos termos do art.º 811.º n.º 2, do C.Civil, e é para esta última situação que se limita o valor da indemnização, nos termos do n.º 3 deste preceito, que não tem a ver com o valor da pena, quando não é pactuada a indemnização pelo dano excedente.

Trata-se, pois, de uma cláusula indemnizatória. Esta, embora não tenha uma função coercitiva ou de compulsão ao cumprimento, acaba por produzir também esse efeito, na medida em que alerta o devedor para os riscos que corre em caso de inexecução do contrato e, por isso, estimula o cumprimento voluntário das obrigações assumidas. Trata-se de uma indemnização fixada “a forfait”, invariável, só redutível por razões de equidade”.

*

A apelante defende que o diploma legal chamado à colação na sentença recorrida (DL 56/2010, de 1 de Junho) não tem aplicação ao caso em apreço nos autos e além disso foi feita dele uma interpretação errada que não tem acolhimento nem na letra da lei, nem no espírito do legislador nem nas regras gerais de direito civil, já que entende que

tal interpretação limita inadmissivelmente o princípio da liberdade contratual. Mais defende a apelante que entendeu-se na decisão recorrida, erroneamente, que há uma correlação estrita e absoluta entre a entrega dos equipamentos e a existência de cláusulas penais, pois que tais cláusulas penais seriam a contrapartida pela entrega do equipamento.

Finalmente diz a apelante que essa interpretação feita em 1.ª instância torna inútil o conteúdo das disposições da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, na actual versão dada pela Lei 51/2011, de 13 de Setembro) que prevêem, expressamente, a existência de períodos de fidelização, assim como o pagamento de encargos em caso de cessação antecipada do contrato pelos clientes.

*

Vejamos.

Como decorre do que acima já se deixou consignado, o tribunal de 1.ª instância julgou aplicável ao caso em apreço – pedido de pagamento da cláusula penal contratualmente convencionada, de montante igual às mensalidades que se venceriam até ao fim do período de fidelização – o regime previsto no DL 56/2010, de 1.06, tendo concluído que – “(...) neste sector a estipulação de cláusulas penais só é válida – e com limites – quanto a celebração de contratos é acompanhada pela oferta de equipamentos ou com a sua entrega a preços especiais”.

Ora, como se pode ler no preâmbulo do referido DL 56/2010, de 1.06, visou o legislador com o mesmo “(...) garantir os direitos dos utilizadores, facilitando a sua mobilidade, e proporcionar, também, uma maior concorrência no mercado das comunicações electrónicas.

Deste modo, em primeiro lugar, proíbe-se cobrança, pelos operadores de serviços de comunicações electrónicas, de qualquer contrapartida pela prestação do serviço de desbloqueamento dos aparelhos findo o período de fidelização.

Em segundo lugar, estabelece -se um limite ao valor cobrado pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento, durante esse período de fidelização.

Finalmente, em terceiro lugar, estabelece -se igualmente um limite ao valor que pode ser cobrado pelo serviço de desbloqueamento, sempre que não esteja previsto qualquer período de fidelização”.

Resultando expressamente do art.º 1 do dito DL 56/2010, que tal diploma tem por objecto: “O presente decreto-lei estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações electrónicas bem como pela rescisão do contrato durante o período de fidelização, garantindo os direitos dos utentes nas comunicações electrónicas e promovendo uma maior concorrência neste sector”.

Por serviço de desbloqueamento de equipamentos destinados ao acesso a serviços de comunicações electrónicas entende-se, de harmonia com o n.º5 do art.º 2 do referido DL “o serviço prestado pelo operador ou prestador de serviços que consiste na descarga de um software que permite o acesso do equipamento a outros operadores ou prestadores de serviços”, permitindo assim a mobilidade dos consumidores no sector das comunicações móveis e o fomento da concorrência.

É a este serviço de desbloqueamento de equipamentos que se reportam as proibições estipuladas no art.º 2.º do mesmo diploma legal, prevendo-se a sua ocorrência findo o período de fidelização contratual ou durante o mesmo. Sendo que durante este período de fidelização, regula-se também o valor da cobrança de contrapartidas pela resolução do contrato, entenda-se, denúncia do contrato por parte do consumidor. Mais se prevendo ainda que não existindo período de fidelização, pelo serviço de desbloqueamento do equipamento não pode ser cobrada uma quantia superior à diferença entre o valor do equipamento, à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídição, e o valor já pago pelo utente.

Por via do diploma legal em apreço estipula-se também no seu art.º 4.º, o prazo máximo do período de fidelização contratualmente fixado entre o operador de comunicações móveis e o consumidor, preceituando-se que “O período de fidelização não pode ter duração superior a 24 meses”. Entenda-se, período de fidelização contratual que só produz efeitos se estiver associado a um desconto, subsídição ou abatimento na aquisição de equipamentos.

Por fim, o art.º 8.º do DL 56/2010, de 1.06, fixa o seu carácter injuntivo, estipulando que “É nula qualquer convenção ou disposição que contrarie ou exclua o disposto no presente decreto-lei”.

Perante o que se deixou dito, e vista a questão em apreço nos autos, temos de concluir que não é à luz do DL 56/2010, de 1.06, que se encontrarão as normas que a regulamentem, contrariamente ao entendimento acolhido em 1.ª instância.

Sobre as comunicações electrónicas preceitua a Lei 5/2004, de 10.02, actualmente na versão dada pela Lei 51/2011, de 13.09 (Lei das Comunicações Electrónicas) que

“estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos e define as competências da autoridade reguladora neste domínio, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11, que altera a Directiva n.º 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, bem como a Directiva n.º 2009/140/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11, que altera as Directivas n.º 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos, e 2002/20/CE, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas”.

Estipulando esta Lei, logo no seu art.º 2.º, n.º2, al. h) que: “O disposto na presente lei não prejudica: 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”.

E vendo o n.º2 do seu art.º 48.º, decorre dele que: “A informação relativa à duração dos contratos deve incluir indicação da existência de períodos contratuais mínimos associados, designadamente, à oferta de condições promocionais, à subsidiação 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 subsidiação de equipamentos terminais”.

Preceituando o n.º3 do referido art.º 48.º da Lei 5/2004, de 10.02, na versão dada pela Lei 51/2011, de 13.09, que: “Os contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas celebrados com consumidores não podem estabelecer um período de duração inicial superior a 24 meses”.

Estabelecendo o n.º5 de tal preceito 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”.

Decorre assim do que se deixou consignado que o legislador regulou a situação de desbloqueamento de equipamentos no DL n.º 56/2010, de 1.06, definindo limites máximos para o serviço prestado, limites esses, relacionados com o valor do equipamento e com o momento em que o consumidor solicita o desbloqueamento do equipamento.

No que respeita ao período de fidelização contratual, o qual resulta de um acordo de vontades entre o operador do serviço e o consumidor, que tem de ser informado devidamente das condições em que o serviço será prestado, e para beneficiar de determinados descontos e ofertas compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato, nos termos acordados e pelo período de permanência ou de fidelização definido.

E no que respeita ao incumprimento do contrato, por violação do período de permanência ou de fidelização previsto na Lei 5/2004, de 10.02, actualmente na versão dada pela Lei 51/2011, de 13.09 (Lei das Comunicações Electrónicas), verificamos que o legislador não definiu limites concretos, nem requisitos específicos, cabendo às partes, como corolário da liberdade contratual, cfr. art.º 405.º do C.Civil, concretizar os montantes devidos em caso de incumprimento, proibindo apenas que “desproporcionados” ou “excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”.

*

“In casu” foi estipulado entre a autora/apelante e a ré, como resulta do teor da respectiva proposta de subscrição, um período de fidelização contratual de 24 meses. Está ainda alegado e provado nos autos que a autora/apelante, por via do contrato, entregou equipamentos à ré, mas não foi sequer alegado que esses equipamentos tenham sido cedidos, pela apelante à ré, a preços reduzidos relativamente aos preços de mercado, ou mesmo oferecidos gratuitamente. Logo, a situação em apreço nos autos não cabe na previsão do DL 56/2010, de 1.06.

Mas é certo que sob a cláusula 14.ª das “Condições Gerais Para a Prestação de serviços de Comunicações Electrónicas e Serviços Conexos” do contrato em causa nos autos, foi estipulado entre autora/apelante e ré uma cláusula penal para o caso do incumprimento do período de permanência ou de fidelização. O que sucedeu, validamente ao abrigo do princípio da liberdade contratual espelhado no art.º 405.º do C.Civil.

Essa cláusula importa, no caso em apreço, a quantia de €19.541,72.

A mesma poderia eventualmente afrontar a lei, caso se pudesse concluir, ao abrigo do disposto no n.º5 do art.º 48.º da Lei das Comunicações Electrónicas, a mesma era, em concreto, “desproporcionadas” ou “excessivamente onerosa e desincentivadora da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”.

Todavia, não existem nos autos quaisquer elementos de factos que nos permitam ajuizar da eventual desproporcionalidade, sensível e flagrante, do montante da dita cláusula (pena) face aos danos a reparar ao operador do serviço pelas contrapartidas que ofereceu ao consumidor, ou da sua eventual onerosidade excessiva e desincentivadora da mudança de operador pelo consumidor. Não podemos assim aquilatar se houve ofensa do princípio da boa-fé contratual, e/ou se tal cláusula patenteia manifesto desequilíbrio entre os interesses dos contratantes e a defesa da concorrência na oferta de serviços de comunicações electrónicas.

Destarte, nada obsta a que a autora/apelante exija da ré o pagamento da quantia de €19.541,72, a título de cláusula penal pelo incumprimento por parte desta do período de fidelização ou de permanência, tudo nos termos contratualmente estabelecidos. Procedem as conclusões da apelante.

Sumário – I - O legislador regulou a situação de desbloqueamento de equipamentos no DL n.º 56/2010, de 1.06, definindo limites máximos para o serviço prestado, limites esses, relacionados com o valor do equipamento e com o momento em que o consumidor solicita o desbloqueamento do equipamento.

II - O período de fidelização contratual resulta de um acordo de vontades entre o operador do serviço e o consumidor, que tem de ser informado devidamente das condições em que o serviço será prestado, e para beneficiar de determinados descontos e ofertas compromete-se a permanecer com aquele operador e a cumprir o contrato, nos termos acordados e pelo período de permanência ou de fidelização definido.

III – Relativamente ao incumprimento do contrato, por violação do período de permanência ou de fidelização previsto na Lei 5/2004, de 10.02, na versão dada pela Lei 51/2011, de 13.09 (Lei das Comunicações Electrónicas), o legislador não definiu limites concretos, nem requisitos específicos, cabendo às partes, como corolário da liberdade contratual, cfr. art.º 405.º do C.Civil, concretizar os montantes devidos em caso de incumprimento, proibindo apenas que “desproporcionados” ou “excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”, cfr. art.º 48.º n.º5”.

IV – Pelo exposto, acordam os Juízes desta secção cível em julgar a presente **apelação procedente**, e em alterar a decisão recorrida, condenando-se a ré, C..., Ld.ª, a pagar à autora/apelante, B..., S.A, ainda a quantia de €19.541,72, acrescida de juros moratórios, vencidos e vincendos, contados sobre tal quantia, desde 27.03.2013 e até integral e efectivo pagamento.
Custas pela apelada.

Porto, 2014.05.20

Anabela Dias da Silva

Maria do Carmo Domingues

José Carvalho