

Processo:
Relator:
Descritores:

6644/04.4TJSLB.L1-2
TERESA ALBUQUERQUE
TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL
EXCLUSÃO DA CLÁUSULA
NULIDADE
INVALIDADE
PRESCRIÇÃO

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

RL
29-10-2009
UNANIMIDADE
S
APELAÇÃO
REVOGADA PARCIALMENTE A DECISÃO

1-A LCCG ao partir da dicotomia entre cláusulas excluídas (arts 8º e 9º), que tem por não escritas, e cláusulas nulas (arts 12º, 13º e 14º), limita-se a aproveitar as diferenças há muito reconhecidas entre a inexistência e a invalidade como valores negativos do negócio jurídico.

2- Declarar não escritas significa declarar como inexistentes. As cláusulas que se tenham por não escritas são pura e simplesmente excluídas do contrato, o qual em princípio, permanece de pé.

3-A justificação para o diferente regime entre as cláusulas excluídas e cláusulas nulas encontra-se na distinção entre a violação de uma regra pré-negocial, caso em que a cláusula não é admitida, e a incorrecção do conteúdo, caso em que a cláusula é nula.

4-O regime das cláusulas excluídas e o regime das cláusulas nulas, difere, logo à partida, num aspecto essencial: enquanto se a cláusula é nula o aderente pode optar ou não pela manutenção do contrato (art 13º/1º), quando a cláusula é excluída, o contrato, independentemente da vontade do aderente, mantém-se (art 9º).

5-Após essa inicial distinção, o regime para o preenchimento da lacuna negocial que resulte de exclusão de cláusula, ou da que resulte da declaração da nulidade de cláusula parece equivaler-se, no essencial: num caso e noutro, há que recorrer às regras supletivas, se houver normas supletivas aplicáveis; se as não houver, haverá que se integrar o contrato (cfr arts 9º e 13º), o que significa, como decorre do art 239º do CC, que haverá que se recorrer à vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis (vontade conjectural ou hipotética), ou que se recorrer aos ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

6-E aqui o regime volta a divergir: no caso de cláusula excluída, quando a utilização dos elementos atrás referidos implique uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais, ou quando a utilização desses elementos redunde num desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé, o contrato será nulo.

7-Já relativamente ao contrato quanto ao qual se tenha tido por nula cláusula contratual geral, se a utilização das normas

supletivas, ou das normas de integração, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos, e apenas se este não for possível, o da nulidade.

8-É este último regime que vigora se o aderente subscritor ou aceite de cláusulas contratuais gerais tidas como nulas, não exercer a faculdade de optar pela manutenção do contrato – art 14º sua 1ª parte.

(Sumário da Relatora)

Decisão Texto Integral:

Acordam na 2ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa

I – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A., intentou em 7/12/2004, a presente acção declarativa com a forma de processo sumário, contra B...., pedindo que este seja condenado a pagar-lhe a quantia de € 11.561,62, acrescida de € 336,51 a título de juros de mora, vencidos até 15.09.2004, bem como os juros vincendos. Alega que celebrou com o R. dois contratos de prestação de serviço móvel terrestre, mediante os quais colocou à sua disposição diversos números de acesso, tendo-lhe prestado serviços de acesso à rede móvel, bem como lhe cedeu os telemóveis identificados no referido contrato. Em contrapartida, o R. comprometeu-se a manter o seu vínculo contratual com a A. pelo período de 30 meses, a contar das datas de assinatura dos contratos. A A. apresentou a pagamento ao R. três facturas, que este não pagou. Em virtude deste incumprimento, a A. fixou-lhe prazo para cumprir, o que não aconteceu, pelo que a mesma emitiu e enviou ao R. factura cobrando a indemnização contratualmente acordada, atento o incumprimento contratual. O R. contestou impugnando o alegado e arguindo a prescrição do crédito. Alega que não contratou com a A. qualquer prestação de serviços que implicasse a aquisição de equipamentos e o compromisso de permanência alegado. Apenas assinou uma proposta de contrato, não preenchida, que lhe foi apresentada por um agente da A., confiando que estava a assinar um contrato nos moldes que este lhe havia proposto, ou seja, que permitisse uma desvinculação a todo o tempo. O referido agente entregou ao réu os equipamentos móveis, afirmando que os mesmos faziam parte do pacote contratado, e com alguns cartões já activados, e entregou-os mesmo quando o R. referiu que não necessitava de tantos, e de facto veio a apenas utilizar 5 dos números atribuídos. O R. não solicitou qualquer período de permanência, nem tal foi mencionado pelo agente. Uns meses mais tarde, e porque considerava o tarifário muito oneroso, contactou o mesmo agente, o qual apresentou um produto alegadamente mais económico, sendo que, mais uma vez, o R. assinou o contrato sem que estivesse preenchido quanto ao conteúdo. Mais uma vez, o R. não contratou qualquer permanência, nem tal lhe foi mencionado, nem solicitou a entrega de mais equipamentos, que lhe chegaram já activados. Conclui que apenas deverá pagar os valores relativos a comunicações efectuadas e não o demais peticionado.

A A. respondeu impugnando a matéria da excepção da prescrição e referindo relativamente às cláusulas de fidelização, que as mesmas não são nulas, antes representam a contrapartida da cedência pela A dos diversos equipamentos pelos quais o R. pagou um preço simbólico, estando o período de fidelização relacionado com a amortização do preço daqueles equipamentos com o tempo, justificando-se o prazo de 30 meses no quadro negocial padronizado, concluindo por pedir que no caso das cláusulas de obrigatoriedade de permanência na rede virem a ser declaradas nulas, seja o R. obrigado a restituir à A., ou os equipamentos, caso não tenham sido utilizados, ou o valor correspondente aos equipamentos cedidos em virtude dos contratos juntos aos autos com a petição inicial.

Foi proferido despacho saneador, no qual se julgou improcedente a arguida excepção da prescrição, e admissível o pedido formulado na resposta à contestação, por não se dever considerar uma ampliação ou alteração do pedido, mas apenas um procedimento a adoptar pelo tribunal no caso de vir a considerar nulas as cláusulas contratuais em causa, actuando, então, em conformidade com o previsto no art 289º/1 CC.

Foi dispensada a elaboração da base instrutória.

II - Do decidido relativamente à excepção de prescrição, apelou o R que extraiu das suas alegações as seguintes conclusões:

1-Foi julgada improcedente a excepção da prescrição, por se entender ser de aplicar não a Lei 23/96 mas sim o DL 381-A/97;

2-Entendendo-se que aquele diploma não se aplica aos serviços de telecomunicações móveis, antes a estes se aplicando o DL 381-A/97;

3-E que, pela aplicação deste, o prazo de prescrição de 6 meses seria «para apresentação das facturas a pagamento», a que se seguiria o prazo de 5 anos do art 310º al g), do CC.;

4-Tal fundamentação não pode proceder.

5- O contrato dos autos enquadra-se na prestação de serviços telefónicos, já que foi celebrado em Junho de 2003;

6-Conforme dispõe o art 1º/1 2º/al d) da Lei 23/96, de 26 de Julho, são-lhe aplicáveis "os mecanismos destinados a proteger o utente dos serviços públicos essenciais", nas quais se incluem as telecomunicações móveis;

7-A prescrição prevista no art.10º/1 da Lei nº 23/96, de 26/7, aplicável ao serviço de telefone por força do seu art.1º/2 al d), é uma prescrição extintiva;

8-Dispõe o art 10º, "o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve seis meses após a prestação".

9-Em 30-12-97 foi publicado o DL 381-A/97, de 30/10 que passou a regular o regime de prestador de serviço de telecomunicações de uso público, seus direitos e obrigações;

10-No seu art 9º/4, sob a epígrafe "protecção dos utentes", preceitua-se que "o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado

prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação".

11-A Lei 23/96 de 26 de Junho, que preside à regulamentação jurídica do contrato sub iudice, é usualmente conhecida por "Lei de Protecção do Consumidor dos Produtos e Serviços Públicos Essenciais";

12-Sendo que, actualmente, a designação destes serviços surge, na doutrina e em alguma jurisprudência, como "Serviços de Interesse Geral". O anteprojecto da Lei 23/96, na generalidade, referia expressamente só serviço fixo de telefone, expressão que foi abandonada na discussão na especialidade, de molde a abranger, também, o serviço móvel telefónico, vulgarmente conhecido por serviço de telemóvel;

13- A Lei aplica-se, indistintamente, a todos os consumidores privados, sejam pessoas singulares ou colectivas.

14-E, indistintamente, ao serviço de fornecimento de telefone, seja ele fixo ou móvel.

15-A Lei 23/96 é, pois, aplicável aos autos.

16- Por outro lado, a prescrição (negativa) é uma excepção peremptória que importa a absolvição total ou parcial do pedido - art 496º al. b) e 493º/3 CPC;

17-Desde que invocada, apenas impede o exercício do direito, não pondo em causa a existência do direito;

18- Ora, a prescrição prevista no art.10º/1 da Lei nº 23/96, de 26/7, aplicável ao serviço de telefone por força do seu art.1º/2 al d), como se disse, é uma prescrição extintiva;

19- Por força do elemento sistemático: ao reduzir o prazo (de 5 anos para 6 meses) a lei limitou-se a reduzir esse prazo e não a enquadrar de forma distinta a sistemática desta modalidade;

20- Por força do elemento objectivo: "essa modalidade da prescrição está, essencialmente dirigida, à realização de objectivos de conveniência ou oportunidade. [...] intervém aqui, decisivamente, a ponderação de uma inércia negligente do titular do direito em exercitá-lo, o que [...] o coloca na posição de não merecer a tutela do direito".

21- Por força do elemento teleológico: proteger o consumidor no que respeita a prestação de serviços públicos essenciais, evitando que o credor retarde demasiado a exigência de créditos periodicamente renováveis;

22- A regra é a existência de prescrições extintivas ou liberatórias;

22- Pretende-se evitar que o devedor continue vinculado à obrigação de longo tempo (antes de 5 anos), liberando-se aquele, sem que o credor possa impedi-lo de se prevalecer da excepção peremptória;

23- Sendo a prescrição presuntiva uma excepção - 312º CC;

24- Presumindo-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o pensamento em termos adequados (art. 9º/3 CC);

25- Na verdade, o artigo 10º da Lei 23/96 visa claramente proteger o consumidor no que respeita à prestação de serviços públicos

essenciais, como são o serviço telefónico;

26- Protegendo os utentes e consumidores da tentação de sobreendividamento, dando-lhes mais certezas e segurança e garantindo-os contra o retardamento excessivo quanto à exigência judicial de créditos periódicos de serviços públicos essenciais;

27-O prazo de prescrição constitui uma forma de pressão sobre o credor, no sentido de que este seja célere a fazer funcionar a máquina judicial, na exigência dos seus créditos;

28-E faz com que "o devedor/consumidor canalize parte do seu rendimento para o pagamento periódico das suas obrigações também elas periódicas, sem que isso o torne escravo das dívidas acumuladas ou o faça cair na "espiral em dívida" nesta era do vazio e da omnídea sedução" - v.d. Calvão da Silva, op. Cit., págs.154e 155).

29- Quanto à interpretação do nº 5 do art. 9º do DL 381-97, deve interpretar-se como tendo-se por exigido o pagamento do preço do serviço prestado com a apresentação de cada factura, o que equivale a dizer, ter-se por interpelado o assinante para cumprir, com relevo para o momento da sua constituição em mora, nos termos do artigo 805º do CC., mas não para a prescrição do direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, não sendo voluntariamente paga a obrigação pecuniária;

30- Porque o legislador quis um prazo novo e mais curto do que o estabelecido na al g) do art. 310º do CC., o direito de exigir judicialmente o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a prestação (mensal) e não após a sua facturação" - in Calvão da Silva, est.cit., p. 155 e 156).

31- A factura serve de interpelação para o devedor pagar as importâncias discriminadas até à data limite nela fixada: mas a apresentação da factura não interrompe nem tão pouco suspende a prescrição;

32-Para evitar a prescrição, é necessário que se verifique qualquer uma das causas previstas na lei – art 323º nº 1 e 4 CC;

33- Face à data de prestação dos serviços, a entrada da acção judicial em 4 de Dezembro de 2004, e a citação em Maio de 2006 decorreram muito mais de 6 meses,;

34- Pelo que estarão prescritas as facturas em causa.

35- Mesmo que assim se não entendesse, o que só por hipótese se admite, sobre a interpretação do nº 5 do art. 9º do DL 381-A/97, tal prazo é para que se exerça o direito de exigir judicialmente o cumprimento da prestação;

36- Estando esta norma integrada num regime especial, a redacção em causa visaria, por certo, algo mais que o previsto no art 805º do CC;

37- A leitura dos artigos 16º/2 e 3 do mesmo diploma legal ajuda nesse entendimento;

38-Nem faria sentido que se cindisse um único direito do credor - obter o pagamento do crédito - em 2 sub-direitos que não são autónomos entre si: o direito de apresentar a factura e o direito de

exigir judicialmente o pagamento do preço;

39-O legislador quis estabelecer um regime específico de prescrição extintiva, por isso criou normas especiais que consagram um prazo de prescrição muito reduzido;

40- No fundo estar-se-ia perante uma forma especial de interrupção do prazo prescricional através de uma interpelação extra-judicial, mediante envio de facturas ao consumidor;

41- No caso dos autos, atentas as datas do envio das facturas, estará, face às datas referidas no ponto 54 das alegações, igualmente prescrito o direito;

42- De um ponto de vista sistemático, esse diploma regula de forma especial a natureza, prazo e modo de interrupção dessa prescrição;

43- Objectivamente: seria a solução mais conforme com a natureza extintiva da prescrição;

44- Teleologicamente: esta solução protege os consumidores e compatibiliza a posição do prestador de serviços que assim pode de forma adequada, salvaguardar o exercício do seu direito de crédito.

45- Historicamente, a adição do nº 5 deste artigo, surge na sequência da redacção do art 10º/1 da Lei 23/96, face à detecção de algumas insuficiências, de algumas imprecisões e/ou inadequações e decidiu reorganizar a disciplina jurídica introduzindo algumas inovações e esclarecimentos;

46-Aqui a prescrição de 6 meses que se inicia com a prestação de serviço será extintiva e interrompe-se com a apresentação da factura a pagamento;

47- Apresentada esta a pagamento, inicia-se novo prazo prescricional de seis meses, também ele extintivo do crédito do operador, precludido o qual, definitivamente o dito crédito se considera extinto, por força do nº 2 do art 326º CC.

48- Pelo que, também nesta perspectiva, estarão prescritas as facturas em causa.

48-Não pode proceder o entendimento da decisão recorrida de que o prazo previsto no DL 387-A/97, de 6 meses, é para apresentação da factura para, de seguida, se aplicar o prazo de 5 anos do art 310º al g) do CC.;

49-Pois que não foi intenção do legislador criar um prazo especial que ultrapassa, ainda, o prazo previsto naquele art 310º al.g) (5 anos e 6 meses ou até mais),

50- O art.310º al g) C.C deixou de ser aplicável à prescrição dos denominados serviços públicos essenciais referidos no art 1ª/1 e 2 da Lei nº 23/96, tendo a actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviço de telecomunicações regime específico no DL 381-A/97, de 30/12, não adicional;

51- Não é de aplicar à decisão dos autos o art 310º al g) do CC, em conjugação com o art 9º do DL 381-A/87, excluindo a aplicação da Lei 23/96:

52-Mas sim, o art 10º/1 e 2 da Lei 23/96, em conjugação com o art 9º do DL 381-A/97 e art 9º e 326º/2 ambos do CC;

52- Bem como os artigos 496º b) e 493º CPC;

53- Pois tendo decorrido já o prazo de 6 meses desde a prestação do serviço até à citação do R. na presente acção (Maio de 2006) ou até da entrada da mesma em Tribunal (4 de Dezembro de 2004), encontra-se prescrito o direito que de pretende fazer valer;

54-Foram violados os artigos 1º e 10º da Lei 23/96, artigos 9º e 16º do DL 381- A/97, art. 9º e 326º/2 do CC, e arts. 496º b) e 493º/3 do CPC..

55- Deve ser revogada a douta decisão de que se recorre no sentido preconizado nas presentes alegações.

A A ofereceu contra-alegações nelas defendendo o decidido.

Realizado julgamento foi proferida sentença que julgou a acção parcialmente procedente, condenando o R. a pagar à A a quantia de € 1.840,07 relativa a serviços prestados e facturados, acrescida de juros de mora, contados à taxa legal, desde as datas de vencimento das respectivas facturas e até pagamento, absolvendo-se o R. do demais peticionado.

III - Inconformada, a A. apelou, tendo concluído as respectivas alegações do seguinte modo:

1- A douta sentença recorrida decidiu mal ao declarar inexistentes as cláusulas de permanência na rede e a cláusula penal insertas no contrato dos autos, o que constitui uma verdadeira nulidade, sem que tenha declarado todas as consequências da mesma nulidade.

2 - Recorrente e Recorrido não se limitaram a celebrar um mero contrato de prestação de serviços de telecomunicações móveis.

3 - Ficou provado, nos termos dos nº 4 e 6 da matéria de facto provada, que foram celebrados entre A. e R. os contratos juntos como doc nº 1 e 2 com a petição inicial.

4 - Nos termos da cláusula quarta dos aditamentos dos mesmos contratos, a A. cedeu ao R. dezasseis equipamentos de telecomunicações, conforme consta dos nº 5 e 7 da matéria de facto provada.

5 - O Recorrido não comprou os equipamentos que lhe permitiriam o acesso à rede móvel de telecomunicações, tendo estes sido fornecidos pela A., ou seja, a título gratuito ou mediante o pagamento de um preço meramente simbólico, muito inferior ao seu valor comercial.

6 - A Recorrente adquiriu e pagou os equipamentos que o Recorrente pretendeu, e entregou-os a este com os respectivos cartões de acesso à rede de telecomunicações.

7 - Em contrapartida, o Recorrido mantém-se fidelizado aos serviços de telecomunicações que a Recorrente presta por um período minimamente suficiente que possa permitir a amortização económica do valor desses equipamentos.

8 - Para garantir que tal amortização é efectiva, a Recorrente estimula o uso desses serviços telefónicos, pelo estabelecimento da

obrigação do Recorrido pagar uma taxa fixa mensal, cujo tarifário é escolhido pelo Recorrido, vindo este beneficiar de minutos de conversação, em condições que se pretendem mais vantajosas para o recorrido.

9 - Este foi um dos motivos mais importantes na formação da sua vontade do Recorrido em contratar com a recorrente.

10 - Foi o próprio Recorrido que escolheu, de entre os demais especificados nos contratos, os tarifários que vigoravam para cada um dos cartões de acesso activados na sequência da celebração dos contratos juntos aos autos como docs. nº 1 e 2 com a petição inicial.

11 - Dispõe o nº 1 do art. 289º do Código Civil: "Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente".

12 - A douda sentença ao declarar a inexistência, o que constitui uma verdadeira nulidade, das cláusulas dos contratos que deram origem aos presentes autos e que prevêm a obrigação de permanência à rede e a cláusula penal, deveria ter condenado o Recorrido a restituir à Recorrente todos os equipamentos que esta lhe forneceu, no estado em que os mesmos se encontravam inicialmente ou, caso assim não fosse possível, o valor correspondente aos mesmos, a liquidar em execução de sentença.

13 - A mens legislatoris neste caso mais não é do que urna clara tradução do Princípio da equidade das partes, vigente na Lei.

14 - A decidir como decidiu, ou seja, a omitir a condenação do Recorrido na restituição dos equipamentos que lhe foram cedidos pela Recorrente e que aquele fez seus, a douda sentença recorrida permite que exista um locupletamento do Réu à custa da Autora.

15 - O espírito da Lei ao prever a restituição de tudo quanto havia sido prestado tem como razão primordial evitar, em caso de nulidade de um negócio jurídico, um verdadeiro enriquecimento sem causa da parte a quem a nulidade aproveita.

16 - Na verdade existe um verdadeiro empobrecimento da Recorrente na medida em que adquiriu e pagou os equipamentos cedidos ao Recorrido e um flagrante enriquecimento deste que não pagou o valor dos mencionados equipamentos e fez destes coisa sua.

17 - Dispõe o nº 1 do art. 473º do Código Civil: "Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado restituir aquilo com que injustamente se locupletou".

18 - A sentença recorrida não poderia, como fez, fazer tábua rasa do disposto no nº 1 do art 289º do C.C.

19 - Á obrigação do Recorrido restituir à Recorrente os equipamentos que esta lhe cedeu, no preciso estado em que lhe foram entregues, ou o valor dos mesmos, acrescem juros de mora contados desde a data de citação da acção.

20 - Ao decidir como decidiu, a douda sentença violou o disposto na alínea d) do nº 1 do art. 668º do C.P.C., na medida em que não conheceu de uma questão que devia ter conhecido, por estritamente

conexa com a decisão, o que acarreta a nulidade da douda sentença.

21 - Em consequência, deve ser substituída por outra que, em consequência das mencionadas nulidades, condene o R. a restituir à A. os equipamentos de telecomunicações que a mesma lhe cedeu nos termos da Cláusula quarta dos aditamentos aos contratos que constituem os docs. nº 1 e 2 da petição inicial, no estado em que se encontravam à data de celebração do contrato, ou, se tal não for possível, o valor correspondente, a determinar em execução de sentença.

O R apresentou contra-alegações sustentando a decisão recorrida.

Colhidos os vistos, cumpre decidir.

III - Foi dada como provada a seguinte matéria de facto:

1. A autora contratou com o réu a prestação do serviço de telecomunicações, mediante contrato celebrado em 25.03.2000, nos termos do documento de fls. 92 a fls. 94, e cujo teor se dá por integralmente reproduzido, e pelo qual foram atribuídos ao réu cartões de acesso à rede com os números ..., ..., ..., e

2. Em 26.08.2002 foi acordado entre autora e réu, mediante documento escrito denominado "aditamento", constante de fls. 95 a fls. 98, a atribuição ao réu de cartões de acesso à rede com os números ..., e

3. Nos termos do referido aditamento, foi acordado que, relativamente aos números referidos em 2), o réu manteria o seu vínculo contratual com a TMN pelo período de 9 meses, sendo que estes substituiriam o vínculo existente com os números ... e

4. Em 06.06.2003, mediante documento escrito denominado "aditamento", constante de fls. 9 a fls. 12, foram atribuídos ao réu cartões de acesso à rede com os números ..., ..., ..., ..., ..., e ... e manutenção dos números ..., ..., ..., e ..., todos sujeitos ao plano tarifário denominado "Empresas 1000".

5. Por efeito do referido aditamento, foram ainda atribuídos ao réu 8 equipamentos telefónicos

6. Em 06.06.2003, mediante documento escrito denominado "aditamento", constante de fls. 13 a fls. 16, foram atribuídos ao réu cartões de acesso à rede com os números ..., ..., ..., ..., ..., ..., e ..., todos sujeitos ao plano tarifário de 1750 minutos.

7. Por efeito do referido aditamento, foram ainda atribuídos ao réu 8 equipamentos telefónicos.

8. Dos supra referidos aditamentos constavam as cláusulas contratuais constantes dos documentos de fls. 9 a 16, e cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

9. O réu utilizou os cartões de acesso com os números ..., ..., ..., ..., e ..., realizando e recebendo chamadas.

10. Na sequência da prestação do mencionado serviço ao réu, a autora apresentou-lhe a pagamento as seguintes facturas: -nº ...,

emitida em 05/04/2004, com data limite de pagamento até 26/03/2004, no valor de €622,89; -nº ..., emitida em 05/04/2004, com data limite de pagamento até 26/04/2004, no valor de €689,12; -nº ..., emitida em 05/05/2004, com data limite de pagamento até 26/05/2004, no valor de €528,06.

11. O réu não pagou à autora o valor das referidas facturas.

12. A autora emitiu, em consequência de o réu não ter cumprido a obrigação referida em 11), a factura de indemnização por incumprimento contratual com o nº ..., no valor de €9.721,55.

13. O réu não pagou à autora o valor da factura supra identificada.

14. Quando o réu apôs a sua assinatura nos formulários relativos aos aditamentos referidos em 4 e 6, os mesmos não se encontravam integralmente preenchidos nos espaços para tanto destinados.

15. Tais aditamentos foram celebrados pelo réu com agente da autora, o qual não o esclareceu que os mesmos implicavam qualquer obrigação de permanência ou sequer a necessidade de o réu subscrever novos cartões de acesso, bem como a atribuição de equipamentos telefónicos.

16. O réu não pretendia nem solicitou qualquer obrigação de permanência, a subscrição de novos cartões de acesso, ou a atribuição de equipamentos telefónicos.

17. Sempre o agente afirmou ao réu que os contratos feitos com a autora se podiam denunciar a qualquer momento.

IV - Cumpre apreciar pela respectiva ordem de interposição – correspondente, aliás, à ordem de prejudicialidade em termos de mérito da acção – uma e outra apelação, a primeira, interposta pelo R., sindicando a decisão que julgou improcedente a excepção de prescrição por ele invocada, a segunda, interposta pela A., pretendendo a revogação da sentença recorrida no que respeita à absolvição do R. do pedido referente à devolução dos telemóveis que lhe foram entregues com a celebração dos contratos que estão em causa nos autos.

1-Relativamente à primeira apelação, mostrando-se as correspondentes alegações (e contra-alegações) tão prolixas, é de toda a conveniência circunscrever o respectivo objecto.

E este que, como é sabido, resulta das conclusões das alegações, exige, no entanto, para a sua conveniente circunscrição, que se atente, por um lado, aos termos em que o R. invocou a excepção da prescrição, e, por outro, aos termos da decisão apelada.

Recorde-se que a prescrição é uma excepção peremptória, cujo conhecimento não é oficioso, comportando-se como uma excepção direito (excepção propriamente dita, em sentido específico, estrito ou substancial ^[1]), no sentido de que se não for arguida pelo réu na contestação, manifestando este vontade e o correspondente pedido de se fazer valer do efeito que lhe é próprio, não pode o juiz apreciá-la. Ora, o R., na contestação, limitou-se a referir: “Sem prescindir do que

se disse e do que possa vir a dizer aquando da eventual junção das facturas e das condições particulares dos contratos a que a A. se refere, desconhece o R. a que eventuais prestações de serviços se refere aquela na sua p i, datas e correspondente discriminação da sua eventual prestação, pelo que se invoca desde já a prescrição prevista no art 10º da L 23/96 de 26/7, que sempre impossibilitaria a A. de exigir o pagamento do serviço prestado, o que desde já se invoca. A referida lei estava em vigor aquando da celebração dos alegados contratos juntos pela A., aplicando-se à situação dos autos, nos termos do art 12º/2 1ª parte do CC, tendo decorrido mais de 6 meses entre as datas que a A. refere como sendo datas das facturas e a data da entrada da presente acção em tribunal”.

Consequentemente, o que o R. pretendeu, foi fazer valer a seu favor a prescrição de 6 meses a que se refere o art 10º da L 23/96 de 26/7, entendendo esse prazo como prazo de prescrição do direito a exigir judicialmente o pagamento dos correspondentes serviços.

Foi assim que o entendeu o Exmo Juiz a quo, quando, na decisão recorrida, estatuiu: “Entende-se então, na esteira dos citados arestos, que a apresentação da factura para pagamento no prazo de 6 meses após a prestação do serviço interrompe o prazo prescricional. Uma vez apresentada a pagamento a factura no referido prazo de 6 meses (o que nos presentes autos ainda é facto controvertido), o pagamento da quantia devida pela prestação de serviço apenas prescreve no prazo geral fixado no art 310º al g) do CC. No caso concreto a A. reclama o pagamento de serviços alegadamente prestados entre Março e Maio de 2004, tendo as respectivas facturas sido emitidas e alegadamente enviadas entre Março e Maio de 2004. A presente acção deu entrada em juízo em 7/12/2004, tendo o R. sido citado em Maio de 2006. Face ao exposto, conclui-se que foi alegada a emissão e envio da factura antes do decurso do prazo de 6 meses sobre a prestação do serviço, e ainda não decorreu o prazo de 5 anos desde a prestação do serviço e até à entrada em juízo da presente acção. Pelo exposto, julga-se improcedente a invocada excepção de prescrição”.

O que se quer colocar em evidência com as observações precedentes, é que o R., nem na contestação, nem tão pouco, mais tarde, quando teve conhecimento integral das facturas a que a A. se refere na petição inicial, colocou em causa que a A. não lhe tivesse enviado tais facturas na data da respectiva emissão – como esta o alega no art 8º da petição - e que ele R. as não tivesse recebido, pelo que aquele facto, e este recebimento – cuja aquisição para o processo parece, de algum modo, ter sido questionado na decisão recorrida – têm que se ter como adquiridos nele, para todos os efeitos, designadamente, (que é o que aqui importa), para efeitos do âmbito da excepção da prescrição invocada.

Nem o contrário, diga-se em abono do apelante, resulta, afinal, das suas alegações e respectivas conclusões.

Assim, resulta claro destas que está essencialmente em causa

apreciar neste recurso, se o prazo de 6 meses a que se refere o art 10º da L 23/96 de 26/7 - cuja aplicação aos contratos dos autos o R. advoga – se deve entender como um prazo de prescrição do direito de exigir judicialmente o pagamento do preço do serviço prestado - quer se inicie a sua contagem no momento da respectiva prestação, quer se inicie tal contagem do momento da apresentação da respectiva factura - e não meramente como um prazo para a apresentação das facturas, de tal modo que, mostrando-se o mesmo decorrido na situação dos autos - quer se conte tal prazo do momento da prestação do serviço, quer se conte do momento da sua facturação - não haveria mais que aplicar o prazo de prescrição do art 310º al g) do CC, como o entendeu a decisão recorrida.

Sobre a questão atrás enunciada, têm sido proferidos inúmeros acórdãos nas Relações de Lisboa e Porto, e alguns também no Supremo, mostrando-se a jurisprudência dividida, sem que se mostre razoável ter como predominante o entendimento que situa a prescrição nos 6 meses, ou o que a situa nos 5 anos.

Pelo abismo que vai duns meros 6 meses sobre a prestação de serviço, ao prazo, relativamente dilatado, de 5 anos, também a contar da prestação dos serviços (ou, noutros entendimentos da apresentação da factura), para a prescrição dos créditos em causa, se medem as consequências do entendimento concreto que se partilhe, ali, claramente, a proteger o utente do serviço e penitenciando, ou, pelo menos, disciplinando fortemente a actividade administrativa da operadora, aqui, sacrificando o utente, que se vê na necessidade de guardar os correspondentes recibos para prova do pagamento por 5 anos.

Porque, efectivamente, a escolha de um ou outro dos entendimentos tem consequências tão divergentes, não poderão deixar de se convocar todos os elementos interpretativos para melhor se decidir.

Daí que, a maior parte da jurisprudência que é chamada a decidir a questão em apreço, se confronte “ab initio” com o elemento (hoje, praticamente, meramente interpretativo, já que será muito difícil haver ainda situações em tribunal referentes a serviços prestados antes da vigência do DL 381-A/97 de 30/12 que adiante se referirá) que pode resultar de saber se a L 23/96 de 26/7, que se destinou a criar no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, ao referir no seu art 1º o “serviço telefónico”, sem especificar, se se pretendia apenas referir ao fixo, ou, também, ao móvel, pretendia, de facto, sujeitar este serviço à mesma protecção daquele.

Ora, neste particular, e ainda que não se deva confundir a “mens legislatoris” com a “mens legis”, terá que se ser sensível ao peso hermenêutico que resulta do facto da proposta de lei referente àquela L 23/96, contendo, de início, a referência a serviço “fixo” de telefone, ter visto tal referência eliminada após discussão parlamentar. A verdade é que, pese embora a adesão aos serviços móveis não

tivesse em 1996 a expressão que hoje tem, já àquela data constituía uma realidade inquestionável, não sendo o facto de a L 88/89 de 11/9 - Lei de Bases de Estabelecimento, Gestão e Exploração de Infra Estruturas e Serviços de Telecomunicações – significativamente anterior a 1996, distinguir “o serviço público de telecomunicações”, dos “serviços de telecomunicações complementares”, apartando assim o serviço de telefone fixo do móvel, tido como “complementar” (cfr respectivamente seus arts 8º e 10º), que obstará ao entendimento da abrangência destes serviços nos públicos essenciais.

De facto, ao tempo da L 23/96, já existia um regime jurídico para as telecomunicações complementares (desde o DL 346/90 de 3/11, tendo o mesmo sido depois desenvolvido pela Portaria 240/91 de 23/3, referente ao Regulamento de Exploração de Serviços de Telecomunicações Complementares) e o mesmo sujeitava as operadoras de telefone móvel, às obrigações - paralelas às existentes para as operadoras de serviço fixo de telefone - de garantir, em termos de igualdade, o acesso aos serviços prestados de forma detalhada (art 7º/2 al f) do DL 346/90) e de garantir a continuidade e a qualidade do serviço (art 5º/1 al i) do acima referido Regulamento). Por isso, e como do facto dá notícia particularizada Calvão da Silva, na discussão parlamentar que antecedeu a votação da L 23/96 e em que o mesmo participou, se eliminou a expressão “fixo” do art 1º da proposta daquela lei, referindo-se que “o conceito de serviço público deveria ser tido em consideração pelo ângulo objectivo, enquanto actividade de utilidade pública ou de interesse geral, ao serviço do interesse público ou do interesse dos cidadãos”, e que o “o serviço fixo e o serviço móvel de telefone satisfazem, ou permitem satisfazer, as mesmas necessidades básicas e fundamentais dos cidadãos”, pelo que, “o assinante de telefone, quer em sistema fixo, quer em, sistema móvel de acesso, merece igual protecção” [2].

Por assim ser, se fosse necessário para a interpretação a que nos propomos, tomar posição relativamente ao alcance da expressão “serviços de telefone”, constante da L 23/96 de 26/7, inclinar-se-ia este tribunal, para a entender extensiva, tanto ao serviço fixo como ao móvel de telefone, aderindo assim ao entendimento tido nos autos pelo R. apelante, e apartando-nos do da apelada e do sustentado na decisão recorrida.

A questão referida, é, no entanto, relativamente marginal à questão nuclear a decidir, pois que, qualquer que seja o melhor entendimento a dar à referida expressão, o facto é que, logo no ano seguinte, foi publicado o DL 381-A/97 de 30/12 que, na sequência da L 91/97 de 1/8 – denominada Lei de Bases de Telecomunicações, que estabeleceu as regras a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações - veio regular o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de

serviço de telecomunicações de uso público, em termos tais, que tanto se referia aos serviços de telefone fixo, como aos de móvel. Ora, este DL 381-A/97 de 30/12, teve o mérito de tornar mais claro o conteúdo pretendido para a norma do art 10º/1 da L nº 23/96, como adiante melhor se verá.

Por agora, retenha-se que esse DL - e em duas normas diferentes, a do art 9º, referente à protecção dos utentes, e a do art 16º, referente ao sistema do preços – repetiu, nos nº 4 e 2, respectivamente, daquelas normas, a já constante do nº 1 do art 10º da L 23/96 - “o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de 6 meses após a sua prestação”- vindo de imediato, nos nº 3 e 5 das mesmas normas, acrescentar que, “para os efeitos do número anterior, tem-se por exigido o pagamento com a apresentação de cada factura”.

Antes de se reflectir o conteúdo destas normas, que constitui o cerne da questão objecto do processo, entende-se referir que as mesmas – qualquer que seja o seu conteúdo - se mantiveram incólumes até à publicação da L 5/2004 de 10/2, nada tendo sido estabelecido para essa matéria nos entretanto publicados DL 195/99 e 290-B/99 de 30/7 – Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público.

A L 5/2004 – Lei das Comunicações Electrónicas – inserindo-se na concretização de uma diferente filosofia de liberalização e privatização do sector das telecomunicações - revogando o DL 381-A/97 de 30/12 e a L 91/97 de 1/8, veio expressamente excluir o serviço de telefone do âmbito de aplicação da L 23/96 de 26/7 e do DL 195/99 de 8/6 (fazendo-o numa norma revogatória – nº 2 do art 127º).

Exclusão criticável, pois que, excluindo-se da lei dos serviços públicos essenciais o serviço de telefone, retrocedia-se manifestamente na política de defesa do consumidor, já que será muito pouco razoável que o serviço de telefone se não deva entender como um serviço público tão essencial quanto a electricidade, água ou gaz, contrariando, aliás, a posição da Comissão Europeia já então a defender o alargamento do serviço universal na área das Telecomunicações.

E com essa exclusão, note-se, as operadoras – no entendimento que se verá que se tem desse prazo - deixaram de estar sujeitas ao prazo máximo de 6 meses para exigir o pagamento do serviço prestado, e passaram a poder cobrar consumos mínimos, ou até impor o pagamento de cauções no início dos contratos, em claro prejuízo do consumidor. E para quem entendesse que aquele prazo de 6 meses - para exigir o pagamento dos serviços prestados - constituía um verdadeiro prazo de prescrição do respectivo crédito, passava agora a ter de entender que tal prazo (especial) de prescrição deixava de existir, emergindo o prazo de 5 anos da al g) do art 310º do CC. Nesta resenha histórica, não pode deixar de se referir que pela recente L 12/2008 de 26/2 – que constitui a 1ª alteração à L 23/96 -

integrando-se o serviço de comunicações electrónicas no âmbito dos serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente, se integra neles o serviço telefónico fixo ou móvel, e se dá agora, de um modo inteiramente claro, nova redacção àquele art 10º/1 da L 23/96, referindo-se que, “o direito ao recebimento do preço do serviço prestado, prescreve no prazo de 6 meses após a sua prestação”, esclarecendo-se ainda, no nº 4 dessa norma, que “o prazo para a propositura da acção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço (...)”.

Por assim ser, ficou claro que, relativamente às prestações de serviços públicos essenciais, entre elas a de telefone, que se mostrem subsistentes à entrada em vigor dessa Lei – cfr seu art 3º -, os prestadores de serviço vêm o respectivo crédito prescrito em 6 meses após a respectiva prestação.

Note-se, a respeito da questão, necessariamente presente, da aplicação da lei no tempo - vista a sucessão de diplomas que têm regido sobre a matéria em apreço - que tem vindo a ser entendido que a L 5/2004 de 10/2 e a referida sua exclusão do serviço de telefone do âmbito de aplicação da L 23/96, não tem aplicação retroactiva, e por isso, não será aplicável aos contratos cuja celebração tenha ocorrido à luz do regime anterior [3]. É o caso da prestação de serviços que estão em causa nos autos, que respeitam a contratos realizados em Junho e Outubro de 2003.

Por isso, está essencialmente em causa no recurso, a interpretação a dar (ao art 10º/1 da L 23/96) e aos arts 9º/ 2 e 3 (e 16º/ 4 e 5) do DL 381-A/97 de 30/12.

Ora, como é sabido, e já se referiu, a redacção daqueles preceitos tem levado parte da jurisprudência a entender que com ela se estabelecia um verdadeiro prazo de prescrição de 6 meses [4], e parte da jurisprudência a entender, que não é esse o alcance dos preceitos em causa, sendo o prazo de prescrição do crédito em referência, o de 5 anos previsto na al g) do art 310º do CC [5] .

Não se duvidando que o utente do serviço público essencial sai mais protegido através de um prazo de prescrição do crédito das prestadoras daquele serviço de 6 meses, e não se duvidando, também, que essas prestadoras de serviços, podem e devem equipar-se administrativamente de modo a lograrem a necessária interposição de acções judiciais nos 6 meses após a prestação de serviços não pagos, concordando-se com a argumentação expendida no atrás referido

Acórdão desta Relação de 4/10/07 [6], de que aquele prazo tornará mais diligente a prestadora de serviços, compelindo-a a não deixar arrastar situações de incumprimento, e implicará do consumidor, em face da ameaça da rápida interposição da acção judicial, que cumpra mais prontamente a respectiva obrigação de pagamento, contribuindo ainda para o seu não sobreendividamento - louvando-se pois, a posição claramente assumida pela L 12/2008 de 26/2 – não pode deixar de se entender, que a forma como o legislador se exprimiu

naqueles preceitos, não permite aquele entendimento.

E se já o não permitia apenas pela redacção do art 10º da Lei 24/96, muito menos o há-de permitir com a redacção explicativa – e insistente – dos arts 9º/4 e 5 e 16º/2 e 3 do DL381-A/97 de 30/12.

A conjugação dos nº 4 e 5 desse art 9º (e 2 e 3 desse art 16º) permite concluir, não apenas que, com apresentação de cada factura, se exige o pagamento do preço (o que de facto, não constitui nenhuma novidade, pois que a factura apenas implicará que a dívida que era exigível em sentido fraco, com aquela interpelação, o passe a ser em sentido forte [7], mas que é a própria possibilidade de assim exigir (quer dizer, interpelar), que prescreve nos 6 meses após a prestação do respectivo serviço, de tal modo que, não ocorrendo nesses 6 meses, já não poderá a operadora recorrer a tribunal pedindo o pagamento do seu crédito.

O legislador terá pretendido – e desde a Lei 24/96 - que “fora e diferentemente do prazo de 5 anos como de prescrição “strito sensu”, existisse um outro prazo para que os serviços de telefone apresentassem as facturas correspondentes aos serviços prestados” [8].

E a criação deste novo prazo de prescrição, apenas aplicável aos prestadores de serviços públicos essenciais, referenciado apenas ao direito de exigir o pagamento, e com a especialidade relativamente ao regime geral, de o mesmo se interromper, não por via judicial, como é a regra – art 323º/1 CC- mas, apenas com a apresentação de cada factura ao devedor, constituía já uma importante e louvável defesa do consumidor, pois que acelerava os prestadores desses serviços a exigirem o pagamento, tornando mais transparente a prestação do serviço e permitindo que o consumidor melhor se pudesse defender relativamente ao conteúdo das facturas, evitando que o prestador de serviços pudesse reter, porventura durante anos, dados sobre a utilização feita pelo telefone.

Enviada a factura dentro desse prazo de 6 meses contados da prestação de serviço, se o consumidor a não pagasse, o prestador tinha 5 anos a contar daquela prestação de serviço, para exigir judicialmente o correspondente crédito. Não enviada a factura nesse prazo de 6 meses, prescrevia (caducava) o direito da prestadora de serviços propor acção em tribunal para a cobrança daquele crédito. Só esta interpretação dos referidos preceitos se mostra consentânea com o princípio fundamental, segundo o qual, a interpretação da lei não pode consagrar um pensamento legislativo que não tenha na sua letra o mínimo de correspondência verbal – art 9º CC. É que o legislador não podia desconhecer o prazo de prescrição estabelecido para as “(outras) prestações periodicamente renováveis”, contido na al g) do art 310º CC, e, se o tivesse querido simplesmente substituir por o de 6 meses, não diria “o direito de exigir o pagamento prescreve”, mas, diria, directamente, que “o direito ao pagamento” – “rectius”, tal como o refere hoje a Lei 12/2008, “o direito ao

recebimento do preço” - prescreve no prazo de 6 meses contados da prestação do serviço [9].

Concluindo: A apresentação da factura no prazo de 6 meses sobre a prestação do serviço, é impeditiva dessa prescrição de 6 meses interrompendo esse prazo. Não ocorrendo a apresentação da factura nesse prazo, prescreve o crédito. Ocorrendo, o prestador de serviços tinha 5 anos a contar da apresentação da factura para propor a acção, sob pena de prescrição do respectivo crédito.

Será, eventualmente verdade, que o termo prescrição empregue para “o direito de exigir o pagamento”, se mostrará menos próprio, e que porventura se mostraria mais adequado utilizar o termo caducidade, como se faz relativamente ao direito da prestadora de serviços reclamar do cliente o que facturou a menos (cfr art 10º/2 da L 23/96). Mas o facto é que o nº 2 do art 298º do CC prevê que a lei se possa referir expressamente à prescrição, quando por força dela, um direito deva ser exercido dentro de certo limite de tempo, e o seu titular se mostre inerte em o exercer tempestivamente.

Admitindo, no entanto, que o termo prescrição se configure nas normas em apreciação, com menor rigor terminológico, o facto é que a interpretação das mesmas normas que se vem criticando, não corrigindo aquela falta de rigor, apenas a agrava, como é mencionado no já referido Ac RP de 11/3/2002.

Resta referir, que, salvo melhor opinião, está afastada a possibilidade de se conferir à nova redacção do nº 1 do art 10º da Lei 23/96 de 26/7 pela Lei 12/2008 de 26/2, carácter interpretativo, nos termos e para o efeito do disposto no art 13º do CC, a partir do momento em que, a própria Lei 12/2008, no seu art 3º, veio, “a contrario sensu”, afastar a sua aplicação às relações que já não subsistam à data da sua entrada em vigor, como são o caso das que estão em causa nos presentes autos [10].

Deste modo, há que concluir, tal como a decisão recorrida o fez, que a A ao accionar o R. estava em tempo, não se mostrando prescritos os créditos a que os autos respeitam.

2 - No que respeita à apelação interposta pela A. da sentença final, resulta das conclusões das respectivas alegações haver a decidir se, quando a sentença recorrida declara não escritas a cláusula contratual relativa à fixação de um período de permanência e a cláusula penal para o caso de incumprimento daquele compromisso, «mais não faz» do que declarar a nulidade de tais cláusulas, de tal modo que, porque assim haja de se entender, a sentença recorrida se mostre nula por omissão de pronúncia, pois que nos termos do art 289º/1 CC necessariamente que haveria de ter determinado a condenação do R. a restituir-lhe os equipamentos que lhe forneceu no estado em que os mesmos se encontravam inicialmente, ou, caso assim não fosse possível, o valor correspondente aos mesmos, a liquidar em execução de sentença.

O conhecimento desta apelação postula que se recorde que o Exmo

Juiz a quo, no despacho saneador, ponderou a possibilidade da A. no presente processo – que corre sob a forma sumária – poder ou não aditar ao pedido inicialmente formulado, o acrescentado no articulado de resposta às exceções, da condenação do R. a, no caso das cláusulas de obrigatoriedade de permanência na rede virem a ser declaradas nulas, restituir à A., ou os equipamentos, caso não tenham sido utilizados, ou o valor correspondente aos mesmos.

E veio a concluir no sentido da admissibilidade desse procedimento, dando, no entanto, a entender que o mesmo apenas se imporá se, em sede de conhecimento final, se viessem a entender as cláusulas em questão como nulas, visto que assim sendo, o pedido em referência se limitaria a fazer operar a completa estatuição do art 289º/1 CC [11]. Sucede que o pressuposto que subjazeu à admissibilidade do pedido em referência – serem as referidas cláusulas declaradas nulas – não se veio a verificar, já que o decidido pelo tribunal de 1ª instância não veio a ser a nulidade dessas cláusulas, mas a sua exclusão do contrato.

Sem prejuízo do que adiante se dirá a respeito da não equivalência entre declararem-se não escritas cláusulas (contratuais gerais) de um contrato, ou declararem-se as mesmas nulas, não pode deixar de se fazer notar, desde já, que mesmo que tivesse sido declarada a nulidade daquelas cláusulas, ou que declarar a sua exclusão dos contratos se equivalesse juridicamente à declaração da sua nulidade, nem por isso, a aplicação à situação dos autos do disposto no art 289º/1 do CC, seria tão simplista, ou imediata, como o pretende a apelante. É que, a circunstância de estarem em causa cláusulas nulas, ou a terem-se como tal, só tornaria o contrato nulo, se o R. se não quisesse prevalecer dele, como demonstrou pretendê-lo nos autos, havendo neste caso, como melhor resultará do que adiante se irá referir, que aplicar-se os critérios a que se referem os art 13º/2 e 14º da LCCG para integração das lacunas a que desse lugar a nulidade das concretas cláusulas.

Mas, veja-se, o que em concreto refere a sentença a respeito da exclusão das referidas cláusulas: «(...) como se provou nos autos, o R. não acordou em fixar qualquer período de permanência, visto que não o solicitou, e atendendo a que não se provou que quando assinou o contrato este se encontrava preenchido naquela parte. Assim sendo, terá que se ter tal cláusula como inexistente, uma vez que sobre a mesma não existiu qualquer acordo das partes com vista à vinculação. No que respeita à própria cláusula penal que prevê as consequências da não permanência pelo período contratado, a mesma deixa de fazer sentido, se se conclui que não existe vínculo quanto a tal permanência. Ainda assim, há que dizer que a referida cláusula sempre seria excluída, uma vez que não foi comunicada ao R. (art 8º al a) do DL 445/85. (...) Termos em que se consideram excluídas, por quanto às mesmas não ter havido declaração de adesão ou vinculação por parte do R., as clausulas relativas à fixação de um

período de permanência e cláusula penal para o caso de incumprimento desse compromisso».

Da soma destas considerações feitas na sentença, decorre que o tribunal a quo declarou não escritas as seguintes cláusulas dos contratos em causa nos autos, uma e outra constantes do “aditamento nº 2 “ a ambos os contratos:

«1. Nesta data o Cliente propõe à TMN [12] manter o seu vínculo contratual relativamente aos cart(ões) de acesso ao Serviço Telefónico Móvel prestado pela TMN correspondente ao(s) número(s) infra pelo período de 30 meses no tarifário discriminado, a contar desta data, recepcionada pela TMN a presente proposta».

«3. Em caso de incumprimento do aqui proposto, o Cliente pagará à TMN o equivalente ao valor das mensalidades fixas contratadas, relativas aos meses de vinculação deduzidas das já pagas, dando desde já como garantia do pagamento desta e do cumprimento integral do acordo de adesão, os seus(s) telemóveis(s), com ligação exclusiva à rede TMN, do(s) qual(is) fica fiel depositário, e cuja utilização a TMN poderá inibir quando e enquanto ocorrer o incumprimento».

Fê-lo ao abrigo do art 8º al a) do DL 446/85 de 25/10, consequentemente, porque considerou que atentos os factos provados, a A. não tinha feito a prova da sua comunicação ao R. nos termos do art 5º desse diploma legal.

Declarar não escritas significa declarar como inexistentes.

A propósito do art 8º da LCCG refere Galvão Telles[13] : «Todas estas cláusulas, pelo circunstancialismo de que se revestem, são pura e simplesmente excluídas do contrato. Têm-se por não escritas. Mais do que simples nulidade, afecta-as autêntica inexistência jurídica. O contrato, em princípio permanece de pé, mas esvaziado de tais cláusulas, que se mostram desprovidas de qualquer valor ou efeito, ainda que provisório ou secundário».

E Oliveira Ascensão [14] escreve: «A maior defesa (do aderente na formação do contrato) consta, porém, do art 8º. As cláusulas em contravenção das disposições anteriores (arts 5º e 6º), consideram-se excluídas dos contratos singulares. Assim, o destinatário não tem que se preocupar como impugna-las: pode tê-las simplesmente por não escritas. Mas não só estas. Também as “cláusulas de surpresa” estão sujeitas a este regime (que parece não corresponder a uma nulidade) (...) É também muito importante o efeito atribuído pelo art 9º à verificação destas deficiências. As cláusulas são simplesmente riscadas, mas sem prejuízo do que resulte de contratos singulares acordados. O restante conteúdo mantém-se intacto. É pois muito diferente do que resultaria de uma anulação do contrato».

Convém, no entanto perceber, porque é que o diploma das cláusulas contratuais gerais estabelece à partida esta dicotomia entre cláusulas excluídas, tendo-se por não escritas – art 8º e 9º - e cláusulas nulas – arts 12º, 13º e 14º.

Diz a este respeito Oliveira Ascensão [\[15\]](#): «Uma coisa são as cláusulas excluídas do art 8º, outras as cláusulas nulas do art 12º. No primeiro caso, não se suscitam problemas de validade, apenas as cláusulas ficam de fora do conteúdo do contrato; no segundo, as cláusulas são nulas e há que tirar as consequências dessa invalidade. A justificação encontra-se na distinção entre a violação de uma regra pré-negocial, caso em que a cláusula não é admitida, e a incorrecção do conteúdo, caso em que a cláusula é nula».

É que, quando se verifique em concreto, que as cláusulas contratuais gerais – cuja admissibilidade advém, genericamente, da circunstância das mesmas apenas questionarem, na prática, a liberdade de estipulação, mas não a de celebração [\[16\]](#) –, vista a formação do contrato, colocaram em risco esta liberdade de celebração, porque a predisponente não consiga provar ter procedido a uma sua efectiva comunicação (art 5º) e/ou a uma sua efectiva informação (art 6º), então a lei reage mais energicamente, estabelecendo a própria exclusão dessas cláusulas e a necessária subsistência do contrato (confrontar art 9º e 13º).

«É que a presença num contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, de dispositivos que não tenham sido devidamente comunicados ou informados, não corresponde ao consenso real das partes» [\[17\]](#), podendo ocorrer a própria inexistência de qualquer consenso.

A LCCG, ao partir desta dicotomia entre cláusulas excluídas e cláusulas nulas, limita-se a aproveitar as diferenças há muito reconhecidas [\[18\]](#) entre a inexistência e a invalidade como valores negativos do negócio jurídico. A respeito das diferenças entre uma e outra destas categorias, refere Oliveira Ascensão [\[19\]](#), em jeito de conclusão: «O acto inexistente é o acto que está fora de direito. Enquanto o acto nulo é um acto de relevância negativa, o acto inexistente é um acto irrelevante (...) Na ineficácia, pressupõe-se que existe algo, mas que não produz efeitos. Na inexistência a situação é mais radical: nada existe, logo não se pode sequer colocar a problemática da produção de efeitos».

Será por assim ser, que na LCCG o regime das cláusulas excluídas e o regime das cláusulas nulas, difere, logo à partida, num aspecto essencial: enquanto se a cláusula é nula o aderente pode optar ou não pela manutenção do contrato (art 13º/1º), quando a cláusula é excluída, o contrato, independentemente da vontade do aderente, mantém-se (art 9º).

Após essa inicial distinção, o regime, para preenchimento da lacuna negocial que resulte de exclusão de cláusula, ou da que resulte da declaração da nulidade de cláusula, parece, equivaler-se, no essencial: num caso e noutro, há que recorrer às regras supletivas, se houver normas supletivas aplicáveis, quer dizer, se as cláusulas contratuais gerais tidas por não escritas, ou tidas por nulas, tiverem afastado um regime supletivo; se as não houver, haverá que se integrar o contrato

(cfr arts 9º e 13º), o que significa, como decorre do art 239º do CC, que haverá que se recorrer à vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissso (vontade conjectural ou hipotética), ou, que se recorrer aos ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

E aqui o regime volta a divergir: no caso de cláusula excluída, quando a utilização dos elementos atrás referidos implique uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais, o contrato deverá ser tido como nulo (como sucede, em termos gerais, quando o objecto negocial seja indeterminável -art 280º CC); e, quando a utilização desses elementos redunde num desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (refere-se-lhe Almeida Costa/ Menezes Cordeiro [20] como de “distorções acentuadas na lógica interna dos negócios em causa”), o contrato será igualmente nulo.

Já relativamente ao contrato quanto ao qual se tenha tido por nula cláusula contratual geral, se a utilização das normas supletivas, ou das normas de integração, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos, e apenas se este não for possível, o da nulidade. Note-se ainda, que é este último regime que vigora se o aderente subscritor ou aceite de cláusulas contratuais gerais tidas como nulas, não exercer a faculdade de optar pela manutenção do contrato – art 14º sua 1ª parte.

Todas estas regras obedecem ao mesmo princípio básico: o do maior aproveitamento possível dos contratos singulares [21].

O que se referiu, permite concluir que o legislador da LCCG não quis a integral equivalência entre o regime da inexistência de cláusulas e o da nulidade de cláusulas, e que, por isso, quando na sentença recorrida se excluíram as acima referidas cláusulas, não se estava, nem muito nem pouco, a tê-las como nulas, pelo que é de todo insustentável, pretender-se, como o pretende a apelante, que inexistência «vale» nulidade, e que a nulidade acarretaria, sem mais, a restituição da totalidade dos equipamentos.

Acresce que também se mostra grosseiramente insustentável que se diga que a sentença padece de nulidade por não se ter pronunciado relativamente a esta restituição em face do regime constante do mencionado art 289º/1 do CC.

È que a sentença recorrida não deixou de ponderar se perante a exclusão das acima referidas cláusulas dos contratos, ainda assim, poderia haver lugar à restituição dos equipamentos tal como a A. o havia solicitado, para concluir em sentido contrário.

O facto de se concluir pelo infundado dos fundamentos da apelação, não significa, no entanto, que não possa e não deva este tribunal, acolher, ainda que parcialmente, o resultado pretendido pela A.

O que sucede, porque se considera que o regime que advém do art 9º LCCG, acima referido, se deve ter como de aplicação oficiosa, e que da aplicação desse regime, resultará a admissibilidade daquele

resultado.

Note-se que o que se tem como de aplicação oficiosa – concorrendo, nesse sentido, a circunstância, já mencionada, da subsistência do contrato singular que se veja excluído de alguma das suas cláusulas, por efeito da aplicação do art 8º, se impor sem o concurso da vontade do aderente [22] - é o regime constante do art 9º, e não a conclusão anterior de que a cláusula se deva ter como inexistente, porque, para esse efeito, o aderente há-de previamente ter alegado os condicionalismos factuais de que dependerá essa consequência, de modo a que a predisponente se possa ter defendido a seu respeito. Repare-se, por outro lado, como as considerações da sentença recorrida e as contra-alegações do R. parecem confluir num ponto: o de dever ser dada prevalência ao negócio que o R. pretendia efectivamente celebrar, tendo sido, afinal, a esse negócio que pretendeu dar a sua adesão.

De facto, o R. põe em destaque nas referidas contra-alegações, a matéria provada nos pontos 15 e 16 da sentença, isto é, que os aditamentos «foram celebrados pelo réu com o agente da autora, o qual não o esclareceu que os mesmos implicavam qualquer obrigação de permanência, ou sequer a necessidade de o réu subscrever novos cartões de acesso, bem como a atribuição de equipamentos telefónicos, e que ele não pretendia, nem solicitou qualquer obrigação de permanência, a subscrição de novos cartões de acesso, ou a atribuição de equipamentos telefónicos», frisando que não pretendia mais equipamentos, e que a entrega destes não era condição essencial para a celebração do contrato.

Ora, a aplicação dos critérios, a que se acima se fez referência, constantes do art 9º - aplicação essa, que, na prática, nunca será isenta de dificuldades – implicará, na situação concreta dos autos que, não se vendo que haja regras supletivas a aplicar em substituição das cláusulas contratuais gerais concretamente excluídas do(s) contrato(s), e desconhecendo-se a vontade conjectural de ambas as partes no que respeita aos pontos cujo conteúdo foi dele(s) excluído, se recorra aos “ditames da boa fé” – art 239º CC – sendo que estes apontam para que se dê efectiva prevalência ao negócio que o R. pretendia celebrar (e portanto apenas à sua vontade conjectural). Tal implicará, não apenas que o R. se veja condenado a pagar as facturas referentes aos seus consumos - como o foi em 1ª instância, sem que a tal tenha reagido, porque desde sempre a tal se dispôs - mas também, que o mesmo devolva à A os equipamentos telefónicos que não chegou a utilizar no âmbito dos dois contratos dos autos – e nos quais, porque não teve interesse antes de se decidir a contratar, não o poderá ter agora, pois que até nem os utilizou ... - e que são, na contraposição que o ponto 9 da matéria de facto permite relativamente à enunciação da totalidade dos equipamentos constante dos contratos, os referentes aos números ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... e

A não restituição à A. desses equipamentos constituirá puro desperdício, que o cumprimento da prestação tal como o R. a perspectivou – com o pagamento das facturas relativas aos serviços que a A efectivamente lhe prestou – não pode justificar. Ora, no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé (art 762º/2 CC).

VI - Pelo exposto, acorda este tribunal em julgar totalmente improcedente a apelação interposta pelo R., e parcialmente procedente a apelação interposta pela A, condenando o R. a entregar à A. os equipamentos telefónicos que no âmbito dos dois contratos em causa nos autos não chegou a utilizar, referentes aos números acima referidos, mantendo no demais a sentença recorrida.

Custas da apelação interposta pelo R, pelo mesmo.

Custas da apelação interposta pela A., por esta e pelo R., na proporção de 3/4 para aquela e 1/4 para este.

Lisboa, 29 de Julho de 2009

Maria Teresa Albuquerque

Isabel Canadas

José Maria Sousa Pinto

[1] - Cfr a respeito deste tipo de excepções, Manuel de Andrade, “Noções Elementares de Processo Civil” 1979, p 133.

[2]- “Aplicação da Lei nº 23/96 e o Serviço Móvel de Telefone e natureza extintiva da prescrição referida no seu art 10º”, in RLJ ano 132, nº 3001 e 3902, p 138 a 143).

[3]- Cfr Ac STJ 5/6/2003 (Pires da Rosa), Ac RP 6/5/2003 (Emídio Costa), Ac RP 18/5/2004 (Alberto Sobrinho), Ac RL 4/10/2007 (Nelson Carneiro),

[4]- Cfr Ac STJ 5/6/2003 (Pires da Rosa), Ac RP 6/5/2003 (Emídio Costa), Ac RP 18/5/2004 (Alberto Sobrinho), Ac RL 4/10/2007 (Nelson Carneiro), entre muitos outros.

[5]- Cfr Ac RP 11/3/2002 (Couto Pereira), Ac RP 25/3/2004 (João Bernardo), Ac RP 28/6/2004 (Sousa Lameira), Ac RL 12-5-05 (Gonçalo Silvano), Ac RL 23-2-06 (Granja Fonseca), Ac RL 20/6/06 (Espírito Santo), Ac RP 10/7/06 (Fonseca Ramos), Ac RP 2/10/2006 (Cura Mariano)...

[6]- Bem como com a referida pelo apelante nas conclusões BB) a DD), embora não para a conclusão a que o mesmo pretende chegar, como se verá da exposição subsequente.

[7]- Cfr estes conceitos em Pessoa Jorge, “Direito das Obrigações”, ed ACFDL, 1975/76, p 284

[8]- Ac RP 11/3/02 (Couto Pereira) acessível, como os demais

referidos, em www.dgsi.pt.

[9]- Por isso se concorda com o referido no Ac R P de 2/10/06 (Cura Mariano):“ O que o legislador pretendeu foi que, para além do prazo de 5 anos como prazo de prescrição comum, existisse um outro prazo para que os serviços de telefone apresentassem aos seus clientes as facturas correspondentes aos serviços prestados (criou-se um regime semelhante aos diferentes prazos de caducidade dos direitos do dono da obra no contrato de empreitada em caso de realização de obra defeituosa, em que existe um prazo para a denúncia do defeito e outros prazos para o seu exercício judicial)”.

[10]- Não se compreende como pode a A. referir no articulado de resposta, que as relações jurídicas a que deram origem os contratos dos autos ainda subsistem, quando ela própria procedeu à resolução desses contratos como refere no art 11º da petição inicial, ao ter fixado ao R. prazo para que este pagasse as facturas em dívida, o que o mesmo não fez (cfr art 808º CC).

[11]- A admissibilidade desse procedimento, sempre se obteria com o recurso a um argumento de maioria de razão extraído da jurisprudência firmada pelo Assento STJ nº 4/95 do STJ de 28/3/95 (in DR I-A 17/5/95) pois que, se, “quando o tribunal conhecer oficiosamente da nulidade do negócio jurídico invocado no pressuposto da sua validade (e) se na acção tiverem sido fixados os necessários factos materiais, deve a parte ser condenada na restituição do recebido com fundamento no nº 1 do art 289º do CC”, então, também, quando o conhecimento da nulidade não se mostrar oficioso, mas constitua defesa do réu, se há-de admitir que a contraparte venha opor, em resposta, a disciplina do nº 1 do art 289º CC.

[12]- Note-se que o conceito de cláusulas contratuais gerais, de acordo com o art 1º da LCCG (na redacção que lhe foi dada pelo DL 249/99 de 7/7) abrange os “destinatários indeterminados” que façam a proposta, o que significa que nem sempre a empresa figura como proponente. É o que sucede com as cláusulas em referência nos autos, em que surge o destinatário (indeterminado) a propor cláusulas contratuais gerais à A., que é a própria predisponente. Oliveira Ascensão explica porquê (obra citada, p 377) : « A razão está em a lei ter querido prevenir a fraude à lei que consistiria em o emitente se colocar formalmente na condição de destinatário de propostas que havia previamente colocado nas mãos de sujeitos indeterminados (...) Para excluir a alegação de que nesse caso o emitente se limita a aceitar a proposta alheia, a lei equipara o proponente e o destinatário, desde que responsáveis pela elaboração de cláusulas oferecidas a uma generalidade de pessoas».

[13] - “Manual dos Contratos em Geral”,2002, p 322

[14]- “Teoria Geral do Direito Civil”, III, 1982, p 375

[15]- Obra citada, p 383

[16] - Neste sentido, Menezes Cordeiro, “Direito Civil Português - Parte Geral”, 3ª ed, p 622.

[17]- De novo Menezes Cordeiro, obra e lugar citados.

[18] - Pese embora haja quem tenha por eliminável a categoria da inexistência jurídica;. cfr a esse respeito Mota Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil”, 1976, p 469.

[19]- Obra citada, p 433

[20] - Cfr “Cláusulas Contratuais Gerais - Anotação ao DL 446/85 de 25/10”- 1990, p 29

[21] - Menezes Cordeiro, obra citada , p 624 e 626

[22] - Também o regime que decorre do art 13º e 14º, para a situação de nulidade de cláusulas, se há-de ter como de aplicação oficiosa, embora a aplicação do disposto no nº 2 do art 13º, pressuponha que o aderente haja exercido a faculdade de optar pela manutenção do contrato.
