

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 27076/13.8YIPRT.P1

Relator: HENRIQUE ARAÚJO
Sessão: 16 Setembro 2014
Número: RP2014091627076/13.8YIPRT.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: CONFIRMADA

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELECOMUNICAÇÕES

INCUMPRIMENTO DO CONTRATO CLÁUSULA PENAL

Sumário

No contrato de prestação de serviços de telecomunicações, se não tiver existido fornecimento de equipamentos, a indemnização pela resolução antecipada do contrato pode ser livremente fixada pelas partes desde que não se ultrapassem as barreiras impostas por um juízo de proporcionalidade.

Texto Integral

PROC. N.º 27076/13.8YIPRT.P1
Do 4.º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Maia
REL. N.º 938
Relator: Henrique Araújo
Adjuntos: Fernando Samões
Vieira e Cunha

*

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO:

I. RELATÓRIO

“B..., S.A.”, com sede no ..., ..., Maia, intentou procedimento de injunção contra “C..., Lda.”, com sede na Rua ..., n.º .., Vila Verde, pedindo que a Requerida seja condenada a pagar-lhe a quantia de 11.671,73 €, alegando ter celebrado com esta um contrato de prestação de serviços através do qual a

mesma se obrigou a pagar o preço dos serviços prestados e a manter o contrato pelo período de 24 meses sob pena de, não o fazendo, ser responsável, a título de cláusula penal, pelo pagamento do valor relativo à quebra do vínculo contratual. Alegou ainda que, das facturas emitidas, permanecem em dívida as que indica, incluindo o valor correspondente à cláusula penal, em virtude da resolução do contrato antes de decorrido o período de fidelização.

Devidamente citada a Requerida não deduziu oposição.

Foi, então, proferida sentença, na qual se julgou parcialmente procedente a acção, condenando-se a Requerida a pagar à Requerente a quantia de 2.890,03 €, acrescida de juros de mora, à taxa comercial, contados sobre o valor das facturas mencionadas no ponto 2. dos factos provados, desde as respectivas datas de vencimento e até efectivo e integral pagamento, bem como a quantia de 55,00 €.

A Requerente recorreu.

O recurso foi admitido como de apelação, com efeito devolutivo.

Nas alegações de recurso, a apelante pede a revogação da sentença na parte em que viu improceder o seu pedido, apoiando-se nas seguintes conclusões:

1. Entendeu o tribunal *a quo* que a Apelante não pode invocar a cláusula penal prevista no contrato de prestação de serviços constante dos autos por não ter alegado ter entregue equipamentos à ré, nos termos do Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho (“Decreto-Lei n.º 56/2010”).
2. O Tribunal *a quo* alicerçou a decisão recorrida no entendimento de que “no sector das comunicações (*rectius* sector das comunicações electrónicas) a previsão de cláusulas penais só é válida quando os contratos são celebrados e há, simultaneamente, oferta de equipamentos ou entrega de equipamentos.”
3. O objectivo e o alcance do Decreto-Lei n.º 56/2010 são diametralmente opostos ao propugnado pelo Tribunal *a quo*, Decreto-Lei que é inaplicável à situação dos presentes autos, sendo a cláusula penal convencionada válida.
4. A primeira referência com que o intérprete se depara na leitura do Decreto-Lei n.º 56/2010, é, no início do seu preâmbulo, a invocação de um estudo levado a cabo pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), denominado de “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas” (“Estudo”), e divulgado em Fevereiro de 2010.
5. Nas palavras do legislador, e no que se refere às comunicações móveis, no estudo são evidenciados dois tipos de custos que condicionam a mobilidade

dos consumidores (possibilidade de os consumidores mudarem de operador/prestador de comunicações eletrónicas): os custos contratuais e os custos de compatibilidade.

6. Atenta a relevância que o legislador expressamente confere ao estudo impõe-se ao intérprete a sua leitura e análise, pelo menos nas partes destacadas no preâmbulo do diploma, a saber os custos contratuais, os custos de compatibilidade e as soluções propostas para reduzir tais custos, tudo de harmonia com a tarefa de exegese determinada pelo artigo 9.º do Código Civil, para se alcançar o (verdadeiro) sentido da lei.

7. Os custos contratuais e de compatibilidade, que foram relevados e atendidos aquando da redacção do Decreto-Lei n.º 56/2010, são categorias que integram o conceito de custos de mudança, sendo estes últimos aqueles em que o consumidor incorre "(...) sempre que este opte por aderir aos serviços de um operador ou prestador de serviços, num contexto de existência de uma relação contratual prévia com um outro fornecedor."

8. Os custos contratuais resultam, nomeadamente, da existência de períodos de fidelização e de cláusulas associadas à cessação antecipada dos contratos, uma vez que, neste sector, é prática habitual - em benefício do próprio consumidor - a estipulação de uma obrigação de utilização do serviço contratado por um período de tempo mínimo e que tem como contrapartida a atribuição (ao consumidor), no momento de celebração do contrato ou durante a sua execução, de um conjunto alargado de ofertas, por exemplo, a atribuição de descontos na instalação do serviço ou no valor do tarifário subscrito, ou a entrega de equipamentos a um preço muito reduzido (e significativamente inferior ao preço normal de mercado).

9. Os custos de compatibilidade estão relacionados com uma questão concreta e que se prende com a aquisição de equipamentos que estão bloqueados a uma determinada rede, ou seja, o consumidor apenas poderá usufruir dos serviços fornecidos por determinado prestador de comunicações.

10. No âmbito das medidas e soluções direccionadas à redução dos custos contratuais, a AdC preconiza que os períodos de fidelização e as penalizações devem ser proporcionais e justificados, entendendo a proporcionalidade, neste contexto, como a adequação do benefício auferido pelo consumidor (e.g. aplicação de tarifários promocionais, entre outros) ao compromisso que assume (e.g. subscrição por um determinado período de tempo).

11. A AdC não sugere, portanto, como medida de promoção da mobilidade, a eliminação ou a exclusão das cláusulas de fidelização - porquanto as contrapartidas das mesmas constituem um benefício evidente para os consumidores -, mas propõe, em linha com as orientações da Autoridade Nacional de Comunicações ("ANACOM"), e com as regras gerais do Direito

(*maxime* o Código Civil), a adequação das cláusulas penais aos benefícios efectivamente concedidos aos consumidores no momento da celebração dos contratos de prestação de serviços, conciliando os interesses das duas partes na relação contratual.

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

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

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

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

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

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

estabelecem-se limites ao valor cobrado pelo desbloqueamento do equipamento no caso de não estar previsto um período de fidelização.

18. No artigo 2.º do diploma, e sob a epígrafe “Âmbito”, o legislador reproduz a solução que deixa enunciada no preâmbulo: (i) no n.º 1 estabelece-se a proibição de cobrança de qualquer contrapartida pelo serviços de desbloqueamento findo o período de fidelização; (ii) no n.º 2 são estabelecidos limites ao montante cobrado pelo desbloqueamento durante o período de fidelização, limites estes que têm em conta quer o valor do equipamento sem subsidiação, quer o valor (eventualmente) já pago pelo consumidor, quer a data em que o desbloqueamento é solicitado pelo consumidor; (iii) no n.º 3 estabelece-se que durante o período de fidelização, a contrapartida a cobrar pela cessação antecipada do contrato se restringe aos valores aí previstos; (iv) no n.º 4 é estabelecido um limite à quantia a ser cobrada pelo serviço de desbloqueamento do equipamento no caso de não existir um período de fidelização.

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

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

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

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

23. Apesar de estarmos perante matérias que têm como objectivo comum a diminuição dos custos de mudança, o legislador separou a forma como tal objectivo seria atingido em relação a cada um dos custos específicos

(contratuais e de compatibilidade), regulando-as em diplomas distintos e específicos: no Decreto-Lei n.º 56/2010 definiu medidas direccionadas aos custos de compatibilidade e estabeleceu regras concretas para reduzir tais custos; já na Lei n.º 51/2011 concretizou as alterações necessárias para combater os custos contratuais.

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

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

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

27. No que se refere aos custos contratuais, o legislador previu expressamente, no n.º 2 do artigo 48.º da LCE (alterado pela Lei n.º 51/2011), que (i) as operadoras podem estabelecer períodos contratuais mínimos e que (ii) em caso de cessação antecipada do contrato decorrente de vontade do consumidor, as operadoras podem cobrar os encargos decorrentes de tal cessação, nomeadamente os encargos não relacionados com o equipamento, como resulta da leitura *a contrario sensu* deste normativo: “A informação relativa à duração dos contratos deve incluir indicação da existência de períodos contratuais mínimos associados, designadamente, à oferta de condições promocionais, à subsidiação do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da portabilidade de números e outros identificadores, bem como indicar eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais.”

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

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

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

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

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

33. Em todos os casos em que não tenham sido entregues equipamentos deverão ser aplicadas ao contrato celebrado entre o consumidor e o prestador do serviço as regras previstas na LCE, sendo inaplicável o regime previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010.

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

35. Considerando que o objectivo do Decreto-Lei n.º 56/2010 é assegurar a protecção dos consumidores, a interpretação sustentada pelo Tribunal *a quo* introduziria uma limitação que: (i) impossibilita o aumento dos diversos tipos de produtos/serviços subsidiados disponibilizados aos clientes, situação que tem permitido, nos últimos anos, a massificação do consumo de produtos e serviços de comunicações electrónicas; (ii) impede as operadoras de se ressarcirem do esforço financeiro em que incorrem quando oferecem ao consumidor, por exemplo, tarifários promocionais, descontos nas comunicações, comunicações gratuitas para números da respectiva rede ou oferta de instalação/ativação dos serviços; (iii) pode conduzir ao desaparecimento das ofertas de adesão, de instalação e de ativação, aumentando os preços praticados - uma vez que os custos da instalação e de equipamentos são diluídos durante a permanência -, impossibilitando a

recuperação do investimento e, em consequência, impedindo o consumidor de beneficiar de ofertas atractivas e acessíveis; (iv) limita ou impede a subsidiação das ofertas e dos serviços, o que se poderá traduzir num aumento das barreiras à entrada e, por esta razão, a penetração de produtos e serviços como a Internet deixará de crescer aos ritmos actuais, podendo começar a aumentar o fosso relativamente ao resto da Europa.

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

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

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

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

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

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

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

consumidores têm direito a condições especiais.

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

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

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

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

De tudo quanto ficou exposto, resulta que, a decisão proferida nos presentes autos violou o disposto nos artigos 9º, 405º e 810º todos do Código Civil e o artigo 48º da Lei n.º 5/2004 de 10/02 na redacção dada pela Lei 51/2011 de 13/09 ao não aplicar a cláusula penal convencionada entre as partes e, conseqüentemente, absolver a Ré da indemnização nela prevista e peticionada

nos autos.

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

Não houve contra-alegações.

*

Sendo o objecto do recurso balizado pelas conclusões da recorrente, a única questão a dirimir é, em última análise, a de saber se deve proceder o segmento do pedido que se funda na estipulação da cláusula penal.

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

OS FACTOS

O Tribunal da 1ª instância deu como assentes os seguintes factos:

1. A requerente e a requerida celebraram um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, no dia 08.02.2012, por força do qual a requerente se obrigou a prestar o serviço no plano tarifário escolhido e a requerida a efectuar o pagamento tempestivo das facturas e manter o contrato pelo tempo indicado na proposta (24 meses) sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta pela quebra do vínculo contratual.
2. A requerente prestou à requerida os serviços descritos nas facturas cujas cópias se encontram juntas a fls. 54/58, no valor global de 2.890,03 €, e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
3. A título de incumprimento contratual pela ré a autora debitou-lhe o montante de 9.735,90 €, conforme cópia da factura junta a fls. 58 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
4. As facturas mencionadas foram enviadas à ré logo após as respectivas datas de emissão.
5. A requerente gastou a quantia de 55,00 € em diligências de cobrança para evitar a injunção.
6. Os serviços prestados à ré foram suspensos em 06.09.2012 por falta de

pagamento das facturas.

O DIREITO

Está só em causa a vertente do pedido que se refere à cláusula penal estabelecida em benefício da Requerente (ora apelante) em caso de incumprimento do contrato por parte da Requerida.

No contrato celebrado entre a Requerente e a Requerida ficou acordado que esta se obrigou a manter o contrato pelo período de 24 meses, sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento, a título de cláusula penal, do valor das mensalidades em falta pela quebra do vínculo contratual (vínculo de fidelização).

O tribunal recorrido entendeu que o valor pedido a esse título, correspondente às mensalidades em falta até ao termo do período de fidelização, não podia ser exigido à Requerida, fazendo improceder a acção nessa parte.

Vejamos se tal decisão deve ser revogada, como propugna a apelante.

Os factores condicionantes da mobilidade no sector das comunicações electrónicas compreendem, nomeadamente, os custos relacionados com a pesquisa e a comparação das ofertas alternativas (custos de pesquisa) e os custos relacionados com a mudança de operador ou prestador de serviços (custos de mudança).

Os custos de mudança compreendem diversas categorias, das quais importa destacar os custos contratuais e os custos de compatibilidade.

Os custos contratuais são usualmente desenhados pelos operadores ou prestadores de serviços para restringir a mobilidade dos seus clientes. Estes custos resultam, por exemplo, da existência de cláusulas associadas à cessação antecipada da relação contratual e dos programas de fidelização do consumidor.

Em termos das cláusulas contratuais aplicáveis, o consumidor é frequentemente obrigado a comprometer-se a utilizar o serviço contratado por um período de tempo não inferior a 12, 18, ou 24 meses[1], como contrapartida da cedência de equipamento a preços reduzidos - nomeadamente, de um telemóvel, de uma placa de rede, de um modem, entre outros - ou da concessão de condições promocionais - por exemplo, um determinado desconto nos valores a pagar pela instalação ou mensalidade do serviço. Desse modo a operadora procura assegurar a recuperação do investimento efectuado no momento inicial, cominando penalizações financeiras ao consumidor caso este opte por fazer cessar o contrato antes do período contratual fixado.

Os custos de compatibilidade prendem-se com a aquisição de equipamentos que apenas permitem usufruir dos serviços fornecidos por determinado operador ou prestador (cfr. Estudo da Autoridade da Concorrência sobre a “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas”, divulgado em Fevereiro de 2010 e disponível no sítio www.concorrenca.pt). Neste estudo conclui-se que a mobilidade dos consumidores é, além de outras circunstâncias, condicionada pela existência de custos contratuais, que, como se disse, resultam, por exemplo, de cláusulas associadas à relação contratual que impõem, frequentemente, penalizações em caso de cessação antecipada. Segundo o mesmo estudo, seria desejável que, não obstante as determinações do ICP – Autoridade Nacional de Comunicação (ICP-ANACOM) saídas da deliberação de 11.12.2008[2], os períodos de fidelização e as penalizações por quebra antecipada de contrato aplicados pelos operadores ou prestadores de serviços aos seus clientes fossem proporcionais e justificados, devendo a sua razoabilidade ser analisada por uma entidade independente, nomeadamente, pelo regulador sectorial.

Na sequência desse estudo foi publicado o DL 56/2010, de 1 de Junho[3], de cujo preâmbulo se recorta o seguinte:

“A Autoridade da Concorrência, no estudo “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas”, divulgado em Fevereiro de 2010, identifica a falta de mobilidade dos consumidores como um dos entraves a uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas em Portugal.

(...)

Assim, o presente decreto-lei visa garantir os direitos dos utilizadores, facilitando a sua mobilidade, e proporcionar, também uma maior concorrência no mercado das comunicações electrónicas.

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

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

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

O caso dos autos obriga a que nos fixemos no segundo ponto da intervenção do legislador, ou seja, o que procede ao limite do valor cobrado pela resolução do contrato, pois é disso que aqui se trata.

O contrato entre a Requerente e a Requerida foi celebrado em 08.02.2012,

prevendo-se que a sua duração tivesse 24 meses. Estabeleceu-se uma mensalidade no valor de 485,54 €. Os serviços contratados foram, porém, suspensos logo em 06.09.2012 por falta de pagamento. Por essa razão, a Requerente quer ser indemnizada do valor estipulado como cláusula penal, correspondendo ele à multiplicação do número de meses em falta até ao termo do período de duração do contrato pelo montante da mensalidade acordada, no total de 9.735,90 € - cfr. factura de fls. 58.

Não se põe em questão, atentos os princípios da autonomia da vontade privada e da liberdade contratual (artigo 405º, n.º 1, do Código Civil), a possibilidade de as partes, em qualquer contrato bilateral, estipularem uma cláusula penal do género da fixada no contrato em presença.

A fixação dessa cláusula (artigo 810º, nº 1, do Código Civil) tem por objectivo a liquidação antecipada dos danos exigíveis em caso de incumprimento do contrato, ficando logo determinado o valor desses danos. Evitam-se, desse modo, discussões e dúvidas futuras sobre essa matéria, ao mesmo tempo que se incentiva o devedor ao cumprimento do contrato.

No entanto, para proteger os utentes de eventuais abusos por parte das entidades que operam no sector das comunicações electrónicas, e para promover, simultaneamente, a mobilidade dos consumidores e estimular a concorrência nesse domínio, o legislador, seguindo as orientações do estudo a que acima aludimos, impôs limites bem objectivos aos valores que as operadoras podem exigir dos consumidores pela resolução antecipada do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, tornando-os - como ali se recomendava - proporcionais, razoáveis e justificados.

Assim, o artigo 2º do DL 56/2010 determina, no seu n.º 2:

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

- a) 100% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;*
- b) 80% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis;*
- c) 50% do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsídio, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis.”*

A única contrapartida que esse diploma permite que o operador exija do consumidor é a referida no n.º 2 do artigo 2º, na medida em que o n.º 3 do mesmo é peremptório ao dispor que *“é proibida a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no número anterior, a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização”*. E o artigo 8º comina com nulidade qualquer convenção ou disposição que contrarie ou exclua o disposto nesse diploma. Sustenta, no entanto, a apelante que o legislador, nesse DL 56/2010, interveio só ao nível dos custos de compatibilidade, confinando-se a sua aplicação às situações em que a prestação de serviços de comunicações é acompanhada da entrega de equipamentos bloqueados aos consumidores. Na leitura feita pelo apelante, ficariam de fora as situações relacionadas com os custos contratuais, não estabelecendo a Lei das Comunicações Electrónicas (LCE), aprovada pela Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, limites concretos para a pré-fixação do montante devido no caso de resolução antecipada do contrato pelo consumidor.

Antes das alterações à LCE introduzidas pela Lei 51/2011, de 13 de Setembro [4], a situação não era, de facto, líquida.

Com a publicação dessa lei, tudo ficou bem mais claro.

Desde logo, com o aditamento da alínea h) ao enunciado do n.º 2 do artigo 2º da Lei 5/2004, onde se passou a dispor que o disposto nessa lei não prejudica o regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no DL 56/2010, de 1 de Junho. Depois, também, pela substancial alteração do artigo 48º, cujos nºs 2 e 5 passaram a dispor, respectivamente:

“2 - A informação relativa à duração dos contratos deve incluir indicação da existência de períodos contratuais mínimos associados, designadamente, à oferta de condições promocionais, à subsidiação do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da portabilidade de números e outros identificadores, bem como indicar eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais.

5 - Sem prejuízo da existência de períodos contratuais mínimos, nos termos do número anterior, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante.”

A conjugação destas normas só pode ser interpretada no sentido de que a cobrança relativa aos custos de compatibilidade tem regulação específica no

DL 56/2010, com os limites aí previstos, reportados ao valor dos equipamentos fornecidos, e que, quanto aos custos contratuais, o valor contratualmente fixado para compensar a operadora, no caso de resolução antecipada do contrato, não está sujeito a qualquer limite concreto, embora se deva observar uma relação de proporcionalidade e de razoabilidade entre esse valor e a contrapartida não obtida pela operadora em consequência da não observância do período de fidelização[5].

Assim, se houver fornecimento de equipamentos, a resolução antecipada do contrato obrigará o consumidor a ressarcir a operadora num valor que, consoante o tempo que falte para a completação do período de fidelização, não poderá ultrapassar os limites fixados nas alíneas a) a c), do n.º 2 do artigo 2º do DL 56/2010, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis.

Se não tiver existido tal fornecimento, a indemnização pela resolução antecipada do contrato não está sujeita a esses limites, podendo ser livremente fixada pelas partes, desde que não ultrapasse as barreiras impostas por um juízo de proporcionalidade.

Não obstante o nosso entendimento convergir com o explanado pela apelante nas conclusões, nem por isso podemos conceder provimento ao recurso.

Na verdade, os autos não fornecem qualquer pista quanto à origem e finalidade da cláusula penal, sendo manifestamente exíguos os factos alegados. E era sobre a Requerente que recaía o ónus de alegar e provar a factualidade em que apoiava o pagamento da verba reclamada a título de cláusula penal – cfr. artigo 342º, n.º 1, do CC.

Ora, a Requerente nada invocou quanto ao real fundamento da cláusula penal, nem sequer colmatou essa insuficiência da alegação com a junção do respectivo contrato.

Pelo apontado motivo, a acção não podia proceder nessa parte[6].

*

III. DECISÃO

Nestes termos, decide-se julgar improcedente a apelação, confirmando-se a sentença recorrida, ainda que com diversa fundamentação.

*

Custas pela apelante.

*

PORTO, 16 de Setembro de 2014

Henrique Araújo

Fernando Samões

Vieira e Cunha

[1] A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro – diploma que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos – prevê a possibilidade de serem estipulados entre as empresas que oferecem redes ou serviços telefónicos acessíveis ao público e os clientes períodos contratuais mínimos, vulgarmente designados por períodos de fidelização – cfr. alínea f) do n.º 1 do art.º 47º.

[2] Segundo tais determinações, nos contratos de adesão dos serviços de comunicações electrónicas que prevejam períodos de fidelização devem ser incluídas cláusulas que, expressa, clara e inequivocamente, informem o consumidor quanto à justificação do período de fidelização pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao assinante, à duração do período de fidelização, ao custo do desbloqueamento, ao meio, que deve ser simples e expedito, através do qual o assinante possa, a todo o momento, saber quando se conclui o período de fidelização e qual o valor que terá de pagar se rescindir antecipadamente o contrato, à forma de cálculo do valor que deve pagar em caso de resolução antecipada do contrato e, finalmente, cláusulas que estipulem que em caso de pagamento do valor dos benefícios que foram inicialmente concedidos, no final do período de permanência ou em caso de resolução antecipada do contrato, o assinante tem direito ao desbloqueio do equipamento pelo preço que constar inicialmente do contrato e que não lhe pode ser exigido a nenhum título qualquer quantia suplementar – ver preâmbulo do DL 56/2010.

[3] Diploma que entrou em vigor no dia 01.09.2010, conforme artigo 10º.

[4] Que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação – cfr. artigo 128º.

[5] Neste mesmo sentido, ver o acórdão desta Relação, desta mesma secção, de 20.05.2014, no processo n.º 83925/13.6YIPRT.P1; em sentido contrário, cfr. o acórdão desta Relação de 26.06.2014, no processo n.º 28496/12.0YIPRT.P1, ambos em www.dgsi.pt.

[6] Cfr., em caso semelhante, o acórdão desta mesma secção da Relação do Porto, de 13.05.2014, no processo n.º 203179/12.2YIPRT.P1, em www.dgsi.pt.