

Processo:
Relator:
Descritores:

3044/08.0YXLSB.L1-1
EURICO REIS
ACÇÃO INIBITÓRIA
TELECOMUNICAÇÕES
CONTRATO DE ADESÃO
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
CLÁUSULA PENAL
FACTO NOTÓRIO

Nº do Documento:
Data do Acórdão:
Votação:
Texto Integral:
Meio Processual:
Decisão:
Sumário:

RL
14-06-2011
UNANIMIDADE
S
APELAÇÃO
IMPROCEDENTE

1. Constitui *facto notório* tudo aquilo que a maioria substancial da população, sem um grande esforço de procura da informação, tem no seu dia-a-dia corrente por adquirido ou por certo (art.º 514º n.º 1 do CPC).
2. 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.
3. Numa acção inibitória instaurada ao abrigo do estatuído no art.º 25º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, para aquilatar se as cláusulas penais inscritas nos contratos celebrados entre a Ré e os seus clientes são ou não desproporcionadas e se contendem ou não com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º daquele Decreto-Lei e no art.º 334º do Código Civil, o dano a considerar em termos de ressarcimento não é o que resulta da não obtenção pela Ré dos dividendos e lucros que alcançaria se não existisse a interrupção da prestação dos serviços contratados com ela pelo cliente mas sim o da não amortização do investimento inicial consubstanciado nas vantagens comerciais oferecidas como contrapartida pela celebração do negócio.

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

Acordam os Juízes deste Tribunal da Relação de Lisboa:

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO intentou os presentes autos de *acção declarativa com processo comum e forma ordinária* contra “A – COMUNICAÇÕES PESSOAIS, SA”, que foram tramitados, sob o n.º 3044/08.30YXLSB, pela 3ª Secção do 7º Juízo Cível do Tribunal da comarca de Lisboa e nos quais, depois de realizada a audiência de discussão e julgamento, foi proferida a sentença que constitui fls 248 a 261 cujo decreto judiciário tem o seguinte teor: *“Pelo exposto, julgando a presente acção improcedente, por não provada, o Tribunal decide absolver a Ré de todos os pedidos que contra si vinham formulados.*
Custas pelo Autor, sem prejuízo da isenção...” (sic).

Inconformado com essa decisão, o Autor deduziu recurso contra a mesma, pedindo que seja “...a sentença recorrida ...revogada e substituída por decisão que declare a nulidade de todas as cláusulas penais sindicadas nos autos. ...” (sic – fls 295), formulando para tanto as 25 conclusões que se encontram a fls 287 a 295, nas quais, *em síntese*, alega que:

“1. O recurso tem um duplo objectivo, a saber: em primeiro lugar, visa demonstrar que as vantagens comerciais vulgarmente concedidas pelas empresas de telecomunicações, como a Ré, aos clientes, não constituem factos notórios; antes devem constar dos enunciados contratuais objecto da acção inibitória, só esses podendo habilitar, de facto, o Tribunal a decidir sobre o eventual carácter abusivo das cláusulas contratuais gerais.

Em segundo lugar, visa demonstrar que as cláusulas sindicadas são, na realidade, abusivas, quer por consubstanciarem cláusulas penais desproporcionadas face aos danos a ressarcir, contendendo, por isso, com o disposto no art.º 19º, alínea c), do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, quer por atribuírem à Ré o direito a receber quantitativos pecuniários sem que esta desenvolva qualquer actividade para o efeito e, assim, também contendendo com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º do mesmo diploma legal.

20. Pelas mesmas razões pelas quais as cláusulas penais são, na realidade, desproporcionadas face aos danos a ressarcir, também contendem com o princípio da boa fé, já que, através delas são gerados desequilíbrios desproporcionados nas prestações das entidades contratantes, em detrimento dos clientes.

....

24. O tribunal “a quo” deveria ter julgado as cláusulas sindicadas abusivas, quer por consubstanciarem cláusulas penais desproporcionadas face aos danos a ressarcir, contendendo, por isso, com o disposto no art.º 19º, alínea c), do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, quer por atribuírem à Ré o direito a receber quantitativos pecuniários sem que esta desenvolva qualquer actividade para o efeito e, assim, também contendendo com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º do mesmo diploma legal.

25. Ao determinar a validade das cláusulas penais, a decisão do tribunal violou o disposto no artº 514º do Código de Processo Civil, bem como os artºs 19º, alínea c), e 15º e 16º, do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, bem como os artºs 810º a 812º do Código Civil.” (sic).

A Ré contra-alegou (fls 297 a 325), pugnando pela total improcedência da apelação e pela consequente confirmação integral da sentença lavrada pelo Tribunal de 1ª instância.

2. Considerando o exacto teor das conclusões das alegações do recorrente (*as quais*, e só elas, *são aquelas que delimitam o objecto do recurso* – artºs 671º a 673º, 677º, 678º e 684º, *maxime* nºs 3 e 4

deste último normativo, e 661º n.º 1, todos do CPC), a questão a dirimir nesta instância de recurso é a seguinte:

- na sentença recorrida o Mmo Juiz a quo procedeu ou não a uma correcta subsunção dos factos provados na previsão/estatuição dos normativos legais aplicáveis e a uma devida interpretação e aplicação dos mesmos?

E sendo esta a matéria que compete apreciar, tal se fará de imediato, por nada obstar a esse conhecimento e por terem sido cumpridas as formalidades legalmente prescritas (artºs 700º a 720º do CPC), tendo sido oportunamente colhidos os Vistos dos Ex.mos Desembargadores Adjuntos.

3. Nas suas alegações o apelante não põe em causa a decisão do Tribunal de 1ª instância pela qual foram indicados quais os factos provados no processo, pelo que, ao abrigo do disposto no n.º 6 do art.º 713º do CPC, limita-se esta Relação a remeter para os 18 números do ponto “II. Fundamentação 1. Os factos” da sentença recorrida (fls 249 a 253), que aqui se dão por reproduzidos.

4. Discussão jurídica da causa.

Na sentença recorrida o Mmo Juiz a quo procedeu ou não a uma correcta subsunção dos factos provados na previsão/estatuição dos normativos legais aplicáveis e a uma devida interpretação e aplicação dos mesmos?

4.1. Como facilmente se constata pela simples leitura da sentença apelada e das peças processuais, alegações e contra-alegações, apresentadas pelas partes em sede de recurso, existe controvérsia jurisprudencial quanto à matéria submetida ao julgamento desta Relação.

E porque assim é, seja qual for a deliberação deste Tribunal de Recurso, indubitavelmente, contra ela será interposta *Revista excepcional*, invocando-se para tanto – e bem – a existência de julgados contraditórios no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (art.º 721º-A n.º 1 c) do CPC).

Como é óbvio e resulta inequivocamente do disposto no art.º 8º do Código Civil, que define a obrigação de julgar e o dever de obediência à Lei, essa evidência não constitui impedimento a que aqui se apresente, de entre as várias possíveis, a posição sustentada por este Tribunal quer quanto à subsunção dos factos nos normativos legais reguladores aplicáveis à situação *sub judice*, quer quanto à interpretação e aplicação dos mesmos que se entende ser a mais conforme às instruções contidas nos três números do art.º 9º do mesmo Código, a ser compaginadas com o estatuído nos artºs 334º e 335º igualmente desse diploma, nomeadamente para determinar os contornos lógicos e o conteúdo ontológico do conceito “soluções mais acertadas”.

É, então, o momento de proceder à análise crítica da sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância, não sem antes recordar que a obrigação principal dos Juízes – a sua verdadeira razão de

ser enquanto Colectivo Social e Institucional – é a de administrar a Justiça em nome do Povo (art.º 202º n.º 1 da Constituição da República), devendo esse dever ser cumprido proferindo decisões em prazo razoável (*idem*, art.º 20º n.º 4) e não preocupar-se em mostrar erudição quando esta é desnecessária e até despropositada.

4.2. Iniciando a discussão jurídica do pleito, importa salientar que não existe litígio entre as partes quanto à natureza das normas contratualmente estabelecidas insertas sob:

-as cláusulas 3. e 4. das “*Condições Particulares de Subscrição do Serviço Telefónico Acessível ao Público num Local Fixo na Modalidade de Acesso Indirecto*”,

-as cláusulas 3. e 4. das “*Condições Particulares de Subscrição do Serviço Fixo de Telefone da V..*”,

-a cláusula Q.3 das “*Condições Gerais do Serviço de Abastecimento Seguro*”,

-a cláusula 11.4 das “*Condições Gerais do Contrato de Prestação do Serviço Wireless Safe Car*”,

-a cláusula 2. da “*Proposta de Contrato do Serviço Telefónico Móvel e Compromisso de Permanência na Rede*”,

-as cláusulas E.3 e E.6 das “*Condições Gerais do Contrato do Serviço Telefónico Móvel*”, e

-as cláusulas 2. e 3. das “*Condições Particulares de Aquisição de V... NetPC*”.

E, efectivamente, dúvidas não se suscitam quanto ao facto de as mesmas serem, clara e inequivocamente, *cláusulas penais* sujeitas não apenas ao regime fixado nos artºs 810º a 812º do Código Civil mas também à moldura legislativa consubstanciada no DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (com as alterações que lhe foram sendo sucessivamente introduzidas pelos DL nºs 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho, e 323/2001, de 17 de Dezembro), e em particular nos artºs 19º c) e 15º e 16º desse diploma.

Nesta conformidade, dispensa-se este Tribunal de copiar e transcrever trechos doutriniais e partes de acórdãos ou de sumários dos mesmos para justificar uma tão incontestada constatação (art.º 660º n.º 2 do CPC).

De igual modo, ninguém questiona que o MINISTÉRIO PÚBLICO está a exercer devidamente as suas prerrogativas institucionais usando a faculdade concedida pelo art.º 25º do supra citado DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Ao invés, existe já conflito entre esse Autor e a Ré quer quando decreto judiciário de improcedência da acção quer quanto aos argumentos esgrimidos pelo Mmo Juiz *a quo* para fundamentar essa sua decisão, a saber e *em síntese*, que:

-as vantagens comerciais concedidas pelas empresas de telecomunicações, e em concreto pela Ré, aos seus clientes são factos notórios;

-os valores fixados em todas aquelas cláusulas penais não são

desproporcionais face aos danos que visam ressarcir, mesmo quando atribuem à Ré o direito a receber quantitativos sem que esta preste qualquer serviço a esses clientes, porque esta sociedade suporta elevados custos financeiros decorrentes da concessão de vantagens comerciais a tais contraentes, custos esses que só são amortizáveis se os efeitos do contrato se prolongarem para além de um determinado tempo mínimo de vigência (os ditos “*períodos de permanência*” ou de “*de fidelização*”). Por motivos de pura lógica mas também para seguir a ordem formal enunciada no n.º 2 do art.º 659º do CPC, será o escrutínio da primeira dessas questões que passará imediatamente a ser feito.

4.3. A noção legal do que é um “facto notório” está singelamente expressa no n.º 1 do art.º 514º do CPC, no qual se pode ler que “(devem) considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral”.

Na decisão que aqui se syndica esta matéria não foi objecto de qualquer desenvolvimento, tendo-se o Mmo Juiz *a quo* limitado a referir a este propósito que “...*não podemos olvidar que a Ré é uma das mais destacadas empresas multinacionais a operar no mercado de oligopólio, nacional e mundial, das telecomunicações móveis e transmissão electrónica de dados. O seu modus operandi é semelhante ao das demais empresas do ramo, constituindo estes elementos um conjunto de factos notórios, quer na sociedade em geral, quer na área das telecomunicações em particular, quer até no mundo judiciário, que convive diariamente com a litigiosidade emergente deste tipo de contratos, onde é frequentíssima a existência de contratos com este tipo de cláusulas penais*” (sic – fls 259).

Abona-se o recorrente em Lebre de Freitas (“Código de Processo Civil Anotado” – volume 2, Coimbra Editora 2001, pg 397) e José Alberto dos Reis (“Código de Processo Civil Anotado”, volume III, 4ª edição, 1985, Coimbra Editora, pgs. 259 e 260) para afirmar, com alguma razão, que “*do conhecimento geral serão todos os factos conhecidos ou facilmente cognoscíveis pela generalidade das pessoas normalmente informadas de determinado espaço geográfico, de tal modo que não haja razão para dúvidas da sua ocorrência*”.

Já a recorrida, partindo igualmente dessa definição, à qual acrescenta a do Juiz Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Círculo, (“*Há factos que falam por si*” - “*Factos Notórios: o que são?*”, in *O Advogado*, II Série, Junho de 2006), recorda que “...o que acontece no mundo das comunicações electrónicas ...é de conhecimento de todos e de qualquer consumidor, sobretudo em Portugal, onde a taxa de penetração, por exemplo, dos serviços de comunicação móveis é muito superior a 100%”.

E a isso acresce a intensidade das campanhas promocionais sustentadas por uma publicidade normalmente muito engenhosa

e apelativa.

A definição do conceito, como resulta do que antes se escreveu, acaba por não ser difícil – é notório tudo aquilo que a maioria substancial da população, sem um grande esforço de procura da informação, tem no seu dia-a-dia corrente por adquirido ou por certo -, já o saber se o “*modus operandi*” da Ré no que tange à atribuição de benefícios comerciais como contrapartida para a fixação de um período de fidelização cabe na compreensão lógica do mesmo não o é tanto.

Querendo ter em consideração os detalhes particulares desse procedimento negocial, a resposta só pode ser negativa; a Comunidade não é só formada pelos jovens completamente familiarizados com as subtilezas da *high-tech*.

Porém, a ideia de que é possível receber vantagens comerciais, normalmente traduzidas na aquisição a baixo custo de equipamentos topo de gama, sem contrapartidas – sem, para usar uma expressão popular “*pagar o preço*” -, se é que alguma vez existiu, já há muito desapareceu da mente do *consumidor normal* (ou *diligente bom pai/mãe de família* ou *declaratário normal colocado na posição do real declaratário*, se se preferir – artºs 236º 487º n.º 2 do Código Civil).

Quantas vezes ouvimos expressões como “*não há almoços de graça* (ou *de borla*)” ou “*ele não está a fazê-lo pelos teus lindos olhos*”? Quase todos os dias. Incessantemente.

Aliás, em boa verdade, a noção de *contrapartida* é inerente ao próprio conceito de mercado e ao de contrato.

Em conclusão, constitui efectivamente um 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.

São, portanto, improcedentes os argumentos esgrimidos em contrário pelo apelante e a que correspondem as conclusões 5, 7, 9 das suas alegações de recurso – sendo que as conclusões 1 a 4, 6 e 8 são meramente declaratórias.

O que aqui se declara.

4.4. Clarificada esta primeira questão, resta aquilatar se as cláusulas em referência nos autos são ou não proibidas e, consequentemente, nulas (art.º 12º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro).

A este propósito, não custa a este Tribunal aceitar como válida a exposição feita em 1ª instância acerca do instituto jurídico “cláusula penal”, seja ela de natureza *compensatória*, como será, na sua essência, o caso dos autos, ou *moratória*.

Torna-se, portanto, inútil e dilatatório - logo pernicioso e mesmo

ilícito e proibido (artºs 137º e 265º n.º 1 do CPC) - escrever de outra maneira o que já consta de fls 256 (a partir do segundo parágrafo) e do primeiro parágrafo (iniciado na folha anterior) de fls 257; trata-se de doutrina acertada, conhecida e reconhecida.

As cláusulas em apreço têm, pois, uma natureza compulsória e visam incentivar o cumprimento do acordado entre as partes no momento da celebração do contrato, esgrimindo uma desvantagem significativa em caso de incumprimento por motivo imputável ao cliente da Ré – o que significa que, perante uma situação de cumprimento defeituoso ou de mora por parte dessa sociedade ora apelada, esse outro contraente não se encontrará em situação de incumprimento gerador da aplicação da cláusula penal, o que deita por terra a argumentação produzida pelo recorrente e sumariada na conclusão 17 das alegações de recurso. Rememorando o ponto fulcral da argumentação do Autor apelante, para este “...as cláusulas sindicadas são, na realidade, abusivas, quer por consubstanciarem cláusulas penais desproporcionadas face aos danos a ressarcir, contendendo, por isso, com o disposto no art.º 19º, alínea c), do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, quer por atribuírem à Ré o direito a receber quantitativos pecuniários sem que esta desenvolva qualquer actividade para o efeito e, assim, também contendendo com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º do mesmo diploma legal. (conclusão 1.das alegações de recurso).

As alegações apresentadas em sede de recurso não diferem das que foram produzidas na petição inicial e que mereceram já a apreciação contida na sentença recorrida, que lhes foi desfavorável. E o mesmo acontecerá neste Tribunal de 2ª instância que, no essencial, sufraga a posição sustentada pelo Mmo Juiz *a quo*.

Efectivamente, repete-se, o dano a ressarcir não é o que resulta da não obtenção pela Ré dos dividendos e lucros que alcançaria se não existisse a interrupção da prestação dos serviços contratados com ela pelo cliente mas sim o da não amortização do investimento inicial consubstanciado nas vantagens comerciais oferecidas como contrapartida pela celebração do negócio.

E, a essa luz, conclui-se, as cláusulas penais identificadas no processo não são desproporcionadas e não contendem com o princípio da boa fé previsto nos artºs 15º e 16º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, e no art.º 334º do Código Civil.

Finalmente, a invocação da intervenção do ICP-ANACOM na análise deste tipo de contratos feita pelo Autor - e na sua *aprovação prévia obrigatória*, após parecer da Direcção-Geral do Consumidor, por força do disposto no n.º 4 do art.º 39º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, como bem recorda a Ré -, pese embora as deliberações dessa entidade reguladora não sejam vinculativas para os Tribunais, só abona a favor do que é

sustentado e decretado na sentença apelada.

4.5. A concluir, é útil assinalar a asserção manifestada pelo Mmo Juiz *a quo* no seu argumentário de fundamentação em matéria de Direito, que este Tribunal, por com ela concordar, sufraga integralmente: “...*Neste quadro, não podemos deixar de concluir que as cláusulas em questão não se apresentam como manifestamente desproporcionadas à luz do artigo 19º, c) do D.L. n.º 446/85, de 25.10, por forma a terem-se como inválidas. Tal não significa, porém, que não venha a perspectivar-se a redução equitativa de alguma ou de todas elas, com base na previsão do artigo 812º do Código Civil. Com efeito, à luz de cada caso concreto (que não, naturalmente, no âmbito de uma acção inibitória como a presente), o juiz poderá concluir pelo seu carácter manifestamente excessivo após ponderar uma série de factores, como a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as vantagens que para este resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa-fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado, bem como eventuais contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal, como acima destacámos*” (sic – fls 259).

E nada mais se adianta porque tal seria injustificável, uma vez que, insiste-se, constituiria a prática de um acto inútil, logo não apenas *impertinente e dilatatório* mas também *ilícito e proibido* (novamente, artºs 137º e 265º n.º 1 do CPC).

4.6. Deste modo e com estes fundamentos, julga-se improcedente a apelação e mantém-se, nos seus precisos termos, o decreto judicial absolutório lavrado pelo Tribunal de 1ª instância aqui sindicado.

O que, sem necessidade de apresentação de qualquer outra argumentação lógica justificativa, aqui se declara e decreta.

*

5. Pelo exposto e em conclusão, no presente processado de recurso a correr termos pela 1ª secção do Tribunal da Relação de Lisboa, delibera-se *julgar* totalmente improcedente a apelação e confirmar e manter, na íntegra, o decreto judicial que foi objecto desse recurso.

Custas pelo apelante MINISTÉRIO PÚBLICO, sem prejuízo da isenção de que beneficia.

Lisboa, 14 de Junho de 2011

Eurico José Marques dos Reis
Ana Maria Fernandes Grácio
Paulo Jorge Rijo Ferreira