Acórdãos STJ

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 26399/09.5T2SNT.L1.S1
Nº Convencional: 2ª SECÇÃO
Relator: ROSA TCHING
Descritores: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
ELEVADOR
CLÁUSULA PENAL
NULIDADE
CONHECIMENTO OFICIOSO
QUESTÃO NOVA
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
CONTRATO DE ADESÃO
PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE
DECISÃO SURPRESA
Data do Acordão: 09-11-2017
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: REVISTA
Decisão: CONFIRMADA A DECISÃO
Área Temática:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO, PARTES E TRIBUNAL – PROCESSO DE DECLARAÇÃO / ARTICULADOS / CONTESTAÇÃO / RECURSOS / RECURSO DE REVISTA.
DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / NEGÓCIO JURÍDICO / NULIDADES E ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / CUMPRIMENTO E NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES / NÃO CUMPRIMENTO / FALTA DE CUMPRIMENTO E MORA NÃO IMPUTÁVEIS AO DEVEDOR / FIXAÇÃO CONTRATUAL DOS DIREITOS DO CREDOR.

Doutrina:

-Abrantes Geraldes, Recursos no Novo Código de Processo Civil, 4.ª Edição, 2017, 92 e 93;
-Almeida Costa e Meneses Cordeiro, Cláusulas Contratuais Gerais, 47;
-Almeno de Sá, Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas, 2.ª Edição, revista e aumentada, 2005, 259, 260 e 269;
-António Pinto Monteiro, O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão, Diálogos com a jurisprudência, Conferência proferida no Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 18 de maio de 2017, II Colóquio sobe o Código Civil, Comemorações do Cinquentenário;
-Carlos Ferreira de Almeida, Contratos, 2008, Almedina, 4.ª Edição, 194;
-Joaquim Sousa Ribeiro, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, DL n.º 446/85, de 25 de outubro, Coimbra, 1992, 5;
-José Manuel de Araújo Barros, Cláusulas Contratuais Gerais, DL n.º 446/85, Anotado Recolha Jurisprudencial, Coimbra Editora, 2010, 235;
-Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto, 3.ª Edição, 2013, 124 e 125;
-Lopes do Rego, Comentário ao Código de Processo Civil, Volume I, 2.ª Edição, 2004, 33;
-Menezes Cordeiro, Manual de Direito bancário, 3.ª Edição, 2008, 523 ; Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 415 a 417;
-Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 654 e ss.;
-Pinto Monteiro, Cláusula Penal e Indemnização, 75, 76, 594 e 598.

Legislação Nacional:

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): - ARTIGOS 3.º, N.ºS 3 E 4, 4.º, 5.º, N.º 1, 573.º, N.º 1, 629.º, N.º 1, 633.º, N.º 5, 635.º, N.º 3, 4 E 5, 639.º, N.º 1 E 671.º, N.º 3.
CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 286.º, 810.º, N.º 1 E 811.º, N.º 2.
LEIS DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS, APROVADA PELO D.L. N.º 446/85, DE 25.10, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS D.L. N.º 220/95, DE 31.08 E D.L. N.º 249/99, DE 07.07: - ARTIGOS 1.º, N.ºS 1 E 2, 3.º, N.ºS 1 E 2, 12.º, 15.º E 19.º, ALÍNEAS A), B) E C).

Legislação Comunitária:

DIRETIVA N.º 93/13/CEE, ARTIGO 6.º.

Referências Internacionais:

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE):

- DE 21-02-2013, IN HTTP//WWW.CURIA. EUROPA.EU.

Jurisprudência Nacional:

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- DE 07-01-1993, IN BMJ, Nº 423, 539 E SS;
- DE 21-10-1993, IN CJ. STJ, ANO I, TOMO 3, 84;
- DE 12-01-1995, IN CJ. STJ, ANO I, ANO III, TOMO 1, 19;
- DE 12-06-2007, PROCESSO N.º 07A1701, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 10-07-2008, PROCESSO N.º 1846/08, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 17-02-2011, PROCESSO N.º 1458/056.7TBVFR-A.P.S1;
- DE 29-10-2013, PROCESSO N.º 1410/05.2TCSNT.L1.S1, IN, WWW.DGSI.PT;
- DE 17-06-2014, PROCESSO N.º 233/200.C2.S1;
- DE 09-12-2014, PROCESSO N.º 1004/12.6TJLSB.L1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 05-03-2015, PROCESSO N.º 46/09.3TBSLV.E1.S1;
- DE 15-04-2015, PROCESSO N.º 385/12.6TBBRG.G1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 28-05-2015, PROCESSO N.º 1340/08.6TBFIG.C1.S1;
- DE 09-07-2015, PROCESSO N.º 1145/09.7TVLSB.L1.S1;
- DE 10-09-2015, PROCESSO N.º 1810/09.9TJLSB.L1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 10-03-2016, PROCESSO N.º 1602/10.2TBVFR-P.1.S1;
- DE 17-03-2016, PROCESSO N.º 549/08.7TBAMR.S1.G1;
- DE 05-05-2016, PROCESSO N.º 13161/14.2T2SNT.L1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 19-05-2016, PROCESSO N.º 645/12.6TVSB.L1.S1;
- DE 27-09-2016, PROCESSO N.º 240/11.7TBVRM.G1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 19-10-2016, PROCESSO N.º 3/13.5TBVR.G1-A.S1;
- DE 14-12-2016, PROCESSO N.º 200054/10.0T2SNT-L2.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 16-03-2017, PROCESSO N.º 2042/13.7TVLSB.L1.S1, IN WWW.DGSI.PT;
- DE 28-03-2017, PROCESSO N.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1, IN WWW.DGSI.PT;

-*-

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO:

- DE 24-11-2015, PROCESSO N.º 1069/13.3TBGDM.P1, IN WWW.DGSI.PT.

Sumário :

I. Não tendo a ré suscitado, na contestação, a questão da nulidade de uma cláusula contratual geral, tendo-o feito apenas em sede de alegações de recurso, nada impede o Tribunal da Relação de, no acórdão que conheceu da apelação interposta da sentença do Tribunal de Primeira Instância , apreciar tal nulidade, por, apesar de ser questão nova, ser de conhecimento oficioso.

II. Condicionante desse conhecimento oficioso é apenas o dever do juiz, imposto pelos princípios do contraditório, na vertente proibitiva de decisão surpresa, e da igualdade das partes, consagrados no art. 3º, nºs 3 e 4 e no art. 4º, ambos do CPC, de convidar as partes a pronunciarem-se sobre a questão da nulidade da cláusula contratual geral.

III. Para a aferição da adequação do conteúdo da concreta cláusula penal com a norma da al. a) do art. 19º do DL nº 446/85, de 25 de outubro, há que, através de um juízo objectivo e abstrato, reportado ao momento em que a cláusula penal é fixada, estabelecer uma relação entre os danos que normal e tipicamente resultam, dentro do quadro negocial padronizado em que o contrato se integra, e a pena contratual.

IV. É nula a cláusula penal inscrita em contrato de adesão de manutenção completa de elevadores e que estipula que "*em caso de denúncia antecipada pelo cliente, (...) terá direito a uma*

indemnização por danos, (...), no valor de 25% do preço para os contratos com a duração entre 10 e 20 anos", por impor uma indemnização desproporcionada face aos danos a ressarcir e, em consequência, ser proibida nos termos do disposto no artigo 19º, alínea c) do DL nº 446/85, de 25.10.

Decisão Texto Integral:

Acordam na 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

I – Relatório

1. AA, Lda, com sede em …, ..., concelho de Sintra, intentou a presente ação declarativa de condenação sob a forma de processo ordinário contra BB (Portugal) Empreendimentos Turísticos, S.A., com sede no edifício CC, Avenida …, nº …, em Lisboa, pedindo a sua condenação a pagar-lhe a quantia de €129.593,95 acrescida de juros de mora já vencidos no montante de €14.716,65 e dos vincendos até efetivo e integral pagamento.

Alegou, para tanto e em síntese, que a ré, em julho de 2008 e pretextando justa causa, resolveu sete contratos de conservação dos seus elevadores instalados no empreendimento "DD Hotel & Resort", sito em A….

Não existindo, contudo, justa causa para a resolução dos contratos, sobre a ré recai a obrigação de indemnizar a autora por aplicação da cláusula nº5.7.4 inserida nos contratos juntos a fls. 222 a 228.

2. A ré contestou, sustentando, no essencial, que a resolução foi justificada pelo incumprimento, grave e reiterado, das obrigações assumidas pela autora e concluindo pela improcedência da ação.

Deduziu reconvenção, pedindo fosse declarada a rescisão com justa causa de todos os contratos de manutenção celebrados entre autora e ré bem como a nulidade da cláusula 5.6 dos contratos celebrados entre autora e ré e a condenação da autora a restituir-lhe as quantias pagas e relativas ao lapso temporal em que alegadamente os vários contratos não foram cumpridos pela AA, no montante total de €116.949,03, acrescida de €20.135,00, a título de indemnização pelos custos incorridos que teve de suportar com outra empresa para levar a efeito as reparações urgentes dos ascensores, decorrentes do incumprimento contratual da Ré, no total de € 137.084,03, acrescida de juros computados desde a data de entrada em juízo do articulado até efectivo e integral pagamento.

3. Replicou a autora, declarando aceitar, para não mais ser retirado, o facto de a ré não ter questionado a validade da cláusula 5.7.4.

Alegou que não estava obrigada a comunicar as alterações legislativas à ré, sendo que os upgrades delas resultantes estavam excluídos dos contratos e que as cláusulas suscitadas pelas diferentes inspecções periódicas, sempre foram do tipo C3, nunca levaram à imobilização dos elevadores, nunca implicaram o cumprimento imediato, nem questões de fiabilidade e/ou de segurança para os utentes e para as próprias instalações, decorrendo na sua maioria de alterações legislativas que as justifica e/ou de situações excluídas do contrato.

Sustentou a falta de fundamento do pedido reconvencional, concluindo pela sua improcedência.

Mais argumentou que, mesmo que assim não se entendesse, o valor a entregar à ré seria sempre limitado ao critério referido nas cláusulas 5.6 dos contratos, as quais não são nulas, tendo os contratos sido negociados entre as partes e sendo iguais aos que a ré celebrou com a EE.

Alegou ainda que a defesa da ré, em face dos contratos que posteriormente celebrou, se não configurar litigância de má fé, configura, pelo menos, abuso de direito.

4. A ré apresentou tréplica, que foi admitida por decisão sumária proferida nesta Relação em 20 de Dezembro de 2011, no âmbito de apelação interposta pela Ré e que constitui fls 203 a 209 do apenso A.

5. Proferido despacho saneador, foram fixados os factos assentes e elaborada base instrutória.

6. Realizada a audiência de discussão e julgamento, foi proferida sentença, datada de 11.12.2015, que julgou a ação procedente, por provada, e improcedente o pedido reconvencional e, consequentemente:

a) condenou a ré BB (Portugal) Emprendimentos Turísticos, S.A. a pagar à autora AA Ldª, a quantia de 129.593,95, acrescida de juros de mora vencidos até 6 de outubro de 2009 no valor de € 14.716,65 e de vencidos e vincendos a partir de 7 de outubro de 2009 até efectivo e integral pagamento.

b) Absolveu a autora AA Ldª do pedido reconvencional contra ela deduzido.

c) Absolveu a ré BB (Portugal) Empreendimentos Turísticos, S.A. do

pedido de condenação como litigante de má fé.

7. Inconformada com esta decisão, dela recorreu a Ré/reconvinte para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão, proferido em 29.11.2016, alterou a decisão sobre a matéria de facto, revogou a sentença recorrida, na parte em que julgou a ação procedente, confirmando a mesma no tocante à decretada improcedência da reconvenção e, consequentemente, absolveu Autora e Ré dos pedidos reciprocamente deduzidos.

8. Inconformada com este acórdão, veio a autora interpor recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, terminando as suas alegações com as seguintes conclusões, que se transcrevem:

«A) A A. não se conforma com o segmento da decisão surpresa, de absolvição da Ré do pedido, daí o presente recurso.

QUESTÃO PRÉVIA

B) De páginas 16/24 a 18/24, e a propósito das respostas negativas dadas aos artigos 13e e 14º, o douto Acórdão recorrido inverteu essas respostas, mas, quando trata do "thema decidendum" ("II sobre a nulidade da cláusula 5.7.4") não retira as consequências dessa inversão, antes decide pela desproporcionalidade da cláusula penal facturada à Ré, relativamente aos danos a ressarcir, subsumindo-a à al. c) do art. 19º do DL 446/85.

C) De facto, e apesar da inversão dessas respostas (o que levava à violação pela A. do disposto nos artigos 3º, 5º e 6º do DL 446/85), nunca seria possível acalentar a ideia de que, "in casu", o "dever de informação" não foi cumprido, e daí a absoluta irrelevância dada a essa inversão, como, a A., nas suas contra-alegações na Apelação, já deixou tratada essa questão (nºs. 87 e ss.).

D) Acresce que, para os elevadores do "Grupo 2" (docs. Nºs. 2 a 7 da P.I.), a Ré negociou/alterou a Cl. "5.3.3", introduzindo uma "Condição Particular"em todos eles, para adiar a aplicação da regra da revisão anual do preço e celebrou o Aditamento de fls. 86 (doc. ne 8 da P.I.), pelo que, como se percebe, a Ré esteve sempre informada, não tendo o douto Acórdão recorrido retirado quaisquer consequências da inversão das respostas dadas àqueles artigos 13º e 14º.

DO "THEMA DECIDENDUM"

E) Salvo o devido respeito, aceitar que só porque na sua alegação a Ré suscita - pela lª vez -a questão, a mesma pode ser apreciada, é inadmissível: à A. não foi dada a hipótese de demonstrar os seus danos, no momento e sede próprios, afastando a eventual (e nunca alegada) desproporcionalidade. Nesse sentido, ver as seguintes decisões dos Tribunais Superiores:

• Nesse sentido: "II - Para que seja declarada oficiosamente a nulidade de um contrato face ao regime do DL 446/85, de 25-10, é necessário que, além de previamente estar assegurado o contraditório respetivo, constem dos autos como provados os factos que integrem a previsão do seu artigo l.º, 1", cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2015.09.01, Relator: Soares de Oliveira, Proc. 3012/12.8TBOAZ.P1, Apelação nº. 413/15, 5.ª Secção.

• Em igual sentido: "I - A excessividade ou onerosidade de uma cláusula contratual geral não se consubstancia em matéria de conhecimento oficioso", Ac. STJ de 20.09.2007, Revista n.º 2647/07 - 2.ª Secção, Relator: Oliveira Vasconcelos.

• Ainda: " *I - Encontrando-se as assinaturas dos outorgantes apostas na face do documento, que constituiu a proposta contratual impressa e, no verso, as cláusulas gerais, teriam estas, como vem sendo maioritariamente decidido por este Tribunal, de ter-se por excluídas do contrato singular, tudo se passando como se não existissem, a menos que o aderente queira prevalecer-se das mesmas.*

II - E o mesmo se passa relativamente à não entrega ao aderente de um exemplar do contrato, cuja invalidade só pode ser invocada pelo consumidor (n.- 4 do art. 72 do DL n.º 359/91, de 21-09).

III - Não cabe ao tribunal conhecer oficiosamente destas questões", Ac. STJ de 07.07.2009, revista n.º 369/09.1YFLSB - 2.ª Secção, Relator: Oliveira Rocha.

•E ainda: "I - *A eventual cláusula contratual geral deve ser examinada do ponto de vista da formação do acordo negocial, sendo necessário alegar e provar factos demonstrativos de que o contrato possui tal cláusula e que esta viciou a formação do acordo",* Ac. STJ de 25.11.1997, Processo n.º 318/97 – lª Secção, Relator: Aragão Seia.

•Sobre matéria similar: "I - *A invalidade que o DL 359/91, de 21-09, liga ao incumprimento do dever de entrega de um exemplar do contrato é uma nulidade atípica, já que, segundo o nº4, do art. 7 do citado diploma legal, apenas é invocável pelo consumidor.*

II - Não se trata de uma verdadeira nulidade, pois não é de conhecimento oficioso e apenas é invocável por um dos interessados (art. 2862 do CC)." Ac. STJ, 07.04.2005, Revista n.ºs 509/05 - 6.ª Secção, Relator: Salreta Pereira.

F) A ser assim, vão violados - desde logo - os artigos 3º, nºs. 3 e 4 e 4º do CPC, pois se a Ré o tem feito na Contestação, a A. podia responder a essa matéria de excepção, e carrear para os Autos a prova necessária para demonstrar os seus prejuízos, que, como todos concederão, os teve que ter, face ao "investimento" feito nos elevadores da Ré - 21 ao todo! - e para a satisfazer durante 20 anos com a mesma qualidade desde o "lº minuto", quando já iam decorridos, então, quase 12 anos de 20 (e daí a alínea G) dos Factos Provados).

G) Sem conceder, acresce que, e como refere o douto Acórdão recorrido ao remeter para o Acórdão - da mesma Secção - de Roque Nogueira (de 20.09.2011), o ónus de provar a desproporcionalidade cabe ao réu/devedor, e - também por esta via - não o tendo feito a Ré, ficava precludida essa apreciação.

H) O douto Acórdão recorrido, "ultrapassa" esse escolho evidente (e inultrapassável), através da afirmação, que se transcreve:

"Todavia cumprindo ao Tribunal conhecer oficiosamente da nulidade e dado que a cláusula condenatória se ancora e tem como contraponto uma fórmula tabelar e sem substância condensada na expressão "a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA", a aferição do desequilíbrio não carece de qualquer consubstanciação".

I) É exactamente a "natureza", o "âmbito" e a "duração dos serviços", que explicam a existência da sanção que a Ré aceitou ao contratar.

J) Como é consabido, no nosso ordenamento jurídico são proibidas as cláusulas de exclusão de responsabilidade, mas admitidas as de limitação dessa responsabilidade, como é o caso (e até poderá acontecer que, no final, os prejuízos sejam maiores, e a A. não pode cobrar mais do que ficou definido contratualmente); acresce que, as mais das vezes, os prejuízos são de difícil prova, e essa fórmula permite de maneira clara e precisa saber de antemão o risco que representa sair de uma relação contratual antes do tempo e de forma injustificada, como foi o caso.

K) O douto Acórdão recorrido, refere, e bem, que a Ré não questionou a Cl. "5.7.4" e apenas a validade da cl. "5.6" (para afastar o limite que esta impunha, em termos indemnizatórios, o que impedia a extensão quantitativa do seu pedido reconvencional), mas, paradoxalmente, essa atitude da Ré deveria ser valorada pela negativa: os valores facturados pela A. no âmbito da cl. "5.7.4" nunca foram questionados como excessivos e ficaram assentes; ela Ré, é que queria receber mais do que aceitou ser a responsabilidade da A. que ficara limitada ao contratar (aliás, a invocação da Cl. "5.6", só por si, é bem a demonstração de que a Ré conhecia os Contratos, e que, podendo alterá-los, não o quis fazer quando contratou, ficando indelével e esclarecidamente comprometida com os seus exactos termos).

L) É claro que o "consumidor", Ré, absolutamente diferenciado, com uma capacidade negocial invejável, profissional e esclarecida, se quisesse ter alterado - entre outras - a Cl. "5.7.4" o lograva fazer, e a A. não tinha outro remédio que não fosse aceitar, para não perder o cliente.

M) O douto Acórdão recorrido nem valoriza a circunstância de a Ré, ao sair da relação contratual com a A., celebrar contratos com a "EE", com cláusulas exactamente iguais (ver fls. 631 - Cl. "9.3"), e por acaso até mais gravosas, e ter beneficiado de descontos comerciais ao longo de 3 anos (ver fls. 619), que "cobriam" (ou pelo menso ajudavam a "cobrir"), obviamente, a indemnização que sabia que tinha de pagar à A., resolvendo os Contratos sem justa causa, como foi, reconhecidamente, o caso, o que representa "abuso de direito" flagrante.

N) É, de facto, absolutamente perverso, que:

1 - A Ré, depois - e apesar - de tudo o que alegou na 1^{3} Instância, "vietnamizando" o processo a cada passo, tenha sido condenada sem mácula,

2 - que tenha negociado com a "EE", praticamente o "encaixe" do valor que antecipava e sabia de forma consciente ter de vir a pagar à A., como o foi condenada a fazer, sem dúvidas e/ou quaisquer reservas,

3 - venha agora absolvida, e afinal, apenas, com base numa desproporcionalidade que não alegou ou acalentou sequer (nem à A.

foi dado o ensejo de contrariar).

O) A Ré estava absolutamente consciente da existência - e da extensão - da sanção em que incorria, caso pusesse termos aos Contratos sem justa causa, que até já havia negociado com a "EE" os "descontos comerciais" (absolutamente inusitados neste ramo, com esta extensão - 60%/30%/20% por ano! - no preço a pagar na manutenção) que a "cobriam", não havendo necessidade de atacar a cl. "5.7.4", quer quantitativamente {pois aceitou-a ao contratar), quer qualitativamente (pois já tinha o dinheiro "provisionado" para pagar à A.

P) Quanto mais não fosse, só por este facto, seria injusto revogar a decisão da 1ª Instância quanto à condenação da Ré, pois, não só não pagaria à A. o que aceitou pagar ao contratar numa situação dessas, como "encaixou" praticamente um valor igual da "EE" nos descontos anuais recebidos.

Q) O Acórdão do STJ, de 05.05.2016 (Salazar Casanova), citado no douto Acórdão recorrido, tem a virtude de precisar que se as cláusulas fossem objecto de negociação teriam sido consideradas válidas (nos termos do DL 466/85 deixava de ser um contrato de adesão), com as legais consequências; naquele caso, não o foram, mas, aqui, dúvidas não restam de que o podiam ter sido, assim quisessem os advogados da Ré, 37 com escritório na sua própria sede social em Lisboa.

R) Considerando os contornos do caso em concreto, a Ré podia, pacatamente (assim o quisesse...), influenciar o conteúdo dessa cláusula (e de todas as outras).

S) Acresce que, referir - como se lê no douto Acórdão recorrido - que "contratos com a duração de 20 anos compreendem uma fidelização compulsiva, absolutamente irrazoável e porventura subsumível à previsão do n9 2 do art. 280º do CC", é, salvo o devido respeito, errado. Na verdade,

T) Os elevadores são as máquinas mais duradouras do mundo quando bem assistidas, e elevadores há, em funcionamento, com mais de 50 anos (se pensarmos num electrodoméstico ou num carro, são concebidos para durar uns meros anos, findos os quais, se substituem; os elevadores não são descartáveis: é mais barato mantê-los, do que substitui-los por novos, como se faz aos electrodomésticos e mesmo

aos carros...).

U) A "manutenção completa", implica para a EMA responsável, que, durante a vida dos contratos e até ao "último minuto" das suas vigências, se obriga a manter os elevadores nos exactos estados de conservação e de funcionamento (a aqui eram 211), iguais - exactamente iguais - aos que tinham no minuto em que foram ligados; até ao fim dos contratos, e a "custo zero" para o seu proprietário (que só paga a conservação e nunca as peças constantemente aplicadas e que custam dinheiro a alguém...), a EMA responsável assume todo investimento e o risco (e daí o facto assente sob a alínea G)).

V) Tendo isto presente, a fidelização não é "compulsiva" (em cada ano que passa o cliente fica mais seguro, pois o equipamento vai envelhecendo e sofrendo desgaste), sendo assim absolutamente "razoável" o período contratado, e em benefício do cliente, sobretudo com o decurso dos anos.

X) O raciocínio no douto Acórdão recorrido, de que, apesar da sanção ser só 25% do valor a facturar até ao termo dos Contratos, ligado a 5 anos x 4 (de que os 25% seriam assim 100%), é falacioso e incompreensível.

Z) "In casu", para os elevadores do "Grupo *1"* (Contrato celebrado com início em 01.04.97), vem facturado o período de 7/2008 a 3/2017, já tendo decorrido 11 anos de contrato (doc. n^{9} 47 da P.I.), e para os elevadores do "Grupo *2"* (celebrados com início em 01.03.2000), vêm facturados os períodos de 08/2008 a 02/2020, já tendo decorrido mais de 8 anos dos contratos (docs. nos. 48 a 53 da P.I.); pelo que, sendo de 20 anos, a A. facturou os 25% como contratados, relativos à facturação prevista até aos seus termos, o que, para a Ré, pareceu-lhe bem, pois nunca pôs em causa essa facturação.

AA) A "décalage" relativa à diminuição das percentagens em função dos anos de vigência dos Contratos (100% - 50% - 25%), explica-se, exactamente, pela circunstância de a A. se ir ressarcindo do seu investimento ao longo dos anos.

BB) Depois, as CIs. "5.7.4" (Incumprimento do Cliente) e "5.6" (Incumprimento da A.), não são comparáveis, como o douto Acórdão recorrido parece querer comparar, ao citar os Acórdãos de 01.03.2012

e 19.04.2016.

CC) Perdoar-nos-ão, mas não são comparáveis:

1 - a Ré aceitou a Cl. "5.6" ao contratar,

2 - a Ré quis ver a Cl. "5.6" declarada nula, para poder reconvir acima do valor máximo que aceitou,

3 - as cláusulas ("5.7.4" e "5.6") não são comparáveis, sendo que a "5.6" nem implica o fim do contrato, pode ser aplicada - uma ou mais vezes - ao longo da vida do contrato, e, querendo, o cliente "sair" da relação contratual, em poucas horas muda de EMA e não tem, verdadeiramente, prejuízos que ultrapassem os 3 meses de facturação;

4- e finalmente, a "desproporcionalidade" afere-se pelos danos a ressarcir em concreto, e, nunca por nunca, por comparação a outra cláusula, pensada para um enquadramento diverso e incomparável.

DD) Registe-se a incursão do douto Acórdão recorrido, pela jurisprudência sobre esta matéria (a fls. 21/24-3º parágrafo), onde refere que, de um modo "quase" uniforme a vasta produção jurisprudencial vai no sentido sufragado.

EE) Não é por acaso que se sentiu a necessidade de pôr entre parêntesis a palavra "quase", pois, para além de não ser unânime o entendimento (sobretudo em contratos de "manutenção completa" como é o caso destes Autos), a mesma Secção, a Sétima da Relação de Lisboa, e em data recente, em 19.04.2016, com um "asa" que aqui é o Relator do douto Acórdão recorrido, mas um Relator diferente (Luis Espirito Santo), no Processo 848/14.9T8SNT.L1, deu razão à A. (sem qualquer voto de vencido para se ser coerente), condenando o réu na sanção, a cem por cento, de que vinha absolvido na 1§ instância (e, ainda por cima, para um contrato de "manutenção simples", sem peças incluídas).

FF) Não se compreende como é que, numa única e verdadeira questão de Direito, afinal igual (até em um Contrato de Manutenção Simples), o mesmo Relator do douto Acórdão recorrido (e ali "Asa" no assinalado), pode ter posições diferentes, sem que nesse tenha votado "vencido" pelas razões que agora aduz (se ali se reviu na decisão então tomada, como é que agora a cláusula não é válida).

GG) Finalmente, sempre se consigna que se podiam transcrever as

"N" decisões, favoráveis, em todas as instâncias, para fundamentar a posição da A., mas V. Exas., acedendo às mesmas, verão que, sobretudo em "manutenção completa", a corrente sufragada pelo douto Acórdão recorrido, não é de todo dominante e merece ser apreciada devidamente.

HH) A Ré, veio arguir - in extremis e já em recurso - que os Contratos dos Autos são *"subsumíveis ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais",* pretendendo a aplicação do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, previsto no Decreto-Lei n.º 446/86, de 25 de Outubro.

II) A análise da Ré é incorrecta e contrária à Lei, desde logo, porque em causa não estavam meros contratos de adesão, que se definem como *"aqueles em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado"*(cfr. Acórdão do Tribuna] da Relação de Coimbra de 06.03.2012, Proc. 97/10.5T2SW.C1, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt).

JJ) Se é certo que os Contratos dos Autos constam de um pré-impresso, naturalmente, proposto pela A., tal circunstância não os faz reconduzir, só por si, ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

KK) Dúvidas não restam que a A. explica os contratos, os clientes sugerem alterações e todas as cláusulas podem, em abstracto, ser alteradas, derrogadas e/ou suprimidas, assim tendo acontecido com a Ré, esclarecida e juridicamente muito bem acompanhada, desde sempre, que não o quis fazer, conformando-se com o figurino de base proposto.

LL) Diga-se, em todo o caso, que a Ré é uma pessoa colectiva, dotada de órgãos de administração e fiscalização (assessorada pela maior sociedade de advogados do país onde tem a sua sede social), que não se reconduz ao particular, incauto, que o Diploma das "Cláusulas Contratuais Gerais" pretendeu salvaguardar.

MM) Sendo possível à Ré alterar, adaptar, derrogar e/ou aceitar total ou parcialmente as *"condições gerais"* dos Contratos, forçoso é concluir que a fonte de obrigações entre as partes não é um Contrato de Adesão, como o define o artigo 1.2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de

25 de Outubro (e diplomas complementares).

NN) Sem prejuízo de partir de premissa errada - os Contratos celebrados entre as aqui partes não estão sujeitos ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais - é desprendida de fundamento a alegação de que a cláusula penal contratada é inválida.

OO) Convencionaram as partes, que em caso de denúncia antecipada e injustificada dos Contratos pela Ré, a A. poderia exigir dela - sem necessidade de prova dos prejuízos da A. - a título de indemnização, o valor correspondente a 25% das prestações em falta desde esses momentos e até aos termos dos mesmos.

PP) Na verdade, as inúmeras vantagens comerciais que a A. apresenta aos seus clientes -atendimento privilegiado, "in casu", um hotel de prestígio (o "DD" do Algarve), 21 elevadores, tempo de resposta, serviço 24H/365 dias por ano, disponibilidade de componentes, serviço de avarias, auditorias regulares, assunção da responsabilidade civil e criminal pelo funcionamento dos elevadores e o correspondente preço - têm por base a expectativa de que a manutenção da prestação dos serviços corresponderá ao tempo antecipadamente previsto pelas partes, diluindo-se nele.

QQ) Pelo exposto, é legítimo e razoável que um contraente que assegura as vantagens que a A. oferece aos seus clientes, tenha a salvaguarda de que os danos resultantes de uma cessação antecipada dos Contratos pela Ré, sem justa causa, como foi comprovadamente o caso, sejam devidamente ressarcidos.

RR) Até porque, se assim não fosse - se a A. não tivesse essa segurança - o preço mensal praticado pela manutenção dos 21 elevadores da Ré, seria obviamente superior (aqui em evidente benefício da Ré ao longo de quase 12 anos!).

SS) Trata-se de entendimento amplamente aceite pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme resulta, também e ainda, dos Acórdãos seguintes:

- *"IH-A jurisprudência não vem aceitando a aplicação deste regime do artigo 19g, n9 1, alínea c), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25/10 às cláusulas sancionadoras do incumprimento do acordo de permanência em contrato de adesão do tipo do dos presentes autos.*

IV- Na realidade, havendo incumprimento do período de fidelização - o que pode acontecer quando o "cliente" provoca, pelo incumprimento das suas obrigações, designadamente da de pagamento do serviço convencionado, a resolução do contrato por parte da fornecedora de serviço - vem sendo entendido que a exigência do pagamento das mensalidades fixas relativas ao período de vinculação deduzidas das já pagas não é excessivo, ou desproporcionado, pois que se trata de valores prefixados, cujo vencimento não depende da efectiva prestação do serviço, ou da utilização efectiva do equipamento, mas tão só o esperado ganho que a prestadora espera ter do acordo celebrado com período de permanência", cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27.05.2010, Proc. 4294/06.0YXLSB.L1-2, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt.

•*"1. A penalidade estabelecida para o incumprimento do contrato de fidelização*
corresponde ao pagamento integral das mensalidades do período de vigência do contrato não é desproporcionada;

2. Não deve, pois, ser considerada nula ao abrigo dos artigos 12º e 19º, al. c). do DL 446/85 (Cláusulas Contratuais Gerais)", cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26.09.2006, Proc. 5648/2006-1, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt.

•*"É de considerar facto notório, sem necessidade de recurso à experiência pessoal dos Juízes que exercem funções em Tribunais com competência cível, que os ditos períodos de fidelização insertos nos formulários dos contratos que a Ré apresenta aos seus potenciais clientes constituem uma necessária e inevitável contrapartida pelas vantagens comerciais (cujo exacto conteúdo já não é notório) concedidas com a concretização do negócio",* cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.06.2011, Proc. 3044/08.0YXLSB.L1-1, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt.

- Para terminar, deixa a A. notícia da parte final do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, há uns meses atrás (2016.01.21), pela 6º Secção - processo nº 6504/14.0T2SNT.L1 - Relatores Maria Teresa Pardal, Carlos Marinho e Anabela Calafate, que considerou a Cl. "5.7.4" como válida:

"É portanto, forçoso concluir que não estão reunidos os requisitos legais necessários para a resolução do contrato e, consequentemente, a cessação do contrato consubstancia uma revogação unilateral integrável no n° 1 do artigo 1170° e na alínea c) do artigo 1172° do CC, estando a ré obrigada a indemnizar a autora. Esta situação esta expressamente prevista nos contratos dos autos, na cláusula 5.7.4 (ponto 8 dos factos), por força da qual, tratando-se de contratos com o prazo de 20 anos, havendo denúncia antecipada pelo cliente, a autora

terá direito a uma indemnização no valor de 25% do preço das prestações até ao fim do contrato. A propósito deste tipo de cláusulas, que constituem cláusulas penais, previstas nos artigos 810° e seguintes do CC, tem vindo a ser entendido jurisprudencialmente que os contratos de manutenção de elevadores, como os dos autos, são contratos de adesão em que estas cláusulas, fixadas antecipadamente, em contratos que os particulares são obrigados a celebrar se quiserem ser utilizadores de elevadores, dirigidas para um número indeterminado de pessoas e impostas sem possibilidade de negociação, são cláusulas contratuais gerais, sujeitas ao regime do DL 446/85 de 25/10 e, consequentemente, sujeitas à cominação de nulidade prevista nos artigos 19° c) e 20 deste diploma, caso sejam desproporcionadas aos danos a ressarcir, nulidade essa de conhecimento oficioso, nos termos do artigo 286° do CC, ao contrário do que acontece com o regime geral de redução da cláusula penal prevista no artigo 812° do mesmo código, que não é de conhecimento oficioso. Este entendimento tem sido aplicado nos contratos com prazos de duração mais curtos, em que está prevista uma indemnização para a empresa de manutenção correspondente à totalidade do preço das prestações que seriam devidas até ao fim do contrato, sem levar em conta a inexistência de despesas e custos que a cessação do contrato também acarreta (cfr. acs RL 1/12/2015, P.688/13, 5/02/2015, P.8/13, 15/11/2007, P. 7505/2007 e RC 28/10/2014, P.3516/13, todos em www.dgsi.pt)

Não é, porém, o caso dos autos, em que a indemnização só abrange 25% desse preço, proporção que não se mostra excessiva, tendo em conta que, se é certo que a empresa não vai ter as despesas e custos que teria se o contrato durasse até ao fim, mas também vai deixar de ter o lucro correspondente.

É, portanto devida a indemnização reclamada pela autora pela revogação do contrato, improcedendo as alegações da apelante.

DECISÃO

Pelo exposto, acorda-se em julgar improcedente a apelação e confirma-se a sentença recorrida. Custas pela apelante."

TT) Convencionaram a indemnização com vista a dispensar o credor da - diabólica, quando não impossível - *"prova da extensão dos prejuízos sofridos, sendo o montante da indemnização aquele que as partes tiverem, previamente, acordado, prevenindo e evitando as dificuldades do cálculo da indemnização e a intervenção do juiz, para esse efeito, dispensando ao credor a alegação e a prova do dano concreto",* cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.04.2012, Proc. 605/06.6TBVRLP1.S1, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt

UU) Além do mais, *"era ao Réu, devedor, a quem competia provar a flagrante desproporção entre esses mesmos prejuízos e o valor acertado contratualmente em sede de fixação da cláusula penal, uma vez que se trata duma circunstância modificativa do direito invocado pela A., constituindo matéria de defesa por excepção (peremptória) - (artº 342º, nº 2, do Código Civil; artsº 487º, nº 2 e 493º, nº 3, do Cod.Proc. Civil)", ob. Cit.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.10.2010.

VV) Em igual sentido: *"Importa referir ainda que não tendo o Réu alegado eventuais despesas que a prestadora de serviços deixou de efectuar por causa da revogação antecipada do contrato, nem sendo possível afirmar a existência de uma relação causal entre a revogação antecipada e uma eventual redução dessas despesas, a indemnização por lucros cessantes corresponde ao valor das receitas projectadas para o período contratual em falta",* cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de fevereiro de 2015, Proc. 4747/07.2TVLSB.L1.S1, Relator: Abrantes Geraldes, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt.

XX) Não há assim, como resulta claro, qualquer desproporcionalidade entre a cláusula penal estipulada e os prejuízos sofridos pela A., sendo certo que tal desproporcionalidade sempre deveria ser alegada e provada pela Ré, e não o foi (nem sequer alegado), como referido já.

ZZ) O consumidor incauto, não esclarecido, mal informado, influenciáveis em presença, não é o do Legislador de 1985, a Ré sabia o que contratava, quis assim (e podia ter alterado tudo, tal era o seu poder negocial evidente), estava mais do que acompanhada do ponto de vista jurídico e na sua própria sede social, e ainda acordou pior com a "EE", que lhe fez o "desconto" trianual para poder "arrecadar" a maior parte do valor que viria a ter de pagar à A. e que esta claramente lhe viria reclamar e antecipava como inevitável.

87. Assim, cumprindo, formalmente, o art. 639º, nº 2, als. a) e b) do CPC, consigna a A. que:

A) Mostram-se violadas as seguintes normas:

Processuais - Art. 3º, nºs. 3 e 4; Art. 4º e Art. 573º (ex 489º, 1), todos do CPC;

Substantivas - Arts. 405º e ss., Arts. 1154º e ss., todos do CC

(incluindo o Art. 1172º do CC); e Arts. 1º, 2º, 5º nº 3, 6º, nºs. 1 e 2, 19º, al. c), todos do DL 446/85.

B) Os fundamentos jurídicos, para a sua interpretação e/ou aplicação, são os que antecedem e se dão por reproduzidos».

Termos em que requer seja concedido provimento ao recurso, e, em conformidade, ordenada a manutenção da decisão da 1ª Instância, na parte em que a R. foi justamente condenada no pedido, com as legais consequências.

9º- A Ré contra-alegou, pugnando pela improcedência do recurso da autora.

E veio interpor recurso subordinado nos termos do disposto no art. 633º, nºs 1 e 2 do CPC, terminado as suas alegações com as seguintes conclusões, que se transcrevem:

«I. Em sede de Contestação, veio a Ré solicitar o Tribunal que (i) fosse declarada a resolução com justa causa de todos os contratos de manutenção celebrados entre a agora Recorrente a Autora; (ii) fosse declarada nula a cláusula (de limitação de responsabilidade) 5.6 dos Contratos firmados; (iii) fosse a Autora condenada no pagamento da quantia de EUR 116.949,03,00, correspondente ao montante total das mensalidades pagas pela Reconvinte desde a data em que tomou conhecimento do incumprimento da daquela, até à data da resolução dos Contratos; (iv) fosse a Autora condenada no pagamento da quantia de EUR 20.135,00, a título de indemnização pelos danos emergentes do seu incumprimento contratual, nomeadamente as despesas decorrentes da reparação dos elevadores pela EE; e (v) fosse a Autora condenada no pagamento dos juros de mora vincendos sobre as quantias mencionadas em iii) e iv), computados desde a data de entrada em juízo da Contestação (30.11.2009) até ao efetivo e integral pagamento das mesmas;

II. Na Sentença proferida em Primeira Instância foi determinado que "*(...) é a defesa apresentada pela R., a título de excepção peremptória, julgada improcedente por não provada, concluindo-se pela inexistência de justa causa de resolução do contrato celebrado com a A." (página 29);*

III. Por seu turno, o Tribunal da Relação determinou que " *(...) a resolução decidida pela reconvinte não foi motivada por um qualquer facto ou circunstância que, por si só, tivesse tornado inexigível a*

continuidade da relação contratual, mas antes pela paulatina degradação da relação de confiança que foi ao ponto de levar a Ré a cometer a uma concorrente direta a verificação do estado dos elevadores cuja manutenção estava confiada à autora...(...) Concede-se que numa unidade hoteleira como as características do Hotel DD a justa causa não pode ser inferida a partir da constatação daquele risco [a segurança dos utentes], pois pequenas anomalias, sem impacto digno de registo num edifício de habitação ou se serviços, podem causar danos incalculáveis na sua imagem comercial (...) Como quer que seja e face ao decidido sobre a impugnação das respostas dos pontos 10, 11 e 12 da base instrutória, improcede a apelação no que concerne à invocada justa causa de resolução".
Entende a Reconvinte que, à semelhança do sucedido em Primeira Instância, mal andou o Tribunal da Relação;

IV. É absolutamente falso ter a Reconvinte *"aceitado"* ter *"denunciado"* os contratos: a denúncia é a cessação *ad nutum* de um contrato de duração indeterminada mediante pré-aviso. Neste caso, a Reconvinte promoveu a resolução dos contratos celebrados com a Autora invocando para tanto a competente justificação, o que corresponde à figura da resolução com justa causa. Não se pode desatender ao facto de que a *"justa causa"* no quadro do caso vertente tem contornos muito próprios.

V. O que num qualquer edifício pode ser considerado um deslize, ou até mesmo um problema menor, não pode, no Hotel DD, merecer menos do que uma resolução pronta e eficaz, de molde a manter o *standard* de qualidade pelo que os seus clientes almejam e pelo qual se pautam os serviços prestados naquela unidade. Por isso, a sistemática inclusão de cláusulas C3 (e, em alguns casos, de cláusulas C2, que determinam a paralisação do elevador) e a postura tolerante da Autora no sentido de sempre permitir que as mesmas fossem transitando de inspeção para inspeção, levaram a uma quebra da confiança que não permitia outra saída que não fosse a resolução dos Contratos com justa causa;

VI. Resulta do referido que, em vez de atuar preventivamente, como seria exigível num contrato de manutenção completa, a Autora parecia andar constantemente a *"correr atrás do prejuízo",* em consecutivas *correções* das desconformidades detetadas pelas entidades inspetoras, numa sucessão de eventos reveladora de que a Autora não estava a cumprir pontualmente as obrigações que sobre si impendiam por força dos contratos celebrados com a Recorrente, a pouco e pouco degradando a confiança que esta em si depositava no que respeitava à execução dos referidos acordos;

VI. Decorre igualmente da prova documental ter a Autora reiteradamente deixado de satisfazer as obrigações que para si decorriam dos contratos celebrados com a Reconvinte. Com efeito, por várias vezes sucedeu que defeitos assinalados num determinado ano permaneceram por regularizar dois anos depois. Tudo redundando num conjunto de circunstâncias reveladoras da reiterada inobservância, por parte da Recorrida, dos deveres que sobre si impediam por força dos contratos celebrados com a Recorrente: durante dois anos não foi capaz de levar a cabo as correções, reparações ou intervenções que se impunham e que eram recomendadas pelas entidades inspetoras. Perante o panorama descrito, a conclusão haveria necessariamente de ser a de que a cessação dos contratos promovida pela Reconvinte não fora de modo algum ilícita;

VIII. Com efeito, estando em causa prestações de serviços, e sendo subsidiariamente aplicável a negócios com tal objeto o regime do contrato de mandato - nos termos do artigo 1156.° do CC -, seria forçoso considerar a regra constante do artigo 1170.° do mesmo diploma, em cujos termos *"1.O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação.*

2. Se, porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa";

IX. Dito de um outro modo: ainda quando se não considerasse ter a Reconvinte tido justa causa para pôr termo aos contratos celebrados com a Autora, não se poderia deixar de entender que tal justa causa seria afinal desnecessária, uma vez que aos contratos em questão era aplicável o disposto no artigo 1170.°, n.°1, do CC;

X. Porém, como se viu já, nos presentes autos a sanção contratual é nula, por desproporcionada e excessiva (nos termos do artigo 19.°, alínea c), do regime da LCCG), pelo que, mesmo que se entendesse não ser suficiente a demonstração da livre revogabilidade dos Contratos sob escrutínio - nos termos do artigo 1170.°, n.° 1, do CC -, e que haveria ainda que ponderar a necessidade de se indemnizar a contraparte nos termos contratualmente fixados, no presente caso não restaria alternativa que não a de concluir pela inexigibilidade de qualquer compensação, dada a invalidade da cláusula na qual esta se basearia;

XI. Nessa medida, a Reconvinte resolveu com justa causa os Contratos celebrados com a Autora. Mas, mesmo quando se conclua que tal resolução com justa causa não ficou demonstrada - o que se não concede, e apenas por dever de patrocínio se equaciona -, imperioso será considerar que os contratos em questão, como prestações de serviços celebradas apenas no interesse da mandante (a Recorrente), eram livremente revogáveis, nos termos do artigo 1170.°, n.° 1, do CC;

XII. Não sendo, em qualquer caso, devida a compensação contratualmente fixada para o caso de denúncia antecipada, dada a invalidade da cláusula onde tal indemnização foi prevista, nos termos da alínea c) do artigo 19.° do regime das cláusulas contratuais gerais;

XIII. Um derradeiro escolho a ultrapassar no caminho da Reconvinte, de molde a obter vencimento na sua pretensão, encontra-se no teor da Cláusula 5.6 dos Convénios firmados, cláusula essa que reduz o valor exigível à Autora, em caso de incumprimento contratual, de forma a apenas prever que *"(...) a AA apenas responderá até à concorrência de valor de 3 meses da faturação do presente Contrato, como máximo de indemnização a pagar ao Cliente";*

XIV. Atendendo à *ratio* que presidiu cada uma das decisões proferidas no presente processo, nunca foi analisada a questão suscitada pela Reconvinte, no sentido de ser considerada nula a previsão constante de 5.6 dos Contratos celebrados. Porém, chegados a esta derradeira instância, impõe-se encerrar este litígio proferindo uma resolução a este propósito;

XV. À luz dos contornos do caso concreto, não se compreende, pois, porque razão na cláusula 5.6. se prevê perante uma situação de eventual incumprimento de banda da Autora, esta apenas *"responderá até à concorrência do valor de 3 meses de faturação",* quando sendo o incumprimento da Ré e, dependendo da duração do contrato, esta poderá ter que suportar a totalidade dos valores devidos até ao termo, sem receber a contraprestação correspondente. Neste caso, é por demais evidente a abusiva posição da Recorrida, propondo aquela cláusula nos contratos, revelando evidente desequilíbrio para idênticas situações de incumprimento;

XVI. Eis-nos, pois, no campo de aplicação da alínea c), do art. 18.° e da alínea c), do art. 19.°, ambos da LCCG que cominam com nulidade este tipo de cláusulas;

XVII. Assim sendo, importará cominar com nulidade a disposição de 5.6 dos Convénios firmados, à luz das disposições legais *supra* citadas, ou, no limite, através das normas gerais de direito civil, dado que esta é manifestamente uma cláusula atentatória à mais elementar boa fé que deve nortear as relações entre contraentes».

Termos em que requer a revogação da decisão recorrida e a sua substituição por outra que julgue procedente o pedido reconvencional.

10. A autora respondeu, suscitando a questão prévia da inadmissibilidade do recurso subordinado.

11. Dispensados os vistos, cumpre apreciar e decidir.

***

II. Questão Prévia da admissibilidade do recurso subordinado interposto pela ré/reconvinte.

A este respeito importa ter presente que:

Em sede de contestação, sintetizou a R. a sua defesa no incumprimento grave e reiterado por parte da A. das suas obrigações de manutenção dos ascensores, dado que as anomalias detetadas contenderam com a segurança dos utilizadores e, não obstante ter sido por diversas vezes interpelada para sanar tais anomalias, as mesmas mantiveram-se ao longo dos anos, tendo determinado irreversivelmente a quebra de confiança na A.

E, com base neste fundamento, deduziu reconvenção, pedindo que fosse:

(i) declarada a resolução com justa causa de todos os contratos de manutenção celebrados entre a agora Recorrente a Autora;

(ii) declarada nula a cláusula (de limitação de responsabilidade) 5.6 dos contratos firmados;

iii) a Autora condenada no pagamento da quantia de EUR

116.949,03,00, correspondente ao montante total das mensalidades pagas pela Reconvinte desde a data em que tomou conhecimento do incumprimento da daquela, até à data da resolução dos contratos;

(iv) a Autora condenada no pagamento da quantia de EUR 20.135,00, a título de indemnização pelos danos emergentes do seu incumprimento contratual, nomeadamente as despesas decorrentes da reparação dos elevadores pela EE;

E (v) a Autora condenada no pagamento dos juros de mora vincendos sobre as quantias mencionadas em iii) e iv), computados desde a data de entrada em juízo da contestação (30.11.2009) até ao efetivo e integral pagamento das mesmas.

Na 1ª instância, em 11.12.2015, foi proferida sentença que, considerando que a matéria de facto provada não permitia concluir por um incumprimento objectivo do contrato grave e reiterado por parte da A. que justificasse a resolução unilateral do mesmo, julgou a defesa apresentada pela R., a título de excepção peremptória, improcedente, por não provada, concluindo pela inexistência de justa causa de resolução do contrato celebrado com a A.

E, considerando ainda « *que o pedido reconvencional da R. tinha como pressuposto a justa causa na resolução do contrato e os danos por si sofridos em consequência do incumprimento da A*.» e que a R. não logrou *« provar o incumprimento contratual que imputou à A. e tão pouco que tivesse sofrido quaisquer danos de natureza patrimonial, fosse qual fosse a sua natureza, que fossem imputáveis à conduta da A*.», decidiu « *julgar improcedente, por não provado o pedido reconvencional e absolver a final a A. do mesmo, ficando prejudicado o conhecimento das segunda e terceiras questões*», e « *absolver a autora AA Ldª do pedido reconvencional contra ela deduzido*».

Em sede de recurso de apelação, o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação, em 29.11.2016, sem voto de vencido, considerou, a este respeito, que « *(...) a resolução decidida pela reconvinte não foi motivada por um qualquer facto ou circunstância que, por si só, tivesse tornado inexigível a continuidade da relação contratual, mas antes pela paulatina degradação da relação de confiança que foi ao ponto de levar a Ré a cometer a uma concorrente direta a verificação do estado dos elevadores cuja manutenção estava confiada à autora...(...) Concede-se que numa unidade hoteleira como as características do Hotel DD a justa causa não pode ser inferida a partir da constatação daquele risco [a segurança dos utentes], pois pequenas anomalias, sem impacto digno de registo num edifício de habitação ou se serviços, podem causar danos incalculáveis na sua*

imagem comercial (...) Como quer que seja e face ao decidido sobre a impugnação das respostas dos pontos 10, 11 e 12 da base instrutória, improcede a apelação no que concerne à invocada justa causa de resolução".

E com base nesta argumentação, que, no essencial[1], se mostra coincidente com a fundamentação da decisão da 1ª instância, confirmou a sentença proferida pelo tribunal de 1ª na parte em que julgou improcedente a reconvenção e absolveu a autora do pedido reconvencional contra si formulado pela ré.

Significa isto que, no que concerne à questão do incumprimento contratual imputado à autora e à invocada inexistência de justa causa para a resolução dos contratos por parte da ré, a confirmação em referência não repousa sobre fundamentação relevante essencialmente diferente da considerada pela 1ª instância, ocorrendo, por isso, uma dupla conforme das decisões.

E porque esta dupla conformidade de decisões é obstativa da admissibilidade do recurso de revista, nos termos do disposto no art. 671º, nº 3 do NCPC, aplicável ao caso dos autos por força do art. 5º, nº 1 da Lei nº 41/2013, importa indagar se esta limitação vale também relativamente ao recurso subordinado, porquanto o art. 633º, nº 5 do dispõe que:

« *Se o recurso independente for admissível, o recurso subordinado também o será, ainda que a decisão impugnada seja desfavorável para o respectivo recorrente em valor igual ou inferior a metade da alçada do tribunal de que se recorre*» .

No sentido negativo pronunciou-se a ré/reconvinte, estribando-se no Acórdão do STJ, de 19.10.2016 (proc. nº 3/13.5TBVR.G1-A.S1) que, na esteira da solução defendida pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, «ditada pela igualdade e pelo equilíbrio das partes», afirmou que, sendo admissível a revista principal, é admissível a revista subordinada, ainda que, quanto a esta, haja dupla conforme, por ser este o real pensamento legislativo e que só não foi explicitamente consagrado no citado art. 633º, nº 5 porque disso se não terá apercebido o legislador no momento em que procedeu à sua redacção, dizendo menos do que pretendia.

Com todo o respeito pelos defensores desta tese, julgamos não ser esta a interpretação mais consentânea com a lei.

É que se é certo consagrar o citado art. 633º, nº5 um desvio à regra da admissibilidade em função do valor da sucumbência, permitindo que o recorrente subordinado possa recorrer por dependência do recurso principal da contraparte, ainda que o não pudesse fazer autonomamente dada a limitação derivada do valor da sucumbência, não menos certo é que, segundo escreve Abrantes Geraldes[2], « esta

possibilidade apenas abarca as limitações ao recurso subordinado em função do valor da sucumbência. Já se forem determinadas pela ausência de outros requisitos (v.g. condicionamento ao recurso para o Supremo atenta a existência de dupla conforme relativamente à concreta questão decidida desfavoravelmente ou impedimento do recurso por outro motivo legal), a interposição do recurso principal não despoleta necessariamente a admissibilidade do recurso subordinado. Ou seja, o disposto no nº 5 apenas atenua os efeitos ligados ao pressuposto da recorribilidade conexo com o valor da sucumbência, nos termos do nº 1 do art. 629º, não tendo, por si, a virtualidade de abrir o acesso a outro grau de jurisdição quanto a decisões submetidas a outros regimes que impeçam ou condicionem a interposição de recursos».

E, segundo este mesmo autor, nada justifica a aplicação do regime do citado art. 633º, nº 5 em casos de dupla conforme, pois, « para além da falta de apoio na letra da lei (elemento literal), não se verificam em concreto nas situações de dupla conforme as razões (elemento racional ou teleológico) que levaram o legislador a admitir a agregação ao recurso principal do recurso subordinado impulsionado pela contraparte cujo decaimento seja inferior a metade da alçada da Relação, tanto mais que a norma do nº5 foi estabelecida na reforma processual de 1985/86, numa era em que nem sequer se previam limitações ao recurso de revista sustentados na dupla conforme (elemento histórico).

Neste mesmo sentido, refere o Acórdão do STJ, de 10.03.2016 (revista nº 1602/10.2TBVFR-P.1.S1) que « não se afigura que, face ao lapidarmente disposto na parte final do nº5 do artigo 633º, se possa concluir pela ocorrência de lacuna a preencher por via analógica de modo a contemplar, para os mesmos efeitos, a irrelevância da dupla conforme, sendo de salientar que aquela disposição foi mantida aquando a introdução deste novo limite de recorribilidade da revista». E, também não parece « que o princípio da igualdade das partes imponha, por si só, " a irrelevância do regime da dupla conforme no recurso subordinado" (…) nem que ocorra tratamento discriminatório, tanto mais que a irrecorribilidade em função do valor da sucumbência e em virtude da dupla conforme, ainda que repousando em razões de economia da jurisdição dos tribunais superiores, em especial, do Supremo Tribunal de Justiça, assenta, numa e noutra hipótese, em pressupostos algo distintos: aquela , de cariz quantitativo e, portanto acentuadamente formal, esta de natureza substancial, confinada ao âmbito da revista, ditada pela concordância dos julgados nas instâncias».

Nesta mesma linha de entendimento, que se perfilha, pronunciaram-se também os Acórdãos do STJ de 05.03.2015 (revista nº 46/09.3TBSLV.E1.S1), de 17.03.2016 (revista nº 549/08.7TBAMR.S1.G1), de 09.07.2015 (revista nº

1145/09.7TVLSB.L1.S1), de 17.03.2016 (revista nº 549/08.7TBMR.S1.G1), de 19.05.2016 (revista nº 645/12.6TVSB.L1.S1).

Por tudo isto e porque a decisão do acórdão recorrido constitui dupla conforme em relação à ré, nos termos e para os efeitos do nº3 do art. 671º do CPC, impõe-se concluir pela procedência da questão prévia suscitada pela autora e, consequentemente, pela inadmissibilidade do recurso subordinado interposto pela ré/reconvinte.

Termos em que não se toma conhecimento do objecto deste recurso.

***

III. Delimitação do objecto do recurso

Como é sabido, o objeto do recurso determina-se pelas conclusões da alegação do recorrente, nos termos dos artigos 635.º, n.º 3 a 5, 639.º, n.º 1, do C. P. Civil, só se devendo tomar conhecimento das questões que tenham sido suscitadas nas alegações e levadas às conclusões, ainda que outras, eventualmente, tenham sido suscitadas nas alegações propriamente ditas[3] .

Assim, a esta luz, quanto ao recurso da Autora, AA, Lda, as questões a traduzem-se em decidir:

1ª- Se o acórdão recorrido padece de nulidade por violação dos princípios do contraditório, na vertente proibitiva de decisão surpresa, e da igualdade das partes.

2ª- da validade da cláusula penal constante do ponto 5.7.4. das "Condições Gerais" dos denominados " Contratos AA Manutenção " celebrados entre a autora e a ré.

3ª- Do direito da autora ao montante peticionado.

***

IV. Fundamentação

4.1. Fundamentação de facto

As instâncias consideraram assentes os seguintes factos:

a) A A. tem como atividades principais o fornecimento, a montagem e a conservação de elevadores.

b) A R. tem como atividade:

I) a construção e desenvolvimento de projetos imobiliário-turísticos;

II) a aquisição e alienação de bens móveis e imóveis, incluindo a revenda de imóveis adquiridos para tal fim;

III) a urbanização, construção, bem como a administração de bens imóveis pertencentes à própria sociedade ou a terceiros;

III) a gestão de hotéis e estabelecimentos similares, incluindo aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos;

IV) a construção, promoção, administração e exploração de empreendimentos desportivos ou de animação turística e de estabelecimentos de restauração e bebidas.

c) A R. é proprietária do "DD Hotel & Resort", sito na Praia …, em Albufeira, empreendimento turístico onde tem instalados 21 elevadores, os quais até Julho de 2008 foram assistidos pela A.

d) Em 25/3/1997, a R. assinou com a A. documento escrito denominado "Contrato AA Manutenção", conforme teor do documento de fls. 30 a 37, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

e) Em 2/6/2000, a R. assinou com a A. seis outros documentos escritos todos denominados também "Contrato AA Manutenção", conforme teor, respetivamente dos documentos juntos de fls. 38 a 85, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

f) Em 31/12/2002, a pedido da R., A. subscreveu em conjunto com aquela, o documento escrito intitulado: “aditamento aos contactos de Manutenção nº NH 2…2 / 3 / 4 /5 /6 /7/8/9 - NH2…0, NH3…5, NHC 2..9/300/301/302/303/304/305/306/307/308/309/310, conforme teor do documento junto a fls. 86, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

g) Os acordos supra aludidos incluíam manutenção completa e daí as suas durações previstas de 20 anos cada, período durante o qual a A. se obrigava a manter os elevadores a funcionar e, nomeadamente, a “stockar” peças e a dar formação aos seus técnicos.

h) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NH2… 2/3/4/5/6/7/8/9/2500, incluía 9 elevadores, estipulava faturação mensal, tendo o seu período de vigência entre 1/4/1997 e 31/3/2017.

i) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC2…9/300 incluía 2 elevadores, estipulava faturação trimestral, tendo o seu início fixado em 1/3/2000 e duração até 28/2/2020.

j) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC3…1/3…2 incluía 2 elevadores, estipulava faturação trimestral, tendo o seu início fixado em 1/11/1999 e duração até 31/10/2019.

k) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC3…3/3… 4 incluía 2 elevadores, estipulava faturação mensal, tendo o seu início fixado em 1/10/1999 e duração até 30/9/2019.

l) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC3…5/3…6 incluía 2 elevadores, estipulava faturação trimestral, tendo o seu início fixado em 1/8/1999 e duração até 31/7/2019.

m) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC3…7/3… 8 incluía 2 elevadores, estipulava faturação trimestral, tendo o seu início fixado em 1/7/1999 e duração até 30/6/2019.

n) O acordo escrito supra mencionado em e) com o nº NHC3…9/3… 0 incluía 2 elevadores, estipulava faturação trimestral, tendo o seu início fixado em 1/3/2000 e duração até 28/2/2020.

o) Os serviços contratados pela R. à A. por meio dos aludidos acordos tinham inicialmente quanto ao acordo referido em h) o valor inicial (mais IVA) de Esc. 248.600$00 e os restantes referidos de i) a n) tinham o valor inicial (mais IVA) cada um de Esc. 53.800$00, valores estes que foram sofrendo entretanto atualizações em consonância com o acordado entre A. e R..

p) Até 2006 ocorreram atrasos nos pagamentos das faturas emitidas pela A. sobre a R..

q) O Delegado da A. enviou email à R. em 19/10/2006 com o seguinte teor: "Venho por este meio relembrar que a certificação dos elevadores de serviço dos edifícios C1,C2, C3, C4, C5 e C6, termina em 23-12-2006./ Aproveito para alertar que existe clausula cujo cumprimento deverá ser efetuado pelos serviços de manutenção do Hotel./ Anexo relatórios, as clausulas identificadas como cliente devem ser tratadas pelos vossos serviços", conforme documento de fls. 146, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

r) Por email de 16/11/2006, o mesmo Delegado da A. informou a R. que "o cabo desligado na casa das rodas do elevador nº 1 foi substituído hoje./ Substituição da caixa controlo de carga./ Em breve envio plano de ações para as restantes situações", conforme documento de fls. 147, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

s) A R. solicitou à EE, empresa concorrente da A., uma inspeção, pelo menos, aos elevadores do Grupo 1-Hotel, a que se refere o acordo mencionado em h), a qual, nessa sequência, veio a elaborar o documento escrito junto a fls. 148 a 165 e que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

t) Respetivamente, em 3/1/2007 e em 7/8/2007 os elevadores relativos aos acordos mencionados de i) a n) foram todos certificados, conforme teor, respetivamente, dos juntos fls. 167 a 178, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

u) A R. deixou passar os 60 dias da proposta da EE mencionada em s) e continuou a receber os serviços da A., tendo ocorrido entre 5/2/2007 e 9/2/2007 intervenção corretiva nos elevadores nºs 7 e 8 do

acordo referido em h), tendo o delegado da A. informado a R. de que durante o período de reparação os referidos elevadores não poderiam funcionar para os utentes, sendo a previsão de paragem por unidade de 3 dias, conforme teor do documento de fls. 179, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

v) A R., após reunião realizada em 5/1/2007, remeteu à A., em 6/3/2007, fax com o teor do documento junto de fls. 180 a 182, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais, anexando "Minuta do Acordo de Revogação de Contratos de Manutenção dos Elevadores para vossa análise e posterior envio da respetiva aprovação e/ou comentários".

w) A A. respondeu à R. enviando-lhe fax em 19/3/2007 com o seguinte teor: "(…) Em reunião de 5 de Janeiro de 2007 foi-nos transmitida a intenção de rescisão de todos os contratos que ligam as duas entidades./ Foi transmitido pela AA, Lda., na mesma reunião, da não concordância, com a base de sustentação da referida intenção de cancelamento. É nosso apanágio o cumprimento integral de todos os contratos de prestação de serviços celebrados. Deste modo, não nos é possível a celebração de Acordo de Revogação dos contratos de manutenção", conforme teor do documento de fls. 183, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

x) Não obstante esta troca de correspondência, a A. continuou a trabalhar nos elevadores da R., mesmo nos relativos ao acordo mencionado em h).

y) A A. remeteu à R. carta datada de 4/12/2007 reclamando o pagamento de valores em atraso no montante de €51.273,49, acrescidos de €2.134,87 a título de juros de mora, mais alertando a R. nos seguintes termos: "Para além de com este valor em dívida não termos como lhes garantir a mesma prioridade no atendimento a alguma situação de anomalia ao nosso centro de atendimento permanente – AA Line que a outros clientes que pagam regularmente, atendendo à antiguidade do mesmo seremos forçados a emitir os juros de mora acima mencionados caso não obtenhamos de V. Exas qualquer contacto nos próximos 10 dias no sentido de efetuar o pagamento ou chegar a um acordo nesse sentido (…)", conforme documento de fls. 186, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

z) A R. respondeu em 11/12/2007 por meio de carta dirigida à A.,

propondo a realização de uma reunião nos seus escritórios no dia 8/1/2008 pelas 10 horas, conforme teor do documento de fls. 187, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

aa) Sucederam os contactos entre A. e R..

bb) Em 19/5/2008 e em 30/5/2008, o ISQ certificou todos os elevadores do denominado Grupo 1, atinentes ao acordo referido em h), certificação de inspeção periódica que a A. remeteu à R. através das suas cartas de 27/5/2008 e 9/6/2008, conforme teor dos documentos juntos de fls. 188 a 202, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais, sendo que estes elevadores foram certificados com cláusulas "C3", tendo as mesmas que ser corrigidas até à inspeção obrigatória seguinte em 2010.

cc) Em 27/5/2008, a A. efetuou nova intervenção nos elevadores nºs 1 a 8 do referido Grupo 1, procedendo à substituição dos cabos de aço do sistema de para-quedas em todos os elevadores, substituição de acumuladores de alarme, substituição de iluminações de emergência nas cabinas e pinturas nas calhas metálicas na casa da máquina, do que aquela deu conta à R. por meio de carta da mesma data, informando-a de que tais trabalhos "importariam o valor de €4.532 caso não existisse o contrato de manutenção OM – COMPLETO", conforme teor do documento de fls. 203, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

dd) A R. enviou à A. carta de 18/7/2008 comunicando-lhe "a decisão da BB (Portugal) – Empreendimentos Turísticos, SA ("UIP") proceder à revogação, com efeito imediato, dos Contratos de Prestação de Serviços supra identificados [Contratos de manutenção de Elevadores NH2…2 (9 elevadores: NH2…2, NH2…3/4/6/7, NH2…5, NH 2…8/9 e NH 2500), NHC2…9/3..0, NHC 3…1/3…2, NHC 3…3/3…4, NHC 3…5/3…6, NHC 3…7/3…8 e NHC 3…9/3…0]. Como é do Vosso conhecimento, e não obstante as diversas comunicações mantidas, não foram adotadas por V. Exas, as medidas efetivas para assegurar o funcionamento pleno dos elevadores pelo que somos forçados a concluir que Vªs Exas. não levaram a cabo as devidas diligências para assegurar o pontual cumprimento daquilo a que contratualmente se comprometeram. Na verdade e conforme tivemos oportunidade de reportar a V. Exas na nossa reunião de 5 de Janeiro de 2007, os equipamentos dos elevadores apresentam um considerável nível de desgaste, degradação e até fugas de óleo (…) é

importante frisar que, apesar das pequenas intervenções urgentes realizadas por V. Exas., os problemas em questão foram menorizados mas não totalmente resolvidos, tendo já decorrido mais de um ano desde que solicitámos a sua regularização (…)", conforme teor do documento de fls. 204-205, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

ee) Em 30/7/2008, a A. enviou à R. fax e carta em correio registado de 31/7/2008, reiterando que a A. "tem cumprido escrupulosamente as obrigações decorrentes dos contratos celebrados (…) pelo que reafirmamos o anteriormente explicado em reunião com V. Exas., daremos cumprimento integral ao contrato de assistência por não considerarmos a existência de motivos justificativos da rescisão contratual. (…) tem a AA direito a ser indemnizada pela rutura extemporânea e sem fundamento dos contratos, a qual, neste caso, ascende ao valor de Eur. 107.995,09€, acrescido ainda de IVA, à taxa legal. Por isso, emitiremos a correspondente fatura, que esperamos, seja prontamente liquidada./ Por outro lado, como V. Exas decerto terão conhecimento, encontram-se vencidas e não pagas várias faturas no valor global de Eur. 8.643,27€, as quais deverão ser regularizadas de imediato. (…)", conforme teor dos documentos de fls. 206 a 211, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

ff) Em resposta a R., em 5/8/2008, enviou-lhe carta com o conteúdo do documento junto a fls. 212, cujo teor se dá aqui integralmente por reproduzido.

gg) Foi trocada entre A. e R. a correspondência revelada nos documentos juntos de fls. 213 a 219, cujo teor se dá aqui por reproduzido.

hh) Finalmente, a R. dirigiu ainda em 21/1/2009 carta à A. afirmando "não somos devedores de quaisquer quantias à V. sociedade, porquanto, invocámos aquando da comunicação da cessação dos contratos os fundamentos que consubstanciaram justa causa para a rescisão dos mesmos", conforme teor do documento de fls. 220 e 221, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

ii) A A. emitiu e enviou à R. as seguintes faturas: - FCC08…8 com vencimento a 5/8/2008, no valor de €52.256,86; - FCC08…9, com vencimento a 5/8/2008, no valor de €13.271,42; - FCC08…0, com

vencimento a 5/8/2008, no valor de €12.889,51; - FCC08…1, com vencimento a 5/8/2008, no valor de €12.794,04; - FCC08…1, com vencimento a 5/8/2008, no valor de €12.603,10; - FCC08…2, com vencimento a 5/8/2008, no valor de €12.507,60; e - FCC08…3, com vencimento a 5/8/2008, no valor de €13.271,42, conforme teor dos documentos de fls. 222 a 228, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

jj) A R. devolveu à A. todas estas faturas, conforme teor do documento junto a fls. 296 a 305.

kk) O problema referido em r) já havia sido detetado pela Associação Nacional de Inspetores de Elevadores e identificado no certificado de inspeção periódica de 2/5/2006.

ll) Os sinais pronunciados de corrosão das máquinas referidos nos documentos mencionados em t) já haviam sido denunciados nos certificados de inspeção periódica emitidos pela Associação Nacional de Inspetores de Elevadores em 2/6/2005, conforme teor dos documentos juntos a fls. 306 a 309, 310 a 311, 312 a 315, 318 a 321, 324 a 327, 330 a 334, 339 a 342, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

mm) Relativamente ao elevador NH2…5 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 345 a 347 e 348 a 350, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

nn) Relativamente ao elevador NH2…6 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 351 a 354 e 356 a 360, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

oo) Relativamente ao elevador NH2…7 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 351 a 354 e 356 a 360, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

pp) Relativamente ao elevador NH2…8 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 361 a 363 e 364 a 366, que no mais se dá aqui integralmente por

reproduzido para todos os efeitos legais.

qq) Relativamente ao elevador NH2…9 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 367 a 369 e 370 a 372, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

rr) Relativamente ao elevador NH2…2 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 381 a 383 e 384 a 387, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

ss) Relativamente ao elevador NH2…3 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 388 a 391 e 392 a 394, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

tt) Relativamente ao elevador NH2…4 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 395 a 398 e 399 a 400, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

uu) Relativamente aos elevadores NHC2…9/3…0 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 306 a 309, 310 a 311 e 409 a 412, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

vv) Relativamente aos elevadores NHC3…1/3…2 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 312 a 315, 316 a 317 e 413 a 416, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

ww) Relativamente aos elevadores NHC3…3/3…4 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 318 a 321, 322 a 323 e 417 a 421, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

xx) Relativamente aos elevadores NHC3…5/3…6 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 324 a 327, 328 a 329 e 422 a 426, que no mais se dá aqui

integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

yy) Relativamente aos elevadores NHC3…7/3…8 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 330 a 334, 335 a 338 e 427 a 432, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

zz) Relativamente aos elevadores NHC3…9/3…0 foi emitido o certificado de inspeção periódica conforme teor dos documentos juntos a fls. 339 a 342, 343 a 344 e 433 a 437, que no mais se dá aqui integralmente por reproduzido para todos os efeitos legais.

*

Da base instrutória:

aaa) Entre Março de 2007 e meados de 2008, a R. solicitou verbalmente à A. que procedesse às reparações que todos os elevadores exigiam em face dos certificados de inspeção periódica emitidos.

bbb) As situações reportadas no documento referido em S) e que ocorriam nos mencionados elevadores da R. tinham apenas que ver com a necessidade de modernização dos mesmos e decorriam do tráfego específico imposto aos mesmos.

ccc) Não implicando com a segurança das instalações e seus utentes.

ddd) Os elevadores da R. sempre funcionaram em segurança para os seus utentes.

eee) As cláusulas mencionadas nos relatórios de certificação dos elevadores não foram devidas a falta de manutenção dos mesmos elevadores por parte da A..

fff) Todas as que deviam ser supridas pela A. resultavam da utilização dos elevadores e ocorriam entre as visitas de manutenção.

ggg) A A. procedeu em 16 de Março de 2007 a uma intervenção de manutenção corretiva nos elevadores nº 7 e 8, a qual consistiu na substituição dos retentores do sem-fim da máquina de tração e na substituição dos cabos de aço da suspensão.

hhh) A limpeza dos elevadores era feita pela A. mensalmente, durante o intervalo das visitas, devido ao cabo de suspensão existente na altura, que criava sujidade junto da máquina.

iii) O que, porém, não afetava a segurança e o funcionamento dos elevadores.

jjj) As ausências dos autocolantes na porta de acesso às máquinas referidos nos certificados dos elevadores resultavam de os mesmos serem ciclicamente retirados pelos hóspedes do Hotel.

kkk) Nunca existiu o quadro da casa das máquinas a que se reportavam as notas de cláusulas do ISQ de colocação de um dispositivo de corte de alimentação.

lll) A 3ª nota mencionada no certificado a fls. 358 – folgas nos painéis das portas e existência de orifício resultavam da utilização do elevador e foram regularizadas na visita de manutenção seguinte.

mmm) O elevador a que se refere a nota de cláusulas de fls. 354-355 é um elevador de 2 velocidades, o que obriga com frequência à necessidade de ajustar o travão por forma a acertar a paragem ao piso.

nnn) A 1ª nota a mencionada nos documentos de fls. 363 e 369 e a 2ª nota mencionada no documento de fls. 396-397 representa apenas uma lâmpada fundida, que foi depois substituída.

ooo) O corrimão da cabine a que aludia a 2ª nota do documento de fls. 374 a 375 era o da instalação original.

ppp) Na instalação original não existia informação sobre o piso.

qqq) Na instalação originária não existia calha do cabo de alimentação aos sensores de excesso de carga.

rrr) A situação a que se referia a 1ª nota do documento de fls. 390 foi corrigida na visita seguinte da A..

sss) A 2ª nota traduzia situação resultante da utilização/desafinamento pelo uso e foi corrigida na visita seguinte da A..

ttt) A 3ª nota referida no documento de fls. 394 tem que ver com novas afinações tarefas cíclicas que a A. assegurou na sua visita seguinte.

uuu) A 3ª nota referida no documento de fls. 396-397 tinha que ver com a afinação do dispositivo de igualização da tensão dos cabos de suspensão.

vvv) O que resulta da utilização/desgaste e foi corrigido em cada conservação efetuada pela A..

www) A A. propôs à R. a correção de imediato da nota C2 referida no documento de fls. 399-400.

xxx) O que não foi por esta autorizado.

yyy) A 4ª nota referida naquele mesmo documento refere-se a afinações relativas à utilização/desgaste da instalação, a retificar em cada visita seguinte.

*

Da alteração da decisão sobre a matéria de facto pelo Tribunal da Relação:

zzz) O texto dos acordos supra referidos de D) a E) integrava um formulário que foi apresentado pela autora à Ré para subscrição, não tendo resultado de qualquer negociação prévia entre as partes (ponto 13 da base instrutória).

aaaa) Sendo que o mesmo formulário foi apresentado pela Autora à Ré apenas para que o aceitasse nos seus precisos termos ou o rejeitasse (ponto 14 da base instrutória).

*

Factos não provados.

Não se provou que:

- entre Março de 2007 e meados de 2008, a R. sucessivamente tivesse solicitado por escrito à A. que procedesse às reparações que todos os elevadores exigiam em face dos certificados de inspecção periódica emitidos.

- as situações reportadas no documento referido em s) e que ocorriam nos mencionados elevadores da R. colocavam em risco a segurança das pessoas e bens (ponto 10 da base instrutória).

- as mesmas tivessem implicado a substituição dos cabos de aço de suspensão, das hastes de suspensão para a cabine e o contrapeso dos nove elevadores em questão pela EE (ponto 11 da base instrutória).

- os sinais de corrosão evidenciados por todos os elevadores não resultavam do desgaste natural que qualquer equipamento técnico sofre, mas da forma como a A. Executava a sua manutenção (ponto 12º da base instrutória).

- a R. para suprir as "deficiências" dos elevadores que se mantinham teve que contratar outra empresa para o fazer, com o que despendeu € 20.135,00 (ponto 31 da base instrutória).

- na reunião referida em V), a A. aceitou a revogação de todos os contratos por acordo com a R. (ponto 32º da base instrutória).

***

4.2. Fundamentação de direito

*

4.2.1. Enquadramento preliminar: Aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais.

Como é consabido, a disciplina das cláusulas contratuais gerais surgiu da necessidade sentida pelo legislador, ante um comércio jurídico massificado, de encontrar mecanismos reguladores jurídicos eficientes para minorar, tanto quanto possível, as desvantagens inerentes à supressão ou redução da liberdade de negociação, com vista à reposição da igualdade nas relações jurídico-negociais.

Daí o campo de aplicação do DL nº 446/85, de 25 de outubro, não se restringir « às cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou a aceitar», contempladas no seu art. 1º, nº 1 e nas quais se incluem os denominados contratos de adesão[4], abrangendo também, por força do nº 2 deste mesmo artigo, as « às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar", abarcando os denominados contratos de adesão individualizados", que no dizer do Acórdão do STJ, de 17.02.2011 (revista nº 1458/056.7TBVFR-A.P.S1), constituem uma "figura híbrida", «onde a par de cláusulas que se mantêm inalteráveis de contrato para contrato, suportam todavia a inserção de disposições específicas moldadas no interesse das partes e em particular do aderente».

Ora, resultando dos factos dados como provados que o texto dos denominados " Contratos AA Manutenção ", juntos a fls. 30 a 37 e de 38 a 85 dos autos, integrava um formulário que foi apresentado pela autora à ré para subscrição, caso o aceitasse nos seus precisos termos, e que não foi objecto de qualquer negociação prévia entre as partes[5], temos por certo que tais contratos, pelo menos no que concerne às respectivas "condições gerais", formaram-se, nesta vertente, pela adesão da ré a cláusulas contratuais gerais[6], prévia e unilateralmente fixadas pela autora (ou por terceiro) [7], encontrando-se, nessa medida, sujeitos à disciplina do DL n.º 446/85, de 25.10, com as alterações introduzidas pelos DL n.º 220/95, de 31.08 e DL nº. 249/99, de 07.07, que, tal como já se deixou dito, visa tutelar fundamentalmente a contraparte do utilizador, impedindo, através de uma intervenção fiscalizadora, o abuso de liberdade de conformação

do contrato por parte do utilizador.

Na verdade, a ré não pode influenciar o conteúdo das ditas cláusulas e, de acordo com o disposto no art. 1º, nº2 do DL nº 446/85 bem como no art. 3º, nº 1 e nº 2, 1ª frase da Diretiva 93/13/CEE, cujos ditames enformam, por via do DL nº 220/95, o regime legal das cláusulas contratuais gerais, tanto basta para se considerar preenchido o requisito da ausência de "prévia negociação individual" incluído no conteúdo legal de cláusulas contratuais gerais[8].

*

É, assim, à luz deste regime, que devem ser apreciadas as seguintes questões fundamentais suscitadas pela autora neste recurso de revista:

4.2.2. Nulidade do acórdão por violação do princípio do contraditório, na vertente proibitiva de decisão surpresa, e do princípio da igualdade das partes.

Invoca a autora a nulidade do acórdão recorrido por estar vedada ao Tribunal da Relação o conhecimento oficioso da cláusula 5.7.4. das condições gerais dos referidos contratos e configurar, nesta parte, decisão surpresa, com violação do disposto nos artigos 3º, nºs. 3 e 4 e 4º do CPC.

Mais alega, que se a ré tivesse invocado a nulidade daquela cláusula na contestação, em vez de tê-lo feito apenas em sede de alegações do recurso de apelação, podia a autora responder a essa matéria de exceção e carrear para os autos a prova necessária para demonstrar os seus prejuízos.

*

É certo que, no caso dos autos, a ré não suscitou, na contestação, a questão da nulidade da cláusula 5.7.4, tendo-o feito apenas no recurso de apelação, e que o acórdão recorrido, oficiosamente, considerou a dita cláusula proibida pelo art. 19º , al. c) do DL nº 446/85,de 28.10 e, como tal, nula.

É igualmente certo resultar do disposto no art. 573º, nº 1 do NCPC (correspondente ao art. 489, nº 1, em vigor à data da apresentação dos

articulados) que a defesa do réu está sujeita ao ónus da concentração na contestação, sob pena de preclusão, e constituir jurisprudência pacífica dos nossos tribunais[9] que os recursos não se destinam a apreciar questões novas, que não foram oportunamente suscitadas.

A verdade, porém, é que, de acordo com a orientação pacífica deste Supremo Tribunal[10], que se perfilha, a inadmissibilidade de levantar questões novas nos recursos não se coloca relativamente às questões de conhecimento oficioso e que ainda não tenham sido decididas.

Daí que, sendo a nulidade de conhecimento oficioso, nos termos do art. 286º do C. Civil, pode a Relação, em recurso de apelação, conhecer da nulidade de cláusulas contratuais, apesar e só nas alegações da apelante tal nulidade ser suscitada.

De resto sempre se dirá, na esteira do afirmado no citado Acórdão do STJ, de 27.09.2016, que à luz do disposto no art. 6º da Diretiva 93/13/CEE[11] e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia[12], constitui dever dos tribunais nacionais suscitar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual.

Desta forma, apesar da recorrida não ter levantado a questão da nulidade da cláusula 5.7.4 das condições gerais no tribunal de 1ª Instância e a respetiva sentença dela se não ter ocupado, nada impedia o Tribunal da Relação de, no acórdão que conheceu da apelação interposta daquela sentença, apreciar tal nulidade, por, apesar de ser questão nova, ser de conhecimento oficioso, exigindo-se, apenas, como condicionante desse conhecimento, que o tribunal dê oportunidade de pronúncia às partes.

Trata-se de uma exigência imposta pelo princípio do contraditório, na vertente proibitiva de decisão surpresa, consagrado no art. 3º, nºs 3[13] e 4 do CPC, do qual decorre para o juiz o dever de, antes de dirimir uma questão de conhecimento oficioso que as partes não tenham suscitado, convidá-las a pronunciarem-se sobre ela, seja qual for a fase do processo em que tal ocorra.

Segundo Lebre de Freitas[14], a consagração do princípio da proibição das decisões surpresa, resulta de uma conceção moderna e mais ampla do princípio do contraditório, com origem na garantia constitucional do Rechtiches Gehör germânico, entendido com uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

Mas, sem que isso possa significar, como muito bem adverte o

Acórdão do STJ de 17.06.2014 (revista 233/200.C2.S1), que o tribunal «discuta com as partes o que quer que seja» e que alivie as mesmas « de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão».

Dito de outro modo e nas palavras de Lopes do Rego[15], «a audição excepcional e complementar das partes, fora dos momentos processuais normalmente idóneos para produzir alegações de direito, só deverá ter lugar quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não for exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela ».

Ora o que se verifica, no caso dos autos, é que a ré suscitou a questão da nulidade da cláusula 5.7.4. nos termos do art. 19º, al. c) do DL nº 446/85,de 28.10, no recurso de apelação (cfr. ponto II das suas alegações - fls. 1315 a 1319- e conclusões XVII a XIX- fls. 1324), tendo a autora, nas suas contra-alegações, respondido a esta questão (cfr. pontos 116 a 125- fls. 1347 v a 1349v- e conclusões XIV a XX- fls. 1361 a 1362), pelo que o facto do Tribunal da Relação de Lisboa ter considerado procedente a apelação apresentada pela ré/recorrente e ter apodado de nula a cláusula 5.7.4 com base no art. 19º, al. c) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, não só não traduz uma violação dos princípios do contraditório e de igualdade das partes como não constitui uma decisão surpresa.

Deste modo, podendo e devendo o Tribunal da Relação de Lisboa conhecer oficiosamente a questão da natureza abusiva da cláusula 5.7.4 e respeitado o princípio do contraditório, improcede a invocada nulidade do acórdão recorrido, com o que improcedem também as conclusões vertidas nas alíneas alíneas A) a F).

*

4.2.3. Validade da cláusula penal constante do ponto 5.7.4. das "Condições Gerais" dos denominados " Contratos AA Manutenção" celebrados entre a autora e a ré.

Está em causa saber se esta cláusula penal inserta nos 7 contratos de manutenção completa de 21 elevadores celebrados entre as partes, com a duração de 20 anos, desrespeita o art. 19º, al. c) do DL nº 446/85, de 25.10, como decidiu o acórdão recorrido.

É o seguinte o teor da *Cláusula 5.7.4:*

«Uma vez que a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA, em caso de denúncia antecipada do presente contrato pelo Cliente, a AA terá direito a uma indemnização por danos, que será imediatamente faturada, no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado para contratos com duração até 5 anos, no valor de 50% das prestações do preço para contratos com a duração entre 5 e 10 anos e no valor de 25% do preço para contratos com duração entre os 10 e 20 anos».

*

O acórdão recorrido, considerou que a indemnização peticionada pela Autora tem por base uma cláusula penal patentemente desproporcionada aos danos a ressarcir, quer pela sua própria dimensão temporal interna, pois a sua duração de 20 anos apenas se compreende como uma fidelização compulsiva, quer pela desproporção da pena fixada de 25% do valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, concluiu que a mesma era proibida pelo artigo 19º, alínea c) do DL nº446/85, de 28 de outubro e, como tal, nula.

Por seu turno, defende a autora/recorrente a validade desta cláusula, por traduzir uma fixação antecipada do montante da indemnização, que liberta o credor do ónus da prova dos prejuízos sofridos, permitindo, de maneira clara e precisa, saber de antemão o risco que representa sair de uma relação contratual antes do tempo e de forma injustificada.

*

Vejamos, então, de que lado está a razão.

No que respeita à cláusula penal, estipula o art. 810º, nº1 do C. Civil que as partes podem «fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal».

No dizer de António Pinto Monteiro[16], este artigo contempla, tão

só, « uma das possíveis espécies de cláusulas penais, da cláusula de fixação antecipada da indemnização, que não impede que as partes, ao abrigo da liberdade contratual (art. 405º), estipulem outras espécies, designadamente uma cláusula penal em sentido estrito[17] ou propriamente dita e uma cláusula penal puramente compulsória[18] ».

Como se refere, no recente Acórdão do STJ, e 28.03.2017 (revista nº 2041/13.9TVLSB.L1.S1), através desta espécie de cláusula penal, as partes pré-avaliam o dano e liquidam-no de uma maneira invariável e privativa, o que significa que o devedor não está obrigado a ressarcir o dano efectivamente causado ao credor, a não ser que tenha sido pactuada a ressarcibilidade do dano excedente, nos termos do art. 811º, nº2 do C. Civil».

Ora, olhando para a cláusula 5.7.4 das condições gerais de cada um dos sete contratos de manutenção completa de elevadores celebrados entre a autora e a ré, dúvidas não restam estarmos perante uma verdadeira cláusula penal indemnizatória, na medida em que dela resulta ter a autora formulado o pedido de indemnização por danos, exclusivamente, ao abrigo da referida cláusula.

Trata-se, pois, de uma cláusula referente a uma fixação antecipada do montante de indemnização exigível em caso de denúncia do contrato.

Nas palavras do Acórdão do STJ, de 12.06.2007 (processo nº 07A1701), a utilização deste tipo de cláusulas «proporciona ao credor uma previsão segura e expedita da reparação a que terá direito, pondo-o ao abrigo das dificuldades e incertezas ligadas à prova do dano e ao apuramento do seu montante, constituindo factor de programação e de uniformização e, em especial, através da contenção de litigiosidade, de economia de meios e simplificação de processos». E dela o devedor colhe também benefícios, pois garante-lhe que « a indemnização não ultrapassará um certo valor e indica-lhe, de forma clara e precisa, as desvantagens a suportar em caso de violação contratual».

Todavia, há que reconhecer que, a par destas vantagens, este tipo de cláusula não deixa de comportar riscos consideráveis para o devedor, sendo das que mais potencialmente se presta à imposição de gravames injustificáveis, daí surgindo a necessidade sentida pelo legislador de estabelecer um limite ao conteúdo das cláusulas penais.

Ora, porque no caso dos autos já se decidiu estar a sobredita cláusula 5.7.4 sujeita à disciplina instituída pelo DL nº 446/95, importa, agora, apreciar a sua validade ante o preceituado no art. 19º, al. c) do DL nº 446/85, de 25.10, que proíbe, «*consoante o quadro negocial padronizado*», as cláusulas contratuais gerais que «*consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*».

Para aferir da adequação do conteúdo da referida cláusula com esta norma, há, assim, que estabelecer uma relação entre o montante dos danos a reparar e a pena fixada contratualmente, de modo a que se poder afirmar que há uma equivalência entre os dois valores.

Para tanto e na expressão de Joaquim Sousa Ribeiro[19], impõe-se atender, não aos danos do caso concreto, mas antes aos danos que «normal e tipicamente resultam, dentro do quadro negocial padronizado, em que o contrato se integra», segundo «critérios objectivos, numa avaliação prospectiva guiada por cálculos de proporcionalidade e valores médios usuais, tendo em conta factores que, em casos daquele género, habitualmente relevam na produção e na medida dos prejuízos»

E, por outro lado, apurar se a pena incluída na referida cláusula é, ou não, desproporcionada aos danos a ressarcir, por a mesma impor ao contratante que a ela fica sujeita um sacrifício desproporcionado e injustificado.

Sobre o sentido da expressão "quadro negocial padronizado", refere Almeno de Sá[20], que a mesma significa que «a valoração haverá de fazer-se tendo como referente, não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, mas o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior do todo do regulamento contratual genericamente predisposto».

Segundo Pinto Monteiro[21], o juízo valorativo sobre a proibição da cláusula tem de se operar em função das cláusulas tomadas na sua globalidade e de acordo com a generalidade dos padrões considerados, na sua compatibilidade e adequação ao ramo ou sector de actividade negocial a que pertencem, excluindo-se uma justiça do caso concreto.

No mesmo sentido, escreve Menezes Cordeiro[22] que «A referência ao "quadro negocial padronizado" pretende, justamente, explicitar que a concretização das proibições relativas deve operar perante as cláusulas em si, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo", nomeadamente se a cláusula penal é excessiva tendo em conta esse tipo de contrato, aferido em abstrato e não em concreto».

É também nesta linha de pensamento que a nossa jurisprudência vem decidindo, conforme se pode ver, entre muitos outros, dos Acórdãos do STJ, de 12.06.2007 (revista nº 07A1701), de 09.12.2014 (revista nº 1004/12.6TJLSB.L1.S1), de 05.05.2016 (revista nº13161/14.2T2SNT.L1.S1), de 14.12.2016 (revista nº 200054/10.0T2SNT-L2.S1), de 16.03.2017 (revista nº 2042/13.7TVLSB.L1.S1) e de 28.03.2017 (revista nº 2041/13.9TVLSB.L1.S1)[23], que é um juízo objectivo e abstracto que se deve fazer, reportado ao momento em que a cláusula penal é estabelecida, não havendo, por isso, que ter em conta as

circunstâncias concretas do caso, o que tudo significa que a aferição da adequação do conteúdo da concreta cláusula penal com a norma da al. a) do citado art. 19º, não se pode fazer quanto aos danos concretos do contrato em apreço, mas aos que normal e tipicamente resultam, dentro do quadro negocial padronizado, em que o contrato se integra.

Por outro lado e quanto ao que se deve entender por "desproporcionada", na expressão da al. b), do art.º 19.º do DL 446/85, de 25.10, à parte alguma dissonância doutrinal[24] e jurisprudencial[25] quanto à exigência de um certo grau de desproporção (manifestamente excessiva ou flagrante, sensível ou não manifesta), diremos, na esteira dos ensinamentos de Pinto Monteiro[26] e de José Manuel de Araújo Barros[27], não haver razão para estabelecer a este nível uma qualquer distinção, posto que a desproporção relevará sempre quando em favor do predisponente e atentatória da boa fé contratual que o mencionado DL nº 446/85 consagrou como princípio geral de controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, no seu art. 15º.

De realçar, como sublinha Almeno de Sá[28], que a aferição da proporcionalidade não emerge da ponderação de interesses individuais dos intervenientes, mas sim da ponderação dos interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas no negócio da espécie em consideração.

Ora, tendo em conta o teor da cláusula 5.7.4 das condições gerais do contrato concreto em causa e perspetivando em abstrato e objetivamente o seu funcionamento, diremos que, contrariamente ao que defende a recorrente, não se vê que a mesma vise apenas evitar a discussão sobre a reparação dos danos a ressarcir em caso de denúncia antecipada do contrato, dando a conhecer antecipadamente a todos os potenciais aderentes/clientes o valor da indemnização devida em caso de denúncia do contrato.

Desde logo, porque esta cláusula tem apenas aplicação aos potenciais aderentes/clientes da ora recorrente, já que, para o caso de denúncia por parte da autora/proponente, nada está previsto, sendo, por isso, manifesta a desigualdade das consequências para uma e para outra parte, o que, por sua vez, é bem revelador de que cláusula penal indemnizatória fixada tem um carácter acentuadamente compulsório, compelindo os seus aderentes a uma fidelização compulsiva.

E isso é tanto mais evidente se tivermos em atenção que, no caso em apreço os contratos celebrados entre a autora e a ré têm a duração de 20 anos.

Mas, à parte a denunciada desigualdade entre as posições das partes e porque a questão da desproporção da cláusula contratual geral, para efeitos de atuação da proibição contida no citado art. 19º, al. c),

coloca-se ao nível da sua própria estipulação, vejamos, então, se a cláusula 5.7.4. é, ou não, desproporcionada.

Assim e atendendo, para tanto, ao quadro negocial padronizado em que os contratos de manutenção celebrados entre a autora/recorrente e a ré/recorrida (constantes de fls. 30 a 85 dos autos) se inserem, verifica-se que o seu objecto consiste na prestação de «serviços de conservação, reparação e comunicação», envolvendo a inspeção, reparação e substituição de componentes, realização de testes de segurança, informação sobre alterações de regulamento e aconselhamento e formação sobre manobras de emergência.

E se é certo resultar dos factos dados como provados sob a alínea g) que a prossecução desta actividade implicava para a autora, a necessidade de "stockar" peças e de dar formação aos seus técnicos, o que a obrigou, certamente, a fazer algum investimento, a verdade é que não se vê que a denúncia antecipada de um contrato de manutenção completa de elevadores, com a consequente perda de um cliente, possa ter um impacto fortemente negativo na gestão do negócio da autora/recorrente, importando para a mesma a perda de utilidade de material ou equipamentos ou a necessidade de dispensa de pessoal.

Com efeito, importa salientar que a actividade da autora não se esgota neste tipo de actividade, pois que, conforme se vê dos factos dados dados como provados sob a alínea a), para além da manutenção de elevadores, a mesma tem ainda, como actividades principais, o fornecimento e a montagem de elevadores.

Por outro lado, há que reconhecer que a gestão do negócio da autora é feita em função de uma pluralidade de clientes/aderentes e não apenas em função de um só cliente, pelo que os custos associados à exploração deste ramo de negócio têm de levar em conta o universo contratual em que a atividade da autora se desenvolve e terão de ser vertidos nos preços praticados e não necessariamente em indemnização calculada antecipadamente por recurso ao mecanismo da cláusula penal.

Vale tudo isto por dizer que, apesar de se aceitar que a denúncia antecipada do contrato de manutenção completa de elevadores por parte da ré/recorrida implica, seguramente, um dano para a autora/recorrente, é indiscutível que esse dano não se traduz, em regra, num prejuízo equivalente a 25% do valor de todas as prestações devidas até final do contrato, tanto mais que existem gastos associados à contraprestação da predisponente que nunca serão realizados.

E sendo assim, dúvidas não restam que a aplicação da cláusula 5.7.4. conduzirá sempre a uma superioridade manifesta da indemnização em relação ao montante dos danos normalmente previsíveis.

Daí falecer o argumento avançado pela autora/recorrente de que é a "natureza", o "âmbito" e a "duração dos serviços" contratos, que explicam a existência da sanção que a ré aceitou contratar; que a "décalage" relativa à diminuição das percentagens em função dos anos de vigência dos contratos (100%- 50%-25%) explica-se pela circunstância de a autora se ir ressarcindo do seu investimento ao longo dos anos e que o período contratado de 20 anos não só é "razoável" como o foi em benefício do cliente, sobretudo com o decurso dos anos, a verdade é que nada disto ressalta do teor da cláusula 5.7.4.

Com efeito, mesmo atendendo ao tipo de contratos em causa – de prestações duradouras - , ou seja, à luz do "quadro negocial padronizado", não se descortina, até pela forma tabelar, vaga e genérica como está redigida, que da parte inicial do texto da referida cláusula - *«Uma vez que a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA»,* se possa extrair qualquer referência ao valor dos danos a ressarcir, em caso de denúncia do contrato ou às razões que levaram a empresa à fixação de um período ressarcitório tão amplo.

E tanto assim é, que, tal como se afirmou no acórdão recorrido, esta fórmula vale tanto para os contratos com a duração de 5 anos como para os de duração entre 5 e 10 anos e entre 10 e 20 anos, quando é pouco provável que a denúncia dum e doutros contratos cause o mesmo impacto na estrutura empresarial da autora, o que é bem revelador de que, até na sua própria dimensão temporal interna, esta cláusula não é proporcionada.

É que, como salienta o acórdão recorrido, nesta perspectiva, as situações dos contratos equivalem-se, pois, se no caso do contrato ser de 5 anos, a AA tem direito a receber a totalidade do preço, no caso do contrato ser de 20 anos, a AA apenas recebe 25%, mas durante um lapso temporal quatro vezes superior.

Significa tudo isto não se vislumbrar qualquer razão válida e razoável para aferir a indemnização prevista nesta cláusula pelo "*valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado" e pelo prazo de duração dos contratos,* considerando-se devida, no caso de denúncia, *a totalidade das prestações nos contratos até 5 anos,* uma redução de 50% nos contratos entre 5 a 10 anos e de 25% nos contratos de 10 a 20 anos .

No fundo, a indemnização prevista nesta cláusula penal mais não é do que a resultante de uma operação aritmética, ou seja, multiplicar o número de prestações pelo número de meses em falta (para os contratos com a duração mínima de 5 anos) e descontar a este valor 50% ou 25% conforme o contrato tenha duração, respectivamente, entre 5 e 10 nos e entre 10 e 20 anos, o que tudo indicia, como se afirmou no Acórdão o STJ, de 05.05.2016[29] (revista nº

13161/14.2T2SNt.L1.S1) que esta cláusula penal indemnizatória «parece fundar-se num exclusivo interesse macroempresarial».

Por fim sempre se dirá, que se é certo, tal como afirma ao recorrente, que "desproporcionalidade" de uma cláusula penal não se afere por comparação a outra cláusula do mesmo contrato, não menos certo é que, tal como já se deixou dito, o juízo valorativo sobre a desproporção de uma cláusula também tem como referente o regulamento contratual genericamente predisposto e não é totalmente alheio ao princípio da boa fé contratual na medida em que uma cláusula "desproporcionada" revela sempre um desequilíbrio das prestações em detrimento do destinatário da cláusula.

E, nesta prespetiva, basta atentar no preceituado na cláusula 5.6. das condições gerais dos contratos em causa, para facilmente se constar que, para o caso de incumprimento do contrato imputável à AA, ela apenas responderá «*até à concorrência do valor de 3 meses de facturação AA do presente Contrato, como máximo de indemnização a pagar ao Cliente*», o que patenteia um manifesto desequilíbrio contratual de interesses e, no dizer do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24.11.2015[30] (proc. nº 1069/13.3TBGDM.P1 e em que estava em causa uma cláusula idêntica relativa a um contrato com a duração de 20 anos), evidencia a abusiva posição da autora.

Por conseguinte, tal como se decidiu no acórdão recorrido, impõe-se concluir que a cláusula 5.7.4. é proibida, por desproporcionada, nos termos do disposto no art. 19º, al. c) do DL nº446/85, de 25.10, o que acarreta a sua nulidade nos termos do art. 12º do mesmo diploma legal, ficando, deste modo, prejudicado o conhecimento da questão de saber se a autora tem direito ao montante peticionado.

Improcedem, pois, todas as conclusões da recorrente bem como o recurso por ela interposto, não merecendo qualquer censura acórdão recorrido que, por isso, será de manter.

***

III – Decisão

Pelo exposto, acorda-se em negar a revista, confirmando-se inteiramente o acórdão recorrido.

As custas do recurso são a cargo da autora, aqui recorrente.

***

Supremo Tribunal de Justiça, 9 de novembro de 2017

(Texto elaborado e revisto pela Juíza relatora).

Maria Rosa Oliveira Tching (Relatora)

Rosa Maria Ribeiro Coelho

João Luís Marques Bernardo

_____

[1] Sobre o alcance da locução "fundamentação essencialmente diferente", tem vindo a ser entendimento constante do STJ não bastar que a decisão da 1ª instância e o acórdão da Relação confirmativo daquela, sem vencimento, apresentem fundamentação diferente, exigindo-se que tal diferença se mostre essencial. E segundo o Acórdão do STJ, de 28.05.2015 (proc. nº 1340/08.6TBFIG.C1.S1) «Só pode considerar-se existente – no âmbito da apreciação da figura da dupla conforme no NCPC- uma fundamentação essencialmente diferente quando a solução jurídica do pleito prevalecente na Relação tenha assentado, de modo radicalmente ou profundamente inovatório, em normas, interpretações normativas ou institutos jurídicos perfeitamente diversos e autónomos dos que haviam justificado e fundamentado a decisão proferida na sentença apelada – ou seja, quando tal acórdão se estribe decisivamente no inovatório apelo a um enquadramento jurídico perfeitamente diverso e radicalmente diferenciado daquele em que assentara a sentença proferida em 1ª Instância».
[2] In, "Recursos no Novo Código de Processo Civil", 2017-4ª edição, págs. 92 e 93.
[3] Vide Acórdãos do STJ de 21-10-93 e de 12-1-95, in CJ. STJ, Ano I, tomo 3, pág. 84 e Ano III, tomo 1, pág. 19, respectivamente.
[4] Que pode definir-se como sendo "aquele em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociadas e a outra parte aceita essas condições mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhes é apresentado não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado. Cfr. Mota Pinto Teoria Geral do Direito Civil Coimbra Editora, 4ª Edição pags. 654 ss
[5] O ónus da prova de que uma cláusula resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretende prevalecer-se do seu conteúdo, ou seja, sobre o utilizador, o que significa que, se permanecer a dúvida, após a produção de prova, sobre se as cláusulas constituíram, ou não, objecto de negociação prévia, o tribunal deverá decidir como se não tivesse existido negociação.

[6] Segundo Menezes Cordeiro, in, "Tratado de Direito Civil Português", Parte Geral, tomo I, págs.- 415 a 417, as cláusulas contratuais gerais são proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar. Caracterizam-se pela sua generalidade – uma vez que se destinam a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados – e pela sua rigidez – são elaboradas sem prévia negociação individual, de tal modo que sejam recebidas em bloco por quem as subscreva ou aceite, não tendo os intervenientes possibilidade de modelar o seu conteúdo, introduzindo nelas alterações. De salientar que a circunstância de as ditas cláusulas poderem ser negociadas não lhes retira a natureza de cláusulas contratuais gerais, salvo prova de que o seu conteúdo resultou de negociação.
[7] Cfr. Pinto Monteiro, in " Cláusula Penal e Indemnização", págs. 75 e 76.
[8] Neste sentido, cfr. Carlos Ferreira de Almeida, in, "Contratos", 2008, Almedina, 4ª ed., pág. 194.
[9] Cfr., a título meramente exemplificativo, os Acórdãos do STJ de 07.01.1993, n, BMJ, nº 423, pág. 539 e segs e de 29.10.2013 (proc. nº 1410/05.2TCSNT.L1.S1), in, www.dgsi.pt.
[10] expressa, entre muitos outros, nos Acórdãos de 10.07.2008 (revista nº 1846/08), de 15.04.2015 (revista nº 385/12.6TBBRG.G1.S1) e de 10.09.2015 (revista nº 1810/09.9TJLSB.L1.S1) e de 27.09.2016 (revista nº 240/11.7TBVRM.G1.S1), todos publicados in www.dgsi.pt.
[11] Cujo art. 6º determina que os Estados-membros porfiem legislativamente na respetiva ordem interna de modo a que, imperativamente, as cláusulas abusivas não vinculem os consumidores.
[12] Cfr., entre outros, o acórdão de 21.02.2013, disponível in http//www.curia. europa.eu/-

Jurisprudência do tribunal de Justiça.

[13] Que estabelece que «O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem».
[14] In, "Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto", 3ª ed., 2013, págs. 124 e 125.2
[15] In " Comentário ao Código de Processo Civil", Vol. I, 2ª ed., 2004, pág. 33
[16] In " O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão – Diálogos com a jurisprudência- Conferência proferida no Supremo Tribunal de Justiça, em Lisboa, em 18 de maio de 2017, no "II Colóquio sobe o Código Civil- Comemorações do Cinquentenário".
[17] Que perfilham-se como uma alternativa à indemnização. O credor poderá optar pela pena, que não acresce à indemnização, antes a substituindo.
[18] Que são autónomas em elação à indemnização, acrescendo a esta. Têm um intuito de mero constrangimento ao cumprimento da obrigação, que não indemnizatório. Nessa medida, a pena é estipulada é devida pelo facto do incumprimento, independentemente da existência, ou não, de danos.
[19] In, "Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25 de otubro), Coimbra, 1992, pág. 5.
[20] In "Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas", 2ª ed, revista e aumentada, 2005, págs. 259 e 260.
[21] In " Cláusula Penal e Indemnização", pág. 594.
[22] In "Manual de Direito bancário", 3ª ed., 2008, pág. 523.
[23] Todos publicados in www.dgsi.pt
[24] Assim, enquanto Almeida Costa e Meneses Cordeiro, in, "Cláusulas Contratuais Gerais", pág 47, parecem defender que a desproporção da cláusula penal aos danos a ressarcir tem de ser "sensível", já Pinto Monteiro, in, "Cláusula Penal e indemnização", pág. 598, defende que a desproporção pode operar quer neste caso, quer nos casos de desproporcionalidade diminuta, enquanto José Manuel de Araújo Barros, in " Cláusulas Contratuais Gerais, DL nº 446/85- Anotado Recolha Jurisprudencial", Coimbra Editora, 2010, pág. 235, considera não haver razão para distinguir.
[25] Cfr. Segundo o citado acórdão do STJ, de 12.06.2007, a desproporção tem que ser "sensível".
[26] In, "Cláusula Penal e indemnização", pág. 598,
[27] In " Cláusulas Contratuais Gerais, DL nº 446/85- Anotado Recolha Jurisprudencial", Coimbra Editora, 2010, pág. 235.
[28] In "Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas", 2ª ed, revista e aumentada, 2005, pág. 269.
[29] Que se pronunciou sobre uma cláusula idêntica, mas em que o contrato tinha apenas a duração de 5 anos.
[30] Publicado in www.dgsi.pt.