

*Conhecer não é demonstrar  
nem explicar. É aceder  
à visão. A. Saint-Exupéry*

2015, ANO III, N.º 5

# AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,  
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

**COMERCIAL E SOCIETÁRIO** Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades; Acordos parassociais; Empresas familiares; § **CIVIL** Wrongful birth e responsabilidade médica – STJ, 12.03.2015; “Fidelização” e cláusula penal nos contratos de telecomunicações – Relação do Porto, 07.05.2015; Fotografias de filhos menores nas redes sociais – Relação de Évora, 25.06.2015; Acidentes de viação e contrato de seguro – STJ, 02.07.2015; Marketing directo e acesso a dados pessoais; § **PROCESSO CIVIL** Revista e sucumbência – STJ, 14.05.2015; § **ARRENDAMENTO URBANO** Denúncia e necessidade de habitação própria – TC, 02.06.2015; § **TRABALHO** Contrato de prestação de serviços e trabalho subordinado; Autonomização do regime laboral na Madeira; § **FISCAL** Reforma do sistema tributário em Angola; § **PROPRIEDADE INDUSTRIAL** Marcas não-tradicionais; Marcas e admissibilidade de firmas de sociedades; § **INSOLVÊNCIA** Promessa de aquisição de imóvel e apreensão a favor da massa insolvente; § **RECENSÕES** Preços de transferência e IVA; Código do Procedimento Administrativo de 2015.

## **PACTA NON SUNT SERVANDA?**

### **“FIDELIZAÇÃO” E CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

#### **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**

**7 de Maio de 2015**

Processo n.º 134839/12.3YIPRT.P1 (3.ª Secção)

#### **Sumário:**

*I – O legislador na Lei 51/2011, de 13.09, que introduziu alterações à Lei das Comunicações Electrónicas (LCE – Lei n.º 5/2004), atenuou o regime extremamente protector para o utente consagrado no DL n.º 56/2010, de 01/06, e voltou a admitir nos contratos relativos a comunicações electrónicas, em que não tenha havido entrega de equipamentos com preços reduzidos, a estipulação de cláusula penal a fixar indemnização pela cessação antecipada do contrato por iniciativa do utente, desde que não seja desproporcionada ou excessivamente onerosa.*

*II – A cláusula contratual geral inserida num contrato de prestação de serviços de comunicações electrónicas válido por 2 anos, que estabeleça que, em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a operadora terá direito a uma indemnização no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, impõe consequências patrimoniais injustificadas e gravosas ao aderente e consequentemente é uma cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir.*

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

#### **Relatório**

B..., S.A, intentou o presente procedimento de injunção, que após oposição prosseguiu como acção especial para cumprimento de obrigações pecuniárias, contra C..., S.A., pedindo a condenação da Ré a pagar-lhe a quantia de €19.201,67, sendo €18.478,91 a título de capital, €433,32 a título de juros de mora, €229,50 de taxa de justiça e €59,94 a título de despesas em diligências de cobrança.

Alega, para tanto, ter celebrado com a Ré em 11.10.2011 um contrato de prestação de serviço de telecomunicações, em que se obrigou a prestar o serviço, no plano tarifário escolhido pela Ré, e esta obrigou-se efectuar o pagamento tempestivo das facturas e manter o contrato pelo tempo indicado na proposta, sob pena de, não o fazendo, ser responsável pelo pagamento à A, a título de cláusula penal do valor relativo à quebra do vínculo contratual. Após a recepção da proposta, iniciou a prestação do serviço, que a Ré utilizou, tendo emitido as facturas correspondentes, das emitidas permanecem em dívida as indicadas no requerimento inicial, a última no valor de €8, 633.31, emitida em 08.07.2012. A Ré deduziu oposição, alegando, em síntese, que, em 30.03.2012 solicitou à A o cancelamento da prestação de serviços de

internet B1..., com efeitos a partir de 01.04.2012, em 11.04.2012 solicitou a rescisão da prestação de serviços referente ao B2... e no mesmo dia solicitou a cedência do número de telefone a favor de terceiro, nada devendo dos serviços reclamados. Sustenta ainda que a A não tem direito a qualquer indemnização por incumprimento do contrato.

Conclui pela improcedência da acção.

O processo prosseguiu os seus termos e após realização da audiência de julgamento, foi proferida sentença que julgou a acção parcialmente procedente e condenou a Ré a pagar à A a quantia de €1.850,27 (mil oitocentos e cinquenta euros e vinte e sete cêntimos), acrescida de juros de mora, à taxa comercial, contados desde as respectivas datas de vencimento das facturas até efectivo e integral pagamento. No mais peticionado, absolveu a Ré.

A A apelou e terminou a sua alegação com as conclusões que se transcrevem:

“1. Entendeu o tribunal a quo que a Apelada não pode invocar a cláusula penal prevista no contrato de prestação de serviços constante dos autos, e dado como provado, por falta de factos que permitam aferir da sua validade à luz do regime legal previsto no 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* 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 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 2010.15.

5. Nas palavras do legislador, e no que se refere às comunicações móveis, no Estudo são evidenciados dois tipos de custos que condicionam a mobilidade dos consumidores (possibilidade de os consumidores mudarem de operador/prestador de comunicações electrónicas): os custos contratuais e os custos de compatibilidade.

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

7. Os custos contratuais e de compatibilidade, que foram relevados e atendidos aquando da redação do Decreto-Lei n.º 56/2010, são categorias que integram o conceito de custos de mudança, sendo estes últimos aqueles em que o consumidor

incorre “(...) sempre que este opte por aderir aos serviços de um operador ou prestador de serviços, num contexto de existência de uma relação contratual prévia com um outro fornecedor.”

8. Os custos contratuais resultam, nomeadamente, da existência de períodos de fidelização e de cláusulas associadas à cessação antecipada dos contratos, uma vez que, neste sector, é prática habitual – em benefício do próprio consumidor – a estipulação de uma obrigação de utilização do serviço contratado por um período de tempo mínimo e que tem como contrapartida a atribuição (ao consumidor), no momento de celebração do contrato ou durante a sua execução, de um conjunto alargado de ofertas, por exemplo, a atribuição de descontos na instalação do serviço ou no valor do tarifário 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 subsídio, quer o momento temporal em que o consumidor solicita o desbloqueamento.

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

17. O objetivo 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 pelos serviços de desbloqueamento findo o período de fidelização; (ii) no n.º 2 são estabelecidos limites ao montante cobrado pelo desbloqueamento durante o período de fidelização, limites estes que têm em conta quer o valor do equipamento sem subsídio, quer o valor (eventualmente) já pago pelo consumidor, quer a data em que o desbloqueamento é solicitado pelo consumidor; (iii) no n.º 3 estabelece-se que durante o período de fidelização, a contrapartida a cobrar pela cessação antecipada do contrato se restringe aos valores aí previstos; (iv) no n.º 4 é estabelecido um limite à quantia a ser cobrada pelo serviço de desbloqueamento do equipamento no caso de não existir um período de fidelização.

19. 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.



20. 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.

21. Acresce que, e com apoio no elemento sistemático, verificamos que, anteriormente, 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.

22. Apesar de estarmos perante matérias que têm como objetivo comum a diminuição dos custos de mudança, o legislador separou a forma como tal objetivo 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.

23. 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.”

24. O legislador reconheceu 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.

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

26. 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.”

27. 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.

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

29. 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.

30. 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).

31. 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.

32. 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.

33. Pelo facto de existirem situações em que as ofertas para o consumidor não se traduzem na subsidiação de equipamentos, mas sim na atribuição de condições especiais – por exemplo a contratualização de preços muito atractivos e com contornos específicos muito benéficos (subsidição 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 subsidição de tarifários, a subsidição dos custos de instalação e activação do serviço (e não do equipamento).

34. Considerando que o objetivo do Decreto-Lei n.º 56/2010 é assegurar a protecção dos consumidores, a interpretação sustentada pelo Tribunal a quo introduziria uma limitação que:

- (i) impossibilita o aumento dos diversos tipos de produtos/serviços subsidiados disponibilizados aos clientes, situação que tem permitido, nos últimos anos, a massificação do consumo de produtos e serviços de comunicações eletrónicas;
- (ii) impede as operadoras de se ressarcirem do esforço financeiro em que incorrem quando oferecem ao consumidor, por exemplo, tarifários promo-

cionais, descontos nas comunicações, comunicações gratuitas para números da respetiva rede ou oferta de instalação/activação dos serviços; (iii) pode conduzir ao desaparecimento das ofertas de adesão, de instalação e de activação, aumentando os preços praticados – uma vez que os custos da instalação e de equipamentos são diluídos durante a permanência –, impossibilitando a recuperação do investimento e, em consequência, impedindo o consumidor de beneficiar de ofertas atractivas e acessíveis; (iv) limita ou impede a 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.

35. 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.

36. 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.

37. Da conjugação do teor do artigo 2.º, n.º 1 da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) com a definição de consumidor adoptada na LCE (artigo 3º, alínea j)) concluímos que neste sector consumidores são todos os que utilizem os serviços de comunicações para fins não profissionais.

38. No sector das comunicações electrónicas os contratos celebrados com profissionais, sejam eles empresas ou empresários em nome individual, são, na maioria das situações, negociados e contratualizados para servir os específicos interesses e concretos do assinante, conjugando uma grande diversidade de produtos, serviços e tarifários, não enquadráveis no Decreto-Lei n.º 56/2010, nomeadamente serviços de comunicações electrónicas e serviços de Sistemas de Informação/Tecnologias de Informação.

39. Assim, considerando a definição legal de consumidor – que exclui todos aqueles que usem os serviços para fins profissionais –, que o Estudo da AdC teve em conta a realidade dos particulares/consumidores em sentido estrito e não das empresas (na medida em que analisou os problemas relativos à “mobilidade do consumidor” no sector das comunicações), e que no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 56/2010 é feita, expressa e exclusivamente, menção a consumidor, não se poderá deixar de concluir que este diploma, e as regras nele previstas, não são aplicáveis a todos aqueles que utilizem os serviços para fins profissionais.

40. Partindo da letra da lei e tendo presente a *mens legislatoris*, em especial o Estudo da AdC e a evolução legislativa no sector das comunicações electrónicas após a sua publicação, a interpretação aponta para um âmbito de aplicação do Decreto-Lei



n.º 56/2010 (i) restrito a contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas em que esteja em causa o fornecimento de equipamentos bloqueados, (ii) desde que estes contratos tenham sido celebrados com aqueles que utilizem os serviços para fins não profissionais (apenas estes deverão ser considerados consumidores).

41. No caso dos autos e tendo presente a matéria de facto provada resulta que a cláusula penal constante do contrato *sub judice* é válida à luz do nosso ordenamento jurídico.

42. 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.

43. Sem prescindir, sempre se dirá que o diploma não é aplicável, uma vez que a Apelada não é, para os efeitos previstos Decreto-Lei n.º 56/2010, um consumidor, mas antes um comerciante (art. 13º Cod. Comercial).

44. Em momento algum a Apelada alegou e muito menos provou que as condições resultantes dos contratos que celebrou com a aqui Apelante, designadamente as obrigações que assumiu, foram desproporcionadas aos benefícios que retirou de tais contratos 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).

45. A Apelada não é, de acordo com a aceção que decorre do Decreto-Lei n.º 56/2010, um consumidor, isto é, os serviços foram utilizados para fins profissionais.

46. 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.

47. A cláusula penal associada ao incumprimento da obrigação de fidelização 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.

48. 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.

49. 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.

50. 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 nº 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.

51. Deverá, pois, a decisão proferida ser substituída por outra que julgue a cláusula penal válida e em face dos factos dados como provados condene ainda a Ré no valor da indemnização peticionada nos autos.”

A *final* pede que se revogue a sentença recorrida na parte em que absolveu a Ré do pagamento da quantia de € 8.258,60 a título de incumprimento contratual.

A Ré contra-alegou, pugnando pela confirmação da sentença recorrida.

### **Fundamentação**

A questão que se coloca é a de saber se a A tem ou não direito a indemnização por incumprimento contratual por parte da Ré.

Factos julgados provados na 1ª instância:

1 – No âmbito da sua actividade comercial, autora e ré celebraram um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, de acordo com a proposta de subscrição nº ....., a que foi atribuído o nº de conta cliente .....

2 – A ré subscreveu a “proposta de subscrição” cuja cópia se encontra junta a fls. 8 verso a 9 verso e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

3 – A ré igualmente subscreveu o “anexo à proposta de subscrição” cuja cópia se encontra junta a fls. 10 e 10 verso e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

4 – No âmbito do contrato celebrado a autora obrigou-se a prestar à ré os serviços de telecomunicações subscritos e nos respectivos planos tarifários escolhidos pela ré e respectivas mensalidades, e esta obrigou-se a efectuar o pagamento tempestivo das respectivas facturas.

5 – Celebrado o aludido contrato a autora iniciou a prestação dos seus serviços, com efectiva utilização pela ré.

6 – Conforme consta da proposta de subscrição, as partes acordaram um período de obrigatoriedade de permanência de 24 meses.

7 – No âmbito do contrato, a autora emitiu, entre outras, as facturas cujas cópias constam de fls. 150 a 195 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

8 – A autora prestou à ré os serviços discriminados na factura cuja cópia consta de fls. 150-157, no valor de €612,55 (IVA incluído), na factura cuja cópia consta de fls. 158-181 no valor de €949,36 (IVA incluído), na factura cuja cópia consta da fls. 182-189, no valor de €263.76 (dela se excluí o montante relativo aos serviços B1 ... e B2 ...), da factura cuja cópia consta de fls. 190-192 no valor de €24,60.

9 – Tais facturas foram enviadas pela Autora à Ré, não tendo as mesmas sido devolvidas.

10 – A Ré não pagou as referidas facturas nem na data dos respectivos vencimentos nem até à presente data, não obstante ter sido por diversas vezes interpelada pela autora para o fazer.

11 – A título de incumprimento contratual pela ré a autora debitou-lhe o montante de € 8.258,60 (oito mil, duzentos e cinquenta e oito euros e sessenta cêntimos), conforme cópia da factura junta a fls. 194/195 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

12 – A autora remeteu à ré as cartas cujas cópias constam de fls. 196 a 201 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

13 – Perante o não pagamento dos serviços, a autora suspendeu os serviços à ré em 28/5/2012, tendo acabado por desactivar esses serviços em 23/7/2012.

14 – A activação do serviço B1 ... foi efectuada pela autora a pedido da ré que solicitou através do email cuja cópia consta de fls. 213 e cujo teor se dá por reproduzido.

15 – Em 30 de Março de 2012 a ré solicitou à autora o cancelamento da prestação de serviços de internet B1 ..., com efeitos a partir do dia 1 de Abril, conforme carta cuja cópia consta de fls. 11 e cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

16 – No dia 11 de Abril de 2012 a ré solicitou à autora o cancelamento dos serviços referentes ao “B2 ...” nº ....., conforme carta cuja cópia consta de fls. 11 verso e cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

17 – No dia 11 de Abril de 2012 a ré solicitou à autora a cedência do número de telemóvel B ... nº ..... a favor de D ... no tarifário ..., conforme carta cuja cópia consta de fls. 12 e cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

A sentença recorrida julgou, na parte objecto do recurso, improcedente o pedido de indemnização por incumprimento contratual da Ré, no montante de € 8.258,60, no essencial, por falta de alegação de factos por parte da A que permitam aferir da validade da cláusula que qualifica como cláusula penal, à luz do regime legal previsto no DL n.º 56/2010, de 1 de Junho.

A Apelante na sua douda alegação e conclusões que pecam por prolixidade sustenta que as regras e limitações decorrentes do referido DL n.º 56/2010, quanto à existência de períodos de fidelização e de cláusulas penais associadas apenas se aplicam às situações em que ao seu prestador de serviços de telecomunicações entregue equipamento à parte contrária.

Sustenta que aos demais contratos em que não há entrega de equipamentos às cláusulas de fidelização é aplicável o regime da Lei das Comunicações Electrónicas (LCE) Lei n.º 5/2005, de 10/02, com a redacção da Lei n.º 51/2011, de 13/09.

Defende ainda que o citado DL n.º 56/2010 apenas tem aplicação quando a parte contrária tem a qualidade de consumidor e não quando o utilizador é uma empresa e utiliza os serviços para fins profissionais.

A questão passa, pois, pela interpretação do DL n.º 56/2010, de 1/6, que entrou em vigor em 01.09.2010, concretamente sobre o seu âmbito de aplicação.

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

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

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

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

(...)

A jurisprudência publicada no sítio do ITIJ desta Relação que tem decidido esta questão está dividida mas tem maioritariamente seguido a posição defendida pela Apelante, adoptando a sua argumentação, excepto quanto a ser o DL n.º 56/2010 apenas aplicável quanto o utente é consumidor.

Quanto à questão do DL n.º 56/2010 apenas ter aplicação quando o utilizador é consumidor, suscitada pela Apelante nas suas conclusões 36<sup>a</sup> a 45<sup>a</sup>, a posição uniforme da jurisprudência é que este diploma regula todos os contratos celebrados com qualquer utente de serviços relativos a comunicações electrónicas e não apenas as relações entre profissionais e consumidores.

Neste sentido, o acórdão de 26.06.2014, processo 3628496/12.OYIPRT.P1, desta Relação, decidiu:

“O conceito de “utente nas comunicações electrónicas”, empregue no transcrito art. 1º (do DL 56/2010), não vem definido no art. 3º da Lei 5/2004, de 10/2 (Lei das Comunicações Electrónicas), seja na redacção original dessa lei, seja na redacção introduzida pelo art. 2º da Lei 51/2011, de 13/9.

Não se pode restringir a condição de “utente nas comunicações electrónicas”, na acepção do DL 56/2010, à definição de “consumidor” que vem enunciada naquele art. 3º da Lei 5/2004, o mesmo é dizer a “pessoa singular que utiliza um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público para fins não profissionais”, não obstante em cada uma das três alíneas do transcrito art. 2º nº 2 constar a expressão “consumidor”.

De outro modo, viria escrito no texto do art. 1º do DL 56/2010 a expressão “direitos dos consumidores nas comunicações electrónicas”, em vez do texto “direitos dos utentes nas comunicações electrónicas”.

No preâmbulo do DL 56/2010 tanto consta a expressão “consumidores” como a expressão “utilizadores”, a ponto de aí se referir que se trata de diploma legal que “visa garantir os direitos dos utilizadores”.

O DL 56/2010 vale para todos os assinantes de contratos de comunicações electrónicas, na acepção de “assinante” daquele art. 3º da Lei 5/2004, ou seja “a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato com um prestador de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços”.

A ré, sendo equiparada a pessoa colectiva e destinando o serviço em causa para fins profissionais, é “utente nas comunicações electrónicas” na acepção do DL 56/2010, não interessando que não seja “consumidor” à luz da definição do art. 3º da Lei 5/2004.

Improcede a objecção da autora no sentido de a disciplina do DL 56/2010 apenas ser aplicável a consumidores e não à ré, por esta não ter o estatuto de consumidor.” No mesmo entendimento João Morais Carvalho, *Contratos de Consumo*, nota de rodapé, na pág. 527, escreve: “Note-se que o diploma (DL 56/2010) regula, não apenas relações entre profissionais e consumidores, mas também os negócios celebrados com qualquer utente de serviços relativos a comunicações electrónicas. Retoma-se, aqui, o conceito de utente da Lei n.º 23/96, que disciplina os serviços públicos essenciais e que o define como “a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-lo” (art. 1º n.º 3).

Não há pois qualquer argumento relevante que justifique a adopção da posição da Apelante e, por isso, entendemos que o Decreto-Lei 56/2010 é aplicável a todos os contratos celebrados com qualquer utente e não apenas quando o utilizador integre o conceito de consumidor.

Quanto à questão de saber a que contratos se aplica o DL n.º 56/2010, confirmando a posição da sentença recorrida apenas se encontrou o acórdão de 26.06.2014, processo 3628496/12.0YIPRT.P1, desta secção, relatado pelo Des. Pedro Lima da Costa, com o seguinte sumário:

“1 – No caso de rescisão do contrato de acesso a redes públicas de comunicações electrónicas por parte do utente, ocorrida durante o período de fidelização, o Decreto-Lei 56/2010, de 1/6, proíbe que o operador de serviços de comunicações electrónicas cobre ao utente indemnização com valor superior ao preço corrente de equipamentos que tal operador tenha fornecido ao utente, preço corrente esse que poderá ser minorado pelo decurso do tempo, em conformidade com indexantes previstos nas três alíneas do nº 2 do art. 2º daquele diploma legal.

2 – Se não tiver ocorrido a oferta de equipamentos, ou se foi praticada venda de equipamentos ao preço corrente de mercado, o utente não terá de indemnizar o operador pela rescisão ocorrida durante o período de fidelização.

3 – A disciplina do Decreto-Lei 56/2010 não foi alterada ou derogada pela entrada em vigor da Lei 51/2011, de 13/9.



4 – O Decreto-Lei 56/2010 vigora para todos os assinantes de contratos de comunicações electrónicas, na acepção de “assinante” do art. 3 da Lei 5/2004, de 10/2, ou seja “a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato com um prestador de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços.”

Em sentido contrário o acórdão de 20.05.2014, proferido no processo n.º 3925/13.6YIPRT.P1, relatado pela Des. Anabela Dias da Silva, decidiu:

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

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

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

No mesmo sentido, o acórdão proferido em 13.05.2014, no processo n.º 203179/12.2YIPRT.P1, relatado pelo Des. Rodrigues Pires, com o seguinte sumário:

“I – O regime do Dec. Lei n.º 56/2010, de 1.6 aplica-se apenas aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas em que tenha ocorrido aquisição de equipamentos a preços reduzidos.

II – Neste caso, tendo sido resolvido o contrato durante o período de fidelização não pode ser exigida qualquer outra quantia pela resolução para além das que resultam da aplicação das percentagens referidas no art. 2º, n.º 2 do Dec. Lei n.º 56/2010, de 1.6, as quais se reportam ao valor do equipamento à data da sua aquisição, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como do eventual crédito do consumidor face ao operador (cfr. art. 2º, n.º 3).

III – Todas as demais situações em que a contrapartida pelo período de fidelização não esteja relacionada com a aquisição de equipamentos a preços reduzidos, como seja, por exemplo, o caso da oferta de condições promocionais, ficam fora do âmbito do Dec.-Lei n.º 56/2010, de 1.6, sendo-lhes aplicável o regime da Lei de Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10.2, na redacção da Lei n.º 51/2011, de 13.9).”

Ainda o proferido em 01.04.2014, no processo n.º 83657.13.0YIPRT.P1, relatado pelo Des. José Igreja Matos.

A fundamentação passa, por um lado, pelo acolhimento da argumentação da Apelante, quanto ao elemento histórico, com base num estudo prévio à intervenção legislativa emanado da Autoridade da Concorrência, denominado de “Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas e divulgado em Fevereiro de 2010, em se distinguem os denominados custos de compatibilidade (desbloqueamento de equipamento), dos custos contratuais.

Defendendo que o DL n.º 56/2010 apenas se aplicaria aos custos de compatibilidade, impedindo que aos mesmos fossem associadas irrestritas cláusulas penais, de modo a potenciar a mobilidade dos utentes em geral (sejam ou não consumidores) e quanto aos denominados custos contratuais, o legislador admite que o consumidor como contrapeso à concessão de descontos e ofertas, tenha a obrigação de permanecer junto da operadora pelo período acordado pelos contratantes (cf. fundamentação do citado processo n.º 83657.13.0YIPRT.P1, que acolhe e sintetiza a argumentação da Apelante/operadora nas conclusões 4<sup>a</sup> a 20<sup>a</sup>).

Por outro lado, invocam a articulação entre os citados artigos 2.º, n.º 2, al. h) e 48.º da Lei das Comunicações Electrónicas, na redacção da Lei 51/2011, para concluir que o DL 56/2010 apenas se aplica aos denominados custos de compatibilidade.

Assim, o citado acórdão de 20.05.2014, depois de transcrever os citados art. 2º al. h) e 48º n.ºs 2 e 5 da LEC, acrescenta: “Decorre assim do que se deixou consignado que o legislador regulou a situação de desbloqueamento de equipamentos no DL n.º 56/2010 de 1.06, definindo limites máximos para o serviço prestado, limites esses, relacionados com o valor do equipamento e com o momento em que o consumidor solicita o desbloqueamento do equipamento.

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

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

\*

Quanto à reconstituição do pensamento legislativo com recurso ao referido estudo da Autoridade da Concorrência, a sentença recorrida adianta a seguinte

argumentação: “Analisado o estudo “Mobilidade do Consumidor no Sector das Comunicações Electrónicas”, que é mencionado no preâmbulo do identificado Decreto-Lei n.º 56/2010, verificamos que no mesmo há distinção entre os chamados “custos contratuais” – que correspondem aos custos que usualmente os operadores cobram para restringir a mobilidade dos seus clientes, por exemplo, as cláusulas associadas à cessação antecipada da relação contratual e dos programas de fidelização – e os “custos de compatibilidade” – que, no dizer desse Estudo “prendem-se com a aquisição de equipamentos que apenas permitem usufruir dos serviços fornecidos por determinado operador ou prestador”, dando o exemplo dos telemóveis bloqueados a uma determinada rede.

Esse estudo no campo 4.2 denominado “Identificação de possíveis medidas a adoptar ou a aprofundar” inclui as medidas direccionadas aos custos contratuais (campo 4.2.3) e as medidas direccionadas aos custos de compatibilidade (campo 4.2.5). Nas medidas direccionadas aos custos contratuais esse estudo considera que deve o período de fidelização ser justificado pela concessão de contrapartidas ou benefícios ao cliente, devendo o contrato celebrado conter a duração do período de fidelização, a indicação de um meio que permita ao cliente saber, a todo o momento, quando se conclui esse período de fidelização e qual o montante que terá que pagar se rescindir antecipadamente o contrato e a indicação da forma de cálculo. Nas medidas direccionadas aos custos de compatibilidade este estudo propõe que seja proibida a cobrança pelo desbloqueamento de telemóveis após o período de fidelização, e, durante esse período, propõe que seja consagrado um limite para a quantia a cobrar que tenha em conta o preço de venda do equipamento sem subsidiação.

A questão que se nos coloca perante esse estudo, e atendendo ao facto de o Decreto-Lei n.º 56/2010 ter tido em conta esse estudo, é a de saber se o legislador, com este diploma, quis apenas estabelecer limites à cobrança de custos de compatibilidade mas já não aos chamados custos contratuais, sendo certo que no caso em apreço o período de fidelização acordado entre as partes se englobaria nos custos contratuais. E coloca-se-nos esta dúvida porque no aludido Estudo de “Mobilidade do Consumidor no Sector das Comunicações Electrónicas” no campo direccionado às medidas a adoptar quanto aos custos contratuais nada é proposto no sentido de se proibir que as operadoras possam cobrar qualquer quantia pela rescisão do contrato durante o período de fidelização.

Salvo o devido respeito por opinião contrária, consideramos que não podemos concluir que este diploma quis apenas estabelecer limites à cobrança de custos de compatibilidade mas já não aos chamados custos contratuais.

Desde logo porque no preâmbulo desse diploma o legislador fez constar que o mencionado estudo destaca os custos contratuais que consistem na “consagração contratual da obrigação do consumidor utilizar o serviço contratado por um período de fidelização não inferior a 12, 18 ou 24 meses, como contrapartida da cedência de equipamentos a preços reduzidos e os custos de compatibilidade (...)”. Ou seja, o legislador analisou o estudo “Mobilidade dos Consumidores no Sector

das Comunicações” e apercebeu-se que o mesmo destacou, dentro dos custos relacionados com a mudança de operador que condicionam a mobilidade, os custos contratuais e os custos de compatibilidade.

A verdade é que em momento algum do citado diploma o legislador refere que apenas irá adoptar as medidas propostas quanto aos custos de compatibilidade. Assim, não obstante ser claro que o mesmo ponderou o estado em causa, nada resulta da lei que o legislador não quis ir mais além do que resulta do estudo e adoptar mais medidas do que as aí propostas para afastar entraves à mobilidade dos consumidores. Acresce que o legislador, caso fosse essa a sua intenção, não faria constar do Decreto-Lei em causa o n.º 3 do art. 2.º. Na verdade, nesse n.º 3 é dito 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”.

Se a intenção do legislador fosse apenas proibir a cobrança de determinadas quantias pela resolução do contrato durante o período de fidelização quando existisse cedência de equipamento bloqueado à rede bastar-lhe-ia prever no n.º 2.

Ora, o legislador não se limitou a dizer no mencionado diploma legal que estabelece limites à cobrança de quantias pelo serviço de desbloqueamento de equipamentos durante o período de fidelização e findo esse período de fidelização.

O mesmo foi mais além e disse expressamente que visa estabelecer um limite ao valor cobrado pela resolução do contrato durante o período de fidelização. E no n.º 3 do art. 2.º proíbe a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no n.º 2, pela resolução do contrato durante o período de fidelização.

É sabido que na interpretação da lei deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados – cfr. n.º 3 do art. 9.º do Código Civil.

Assim sendo, tendo o legislador dito no art. 1.º do Decreto-Lei 56/2010 que esse “diploma estabelece limites à (...) rescisão do contrato durante o período de fidelização” e prevendo no art. 2.º o que pode ser exigido pelas operadoras a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização e não tendo o mesmo feito qualquer menção a que apenas estava a legislar sobre os custos de compatibilidade conclui-se que o legislador, não obstante ter tido em conta o mencionado Estudo de Mobilidade quis ir mais além do que as medidas nele propostas, por forma a afastar os entraves a uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas.” A argumentação transcrita afigura-se-nos correcta. Apesar de ser indiscutível que no citado DL n.º 56/2010 o legislador privilegiou a regulamentação da fixação de limites à cobrança de quantias pela prestação de serviços de desbloqueamento de equipamentos, não deixou de regular a indemnização pela resolução do contrato no período de fidelização, nos transcritos artigos 1º (2ª parte) e 2º n.º 3. Como escreve Jorge Morais Carvalho, obra citada, pág. 528: “Tendo em conta o equilíbrio de interesses presente no diploma legal, o art. 2º deve ser interpretado

no sentido de que, se não estiver em causa a aquisição de um equipamento pelo consumidor e o preço que teria de ser pago sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, o consumidor não tem de pagar qualquer contrapartida pela denúncia do contrato, mesmo que ainda não tenha decorrido o período de fidelização. A lei estabelece, assim, que o período de fidelização, num contrato relativo a serviços de comunicações electrónicas, só produz efeitos se se encontrar associado a um desconto, abatimento ou subsidiação na aquisição de equipamento.”

Não tem, pois, apoio na letra do diploma, nem no apontado estudo da Autoridade da Concorrência, que o legislador pretendeu que o DL n.º 56/2010 apenas se aplique aos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas em que o operador fornece ao utente equipamentos.

O regime imperativo do citado DL destina-se a proteger primordialmente os interesses de uma das partes, o utente, permitindo-lhe, em cada momento, avaliar as condições oferecidas pelo mercado e decidir pela manutenção do contrato ou a sua denúncia, evitando que fique vinculado a cláusulas contratuais que lhe são desfavoráveis.

Para evitar prejuízos às operadoras, na situação mais frequente em que estas para atrair os utentes, lhe permitem aceder a equipamento necessário para a prestação do serviço de comunicações electrónicas a um preço inferior ao do mercado, diferença que depois é repercutida nas prestações de serviço ao longo do período de fidelização, o legislador não impediu que as operadoras fossem ressarcidas, com recurso a cláusulas penais, mas no art. 2º do citado DL 56/2010 estabeleceu os limites da indemnização pela denúncia nesse período.

Nas situações dos denominados “custos contratuais”, designadamente em que as operadoras oferecem aos utentes, por exemplo, tarifários promocionais, descontos nas comunicações, comunicações gratuitas para números da respectiva rede ou oferta de instalação/activação dos serviços, o legislador optou no DL n.º 56/2010, afastando-se deliberadamente do apontado estudo da Autoridade da Concorrência, por permitir a livre denúncia do contrato pelo utente.

Contudo o Legislador pouco mais de 1 ano depois, alterou a Lei das Comunicações Electrónicas (Lei 5/2004), pela Lei 51/2011, de 13.09, e num registo que começa a ser habitual, em especial quando, como no caso, há mudança de orientação política, com alteração da maioria parlamentar não procurou harmonizar a legislação e introduziu algumas disposições que colidem com o citado art. 2º do DL 56/2014. Como se referiu a Apelante sustenta que nessa Lei 51/2011, o legislador reconheceu que o DL 56/2011, apenas se aplicava aos contratos relativos a comunicações electrónicas quando o operador fornecesse equipamentos aos utentes.

O acórdão de 26.06.2014, proferido no processo 3628496/12.0YIPRT.P1, acima citado, rebate a posição da Apelante, adiantando a seguinte argumentação:

“(…) entende-se que as alterações à Lei 5/2004 introduzidas pela Lei 51/2011, nem derrogam nem alteram a disciplina do DL 56/2010 ao proibir a cobrança de contrapartidas pela resolução do contrato, durante o período de fidelização, cujo



valor exceda indexante limitado pelo valor corrente total de equipamentos adquiridos, estando esse indexante regulado nas três alíneas do art. 2.º, nº 2 do DL 56/2010. Discorda-se da afirmação da autora quanto ao entendimento de a Lei 51/2011 ser instrumento de reconhecimento pelo legislador de que o DL 56/2010 versa exclusivamente as quantias cobradas pelo desbloqueamento de equipamentos, antes se reiterando que a Lei 51/2011 nem derogou nem alterou a disciplina do DL 56/2010.

Se a intenção do legislador fosse a de suprimir a disciplina do DL 56/2010 na matéria de proibição de cobrança de contrapartidas pela resolução do contrato, durante o período de fidelização, cujo valor exceda indexante limitado pelo valor corrente total de equipamentos adquiridos, não teria aditado a transcrita al. h) ao art. 2º nº 2 da Lei 5/2004, antes tendo alterado, logo por via dessa mesma Lei 51/2011, o texto do DL 56/2010, nomeadamente o texto do corpo do art. 2º nº 2 e o texto do art. 2º nº 3, a exemplo das (únicas) alterações legislativas que a Lei 51/2011 operou, as da dita Lei 5/2004 e as do DL 177/99, de 21/5.

(...)

A alteração ao art. 48º da Lei 5/2004 introduzida pelo art. 2º da Lei 51/2011 é extensíssima, transcrevendo-se os números 2 e 5 a 7.

(...)

Os dispositivos do art. 48º ora transcritos têm disciplina jurídica difusa e parcialmente indeterminada, a qual não contende com a disciplina totalmente concreta e impositiva do corpo do art. 2º nº 2 e do art. 2º nº 3 do DL 56/2010 na parte em que proíbe a cobrança de contrapartidas pela resolução do contrato, durante o período de fidelização, cujo valor exceda indexante limitado pelo valor corrente total de equipamentos adquiridos. As transcritas normas do art. 48 centram-se em conceitos abertos, não podendo conceitos legislativos abertos alterar ou derogar os conceitos legislativos fechados e sem margem de indefinição que constam naquele DL 56/2010, cuja vigência já se verificava.

(...)

Aos conceitos fechados e índices fechados do DL 56/2010, a transcrita nova redacção do art. 48 não contrapõe outros conceitos fechados e outros índices fechados.

Não se verifica a “incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes”, no sentido que o art. 7º nº 2 da Código Civil estabelece como título de derrogação da lei velha pela lei nova, tal como não existe sobreposição concretizável entre os conteúdos legislativos referidos, por indeterminação e fluidez da lei nova. Essencialmente não há sobreposição de conteúdos e ao que é denso, impositivo e concreto, opõe-se o que é incerto e, as mais das vezes, facultativo.

A referida disciplina do corpo do art. 2º nº 2 e do art. 2º nº 3 do DL 56/2010 estabelece uma proibição, empregando a expressão “é proibida”, sendo salvaguardada por ordenamento punitivo de natureza contra-ordenacional – trata-se de contra-ordenação grave, prevista e punida no art. 7º nº 1 do DL 56/2010 e no art. 7º nº 3 da Lei 99/2009, de 4/9 –, pelo que tal disciplina se impõe como verdadeira norma de

ordem pública e se sobrepõe a conteúdos contratuais, não só os de contratos futuros, como os de contratos já existentes, conforme arts. 8º e 9º do DL 56/2010.

Entende-se que a disciplina de ordem pública do DL 56/2010 em nada é alterada ou derogada pelas alterações à Lei 5/2004 introduzidas pela Lei 51/2011, antes reitereando esta última lei a total eficácia do DL 56/2010 – incluindo a específica proibição de cobrança de contrapartidas pela resolução do contrato, durante o período de fidelização, cujo valor exceda indexante limitado pelo valor corrente total de equipamentos adquiridos – por via da nova al. h) do nº 2 do art. 2º da Lei 5/2004, cujo texto se repete: “2 – 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 DL 56/2010, de 1/6”.

Se não tiver sido vendido, ou de outra forma fornecido, qualquer equipamento pelo operador da rede pública de comunicações electrónicas ao utente das comunicações electrónicas, aquelas normas do corpo do art. 2º nº 2 e do art. 2º nº 3 impedem que o operador cobre o que quer que seja pela resolução do contrato, resolução essa operada pelo utente durante o período de fidelização. (...).”

Apesar de não perfilharmos a posição assumida pelo citado acórdão, desde logo quanto à afirmação que o art. 48º contém disciplina jurídica difusa e indeterminada, parece-nos incontestável que as alterações introduzidas na Lei 5/2004 (LCE) pela Lei 51/2011 aos artigos 2º e 48º não permitem ser interpretadas no sentido de que o legislador quando aprovou o DL n.º 56/2010 apenas pretendia a sua aplicação aos contratos em que tivesse havido fornecimento de equipamentos pelas empresas operadoras de serviços de comunicações electrónicas.

Concretamente o art. 2º, n.º 2, al. h), ao estipular “O disposto na presente lei não prejudica: O regime jurídico aplicável à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento de equipamentos, previsto no Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de Junho”, não pode suportar a interpretação pretendida pela Apelante, pois limita-se a realçar que o regime do DL n.º 56/2010, de 01.06, quanto a desbloqueamento de equipamentos não ser afectado pela LCE. Contudo nada refere, quanto ao âmbito da aplicação do art. 2º, n.º 3 do DL n.º 56/2010, que regula a resolução do contrato de comunicações electrónicas no período de fidelização e que manifestamente é questão diferente e muito mais abrangente do que o desbloqueamento de equipamentos.

Por outro lado, o legislador na alteração introduzida na LCE podia simplesmente ter revogado alguns artigos deste diploma do DL n.º 56/2010, concretamente o citado art. 2º, n.ºs 2 e 3, sem nada afectar o regime jurídico do desbloqueamento dos equipamentos que expressamente preservou.

Por outro lado, não se pode deixar de salientar que o n.º 3 do art. 3º da LCE, na redacção introduzida pela Lei 51/2011, estipula: “Em caso de conflito entre normas da presente lei e as normas estabelecidas na restante legislação sectorial aplicável, prevalecem as normas da presente lei, salvo quando de outra disposição resulte um

regime mais exigente para as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas, caso em que será este o aplicável.”

Deste normativo resulta que o legislador, apesar das alterações introduzidas, pretendeu na legislação sobre contratos de comunicações electrónicas privilegiar os interesses dos utentes em detrimento das operadoras.

De qualquer forma, apesar da Lei 51/2011, não ter revogado ou alterado expressamente qualquer artigo do DL 56/2010, do art. 48º da LCE, na redacção da Lei 51/2011, resulta que o legislador alterou o âmbito de aplicação do DL n.º 56/2010, passando a admitir nos contratos relativos a comunicações electrónicas em que não tenha havido entrega de equipamentos, a estipulação de cláusulas em que constem os encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do utente e a fixação de cláusulas penais desde que não sejam desproporcionadas ou excessivamente onerosas, atenuando, assim, o regime extremamente protector para o utente consagrado no DL n.º 56/2010.

Contudo nem os citados n.ºs 2 e 5 do art. 48º da LCE, nem o regime sobre cláusulas contratuais gerais, instituído pelo DL n.º 446/85, de 25/10, permitem a consagração de cláusula de fidelização que associada a cláusula penal imponha ao utente que em caso de denúncia antes do fim do prazo contratual fixado tenha de pagar todas as prestações devidas até ao termo do período contratual que fora acordado.

Como atrás se referiu, o n.º 5 do art. 48º da LEC afasta a possibilidade das operadoras estabelecerem cláusulas penais desproporcionadas ou excessivamente onerosas, desincentivadoras da mudança de prestador de serviço por parte do assinante e o n.º 2 do mesmo diploma impõe à operadora que inclua informação detalhada na proposta de contrato, quando houver períodos contratuais mínimos associados, designadamente quanto à oferta de condições promocionais, à subsidiação do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da portabilidade de números, de forma a justificar a indemnização que o utente terá de suportar, com a denúncia do contrato antes do termo do prazo.

Por outro lado, incluindo, por sistema, esses contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas cláusulas contratuais gerais, no caso, concretamente todas as constantes de fls. 9 v, que foram pré-elaboradas, rígidas e sem possibilidade de alteração e que podem ser utilizadas por um número indeterminado de clientes da A e das outras operadoras, que prestam um serviço público essencial é aplicável o regime do DL n.º 466/85, de 25/10.

Ora o art. 19º do DL n.º 446/85 dispõe que: “São proibidas, consoante o quadro negocial, padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: (...)

“c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”.

O juízo do valor sobre a desproporção deve ser reportado ao momento em que a cláusula é concebida, aos danos típica e previsivelmente a ressarcir, dentro do quadro negocial padronizado.

O critério de aferimento dessa proporcionalidade deve ser estimado em abstracto, uma vez que se desconhece, no momento da celebração do contrato, a existência de danos ou a sua extensão.

Importa ainda considerar que o critério plasmado na al. c) do citado art. 19º do DL n.º 446/85 (cláusula penal desproporcionada) não coincide com o constante no n.º 1 do art. 812º do Código Civil (cláusula penal manifestamente excessiva). Sendo que nas cláusulas contratuais gerais não negociadas o legislador é mais exigente, proibindo a cláusula penal simplesmente desproporcionada aos danos a ressarcir, não sendo necessário que essa desproporção seja manifesta (cf. neste sentido José Manuel Araújo de Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 236). Assim, num contrato de adesão celebrado com uma empresa fornecedora de serviços relativos a comunicações electrónicas, a cláusula donde resulte que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a empresa tem direito a uma indemnização por danos no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, só pode deixar de ser considerada desproporcionada, se do contrato constarem os benefícios concedidos ao utente, designadamente descontos na instalação do serviço e principalmente no valor do tarifário acordado que justifiquem a indemnização previamente fixada e, que em princípio, salvo situações especiais, devidamente plasmadas no contrato, não pode corresponder à totalidade das prestações em falta até ao termo do contrato (como de resto decorre do n.ºs 2 e 5 do art. 48º da LCE).

Assim sendo, a cláusula contratual geral inserida num contrato de prestação de serviços de comunicações electrónicas válido por 2 anos que estabeleça que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a operadora terá sempre direito a uma indemnização no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, é uma cláusula que impõe consequências patrimoniais injustificadas e gravosas ao aderente e consequentemente é uma cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir.

Essa cláusula é proibida, por ofender a al. c) do artigo 19º do DL n.º 446/85 e consequentemente nula nos termos do art. 12º do mesmo DL. Nulidade que pode e deve ser oficiosamente declarada pelo tribunal, nos termos dos arts. 286º e 294º do CC.

Para além destas considerações gerais, sobre a admissibilidade ou não de cláusulas penais nos contratos de prestação de serviços relativos a comunicações electrónicas e o conteúdo destas para não ser desproporcionais ou excessivas, o que é determinante é a alegação e prova de factos concretos donde resulte que as partes estipularam uma cláusula penal.

No nosso Código Civil a cláusula penal está regulamentada pelos artigos 810º a 812º. O artigo 810º, no seu n.º 1, define-a ao estipular: “As partes, podem, porém, fixar, por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”. Deste artigo resulta que o legislador ao regular a cláusula penal teve claramente em vista a liquidação prévia do dano.

A doutrina define-a como “a estipulação negocial segundo a qual o devedor, se não cumprir a obrigação ou não cumprir exactamente nos termos devidos, *maxime* no tempo fixado, será obrigado, a pagar a título de indemnização sancionatória, ao pagamento ao credor de uma quantia pecuniária” (cf. Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pág. 248).

Recaía sobre a A. o ónus de alegar e provar a factualidade em que apoiava o pagamento da verba reclamada a título de cláusula penal, como factos constitutivos do direito alegado (cf. art. 342º, n.º 1 do Cód. Civil).

Só que não o fez integralmente, porquanto se limitou a alegar e provar o incumprimento contratual e em montante inferior ao peticionado. Desde logo, e sendo pacífico que o regime do Dec.-Lei n.º 56/2010, implica a nulidade de qualquer cláusula que determine o pagamento de contrapartidas, para além das referidas no art. 2º, n.º 2 deste diploma, a título indemnizatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização, quando envolva aquisição de equipamentos a preços reduzidos, a A tinha de alegar que o contrato em causa não envolveu essa aquisição.

Por outro lado, atenta a exiguidade do alegado pela A, apenas ficou provado que as partes acordaram um período de obrigatoriedade de permanência de 24 meses e que a título de incumprimento contratual pela Ré e a A exigiu o montante de € 8.258,60 (oito mil, duzentos e cinquenta e oito euros e sessenta cêntimos).

Ora, a fixação da obrigação de um período de permanência, consubstancia apenas a denominada cláusula de fidelização, mas dela não resulta minimamente que as partes tenham acordado um determinado montante de indemnização a pagar pelo utente no caso de denunciar o contrato antes do prazo ou em caso de incumprimento.

Note-se que nas propostas assinada pela Ré cuja cópia consta de fls. 8 e v e 9 consta apenas “Obrigatoriedade de Permanência – Nos termos do disposto nas condições específicas – 24 meses”.

Por outro lado, nas condições gerais impressas constantes do verso, de difícil leitura, apenas consta, sob o n.º 4 – Duração do contrato e condições de renovação (...) –, no ponto 4.3 – “Durante a vigência da Obrigatoriedade de Permanência, o Cliente está obrigado a manter o tarifário que subscreveu e, sempre que esse plano exija recarregamentos mínimos obrigatórios, a realizá-los nos termos e pelo período previamente definidos.” Contudo, em rigor, esta cláusula não pode sequer ser qualificada como cláusula penal, pois não consubstancia estipulação negocial em que as partes tenham fixado um montante de indemnização determinado ou determinável em caso de denúncia antes do termo do prazo ou incumprimento.

De resto, nem recorrendo à factura de fls. 194/195 e à carta de fls. 200 remetida pela A à Ré se torna inteligível em que factos a A fez assentar o pedido de pagamento da importância de € 8.258,60 (oito mil, duzentos e cinquenta e oito euros e sessenta cêntimos).

Note-se que a A não logrou sequer provar a data em que foi celebrado o contrato (alegava ter sido em 11.10. 2011, facto impugnado pela Ré e as propostas de fls. 8 v e 9



assinadas pela Ré, não estão datadas e as outras propostas juntas pela A, na fase de julgamento, que constam de fls. 126 e 127 têm data 16.04.2008, a de fls. 128 está datada de 09.01.2008, parecendo ser esta também a data da proposta de fls. 132, apesar de o último n.º não ser perceptível) e, por isso, desconhece-se que período ainda não tinha decorrido relativamente ao termo do prazo de permanência obrigatório ou sequer se este já tinha decorrido.

Assim, e apesar de entendermos que com a actual redacção do art. 48º da LCE, introduzida pela Lei 51/2011, é legalmente possível nos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas a estipulação de cláusulas penais, prevendo a cessação antecipada do contrato por iniciativa do utente, também na situação em que a operadora não fornece equipamentos a preços reduzidos, desde que conste informação justificativa da indemnização fixada, que não pode ser desproporcionada ou excessivamente onerosa, no caso, atenta a exiguidade da factualidade alegada e provada atrás transcrita, não se tendo sequer provado a data da celebração do contrato, a acção quanto ao pedido de condenação da Ré no pagamento da quantia de € 8258,60, que emerge de uma cláusula de conteúdo vago e impreciso e que conduziria a uma indemnização manifestamente desproporcionada, foi correctamente julgada improcedente e, apesar de não se acolher integralmente a argumentação da sentença, o presente recurso tem de improceder.

\*

## **Decisão**

Julga-se a apelação improcedente e confirma-se a sentença recorrida.

Custas pela Apelante.  
Porto, 07-05-2015

*Leonel Serôdio – Fernando Baptista – Ataíde das Neves.*

### Introdução

Em 7 de maio de 2015, o Tribunal da Relação do Porto proferiu um douto Acórdão, no processo 134839/12.3YIPRT.P1, em matéria de cláusula penal inserta em contrato de prestação de serviços de telecomunicações. O Acórdão foi relatado pelo Senhor Desembargador Leonel Serôdio, tendo ainda composto o coletivo, os Senhores Desembargadores Fernando Baptista e Ataíde das Neves. A matéria e o Acórdão, apresentam o maior interesse, razão pela qual apresentamos alguns comentários ao mesmo.

Do sumário do Acórdão retiramos o primeiro parágrafo, com o seguinte teor:

*I – O legislador na Lei 51/2011, de 13.09, que introduziu alterações à Lei das Comunicações Electrónicas (LCE – Lei n.º 5/2004), atenuou o regime extremamente protector para o utente consagrado no DL n.º 56/2010, de 01/06, e voltou a admitir nos contratos relativos a comunicações electrónicas em que não tenha havido entrega de equipamentos com preços reduzidos, a estipulação de cláusula penal a fixar indemnização pela cessação antecipada do contrato por iniciativa do utente, desde que não seja desproporcionada ou excessivamente onerosa.*

A importância do presente Acórdão resulta, não só da decisão e respetiva fundamentação, mas também da falta de qualidade da legislação. De uma legislação apenas preocupada em “transpor”, mas pouco preocupada em resolver problemas reais de pessoas reais. Como tal, a legislação vai sendo criada, modificada e extinta, na medida em que se consegue, ou não, cumprir o “ônus da prova da transposição”.

A iniciativa da legislação não é do legislador, que opera numa qualidade que varia entre o nuncio e o representante do verdadeiro “dono da legislação”. Esta situação não causaria problemas se o “dono da legislação” legislasse bem, com o fim de resolver problemas de pessoas. No entanto, o “dono da legislação” legisla mal. Acresce ainda que os problemas que o “dono da legislação” pretende resolver são problemas abstratos, como sucede no presente caso, em que se pretende resolver o problema da “mobilidade dos consumidores” que é identificado como

\* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Advogado

um dos “entraves a uma maior concorrência no setor das comunicações eletrónicas em Portugal”.

A legislação deixa de servir para resolver problemas de pessoas e passa a servir para cumprir objetivos pré-determinados. A legislação deixa de ser Direito e passa a ser Burocracia.

No entanto, os Tribunais estão vinculados a respeitar esta legislação, que aparenta ser Direito, quando resolvem os problemas das pessoas. E veem-se confrontados com a necessidade de tomar uma decisão concreta, com base em legislação que não teve como fim resolver esse problema. As decisões dos Tribunais tornam-se, então, extremamente difíceis, quando deviam ser facilitadas pela existência de legislação. A legislação, em lugar de ajudar a obter uma solução para o problema, é a causa deste problema.

Face a esta situação, impõe-se uma clara tomada de decisão: ou a legislação é fonte de Direito, ou a legislação é resultado de burocracia.

Neste dilema, a solução do jurista só pode ser uma. A legislação é fonte de Direito, devendo ser tratada com essa natureza, sendo interpretada e aplicada dentro daquilo que o Direito determina. Não devendo ser interpretada de modo conforme à burocracia, como se uma simples emanção se tratasse, mas antes de modo conforme ao Sistema Jurídico e demais elementos de interpretação.

## A evolução legislativa

Em 1 de junho de 2010, foi publicado o Decreto-Lei nº 56/2010, que regulou várias questões relativas ao serviço de telecomunicações. Do preâmbulo do diploma extrai-se o seguinte texto:

*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 cobrança, pelos operadores de serviços de comunicações electrónicas, de qualquer contrapartida pela prestação do serviço de desbloqueamento dos aparelhos findo o período de fidelização.*

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

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

Este diploma é um exemplo da preponderância da burocracia sobre o Direito.

Diz-se no diploma que este pretende *garantir os direitos dos utilizadores, facilitando a sua mobilidade*. No entanto, o que o diploma faz não é garantir os direitos dos utilizadores, mas antes, conceder novos “direitos”.

A questão não é nova. Para o legislador todas as situações ativas são direitos. É todo um “mundo de direitos” que, apesar de tudo, não existe. O diploma veio, efetivamente, tutelar alguns interesses (mas não direitos) dos utilizadores, criando proibições de determinadas atuações, com fundamento na Ordem Pública. Claro está que, em linguagem burocrática, tudo são direitos. Mas, tecnicamente, estamos perante interesses dos utilizadores que a Lei veio proteger.

O preâmbulo identifica, logo de seguida, três matérias que são legisladas. No entanto, o problema do Acórdão em comentário, diz respeito a um quarto problema, que não é referido no preâmbulo. Referimo-nos ao nº 3 do art. 2º do mencionado diploma, que tem o seguinte teor:

*3 – 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.*

Em 13 de setembro de 2011, passado pouco mais de um ano da publicação do Decreto-Lei nº 56/2010, foi publicada a Lei nº 51/2011, que veio introduzir várias alterações à Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas). Este diploma introduziu duas novas disposições na Lei das Comunicações Eletrónicas que criam um problema de compatibilização com o art. 2º, nº 3 do Decreto-Lei nº 56/2010. As novas disposições, que agora interessam, passaram a constar na Lei das Comunicações Eletrónicas, como art. 2º, nº 2, al. h) e como art. 48º, nº 5 (embora o nº 4 seja também relevante).

Diz o art. 2º, nº 2, al. h) da Lei das Comunicações Eletrónicas:

*2 – 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.*

Por sua vez, diz o art. 48º, n.ºs 4 e 5 da mesma Lei:

*4 – As empresas que prestam serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem oferecer a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem contratos pelo prazo de 12 meses.*

*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.*

O problema consiste, fundamentalmente, em saber se a nova versão da Lei das Comunicações Eletrónicas derogou o art. 2º, nº 3 do Decreto-Lei nº 56/2010.

## O Acórdão

No Acórdão em comentário, o Tribunal da Relação do Porto tomou posição a favor da derrogação do nº 3 do art. 2º do Decreto-Lei nº 56/2010, pela nova versão da Lei das Comunicações Eletrónicas, que resulta da Lei nº 51/2011.

Segundo consta no sumário do Acórdão em comentário:

*I – O legislador na Lei 51/2011, de 13.09, que introduziu alterações à Lei das Comunicações Electrónicas (LCE – Lei n.º 5/2004) atenuou o regime extremamente protector para o utente consagrado no DL n.º 56/2010, de 01/06 e voltou a admitir nos contratos relativos a comunicações electrónicas em que não tenha havido entrega de equipamentos com preços reduzidos, a estipulação de cláusula penal a fixar indemnização pela cessação antecipada do contrato por iniciativa do utente, desde que não seja desproporcionada ou excessivamente onerosa.*

A razão do Tribunal da Relação do Porto encontra-se expressa, em suma, no seguinte trecho:

*A questão que se nos coloca perante esse estudo, e atendendo ao facto de o Decreto-Lei n.º 56/2010 ter tido em conta esse estudo, é a de saber se o legislador, com este diploma, quis apenas estabelecer limites à cobrança de custos de compatibilidade mas já não aos chamados custos contratuais, sendo certo que no caso em apreço o período de fidelização acordado entre as partes se englobaria nos custos contratuais.*

*E coloca-se-nos esta dúvida porque no aludido Estudo de “Mobilidade do Consumidor no Sector das Comunicações Electrónicas” no campo direccionado às medidas a adoptar quanto aos custos contratuais nada é proposto no sentido de se proibir que as operadoras possam cobrar qualquer quantia pela rescisão do contrato durante o período de fidelização.*



*Salvo o devido respeito por opinião contrária, consideramos que não podemos concluir que este diploma quis apenas estabelecer limites à cobrança de custos de compatibilidade mas já não aos chamados custos contratuais.*

*Desde logo porque no preâmbulo desse diploma o legislador fez constar que o mencionado estudo destaca os custos contratuais que consistem na “consagração contratual da obrigação do consumidor utilizar o serviço contratado por um período de fidelização não inferior a 12, 18 ou 24 meses, como contrapartida da cedência de equipamentos a preços reduzidos e os custos de compatibilidade (...)”. Ou seja, o legislador analisou o Estudo Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações e apercebeu-se que o mesmo destacou, dentro dos custos relacionados com a mudança de operador que condicionam a mobilidade, os custos contratuais e os custos de compatibilidade.*

*A verdade é que em momento algum do citado diploma o legislador refere que apenas irá adoptar as medidas propostas quanto aos custos de compatibilidade. Assim, não obstante ser claro que o mesmo ponderou o estado em causa, nada resulta da lei que o legislador não quis ir mais além do que resulta do estudo e adoptar mais medidas do que as aí propostas para afastar entraves à mobilidade dos consumidores.*

*Acresce que o legislador, caso fosse essa a sua intenção, não faria constar do Decreto-Lei em causa o n.º 3 do art. 2.º.*

*Na verdade, nesse n.º 3 é dito 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”.*

*Se a intenção do legislador fosse apenas proibir a cobrança de determinadas quantias pela resolução do contrato durante o período de fidelização quando existisse cedência de equipamento bloqueado à rede bastar-lhe-ia prever no n.º 2. Ora, o legislador não se limitou a dizer no mencionado diploma legal que estabelece limites à cobrança de quantias pelo serviço de desbloqueamento de equipamentos durante o período de fidelização e findo esse período de fidelização.*

*O mesmo foi mais além e disse expressamente que visa estabelecer um limite ao valor cobrado pela resolução do contrato durante o período de fidelização.*

*E no n.º 3 do art. 2.º proíbe a cobrança de qualquer contrapartida, para além das referidas no n.º 2, pela resolução do contrato durante o período de fidelização.*

*É sabido que na interpretação da lei deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados – cfr. n.º 3 do art. 9.º do Código Civil.*

*Assim sendo, tendo o legislador dito no art. 1.º do Decreto-Lei 56/2010 que esse “diploma estabelece limites à (...) rescisão do contrato durante o período de fidelização” e prevendo no art. 2.º o que pode ser exigido pelas operadoras a título*

*indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização e não tendo o mesmo feito qualquer menção a que apenas estava a legislar sobre os custos de compatibilidade conclui-se que o legislador, não obstante ter tido em conta o mencionado Estudo de Mobilidade quis ir mais além do que as medidas nele propostas, por forma a afastar os entraves a uma maior concorrência no sector das comunicações electrónicas.”*

*A argumentação transcrita afigura-se-nos correcta. Apesar de ser indiscutível que no citado DL n.º 56/2010 o legislador privilegiou a regulamentação da fixação de limites à cobrança de quantias pela prestação de serviços de desbloqueamento de equipamentos, não deixou de regular a indemnização pela resolução do contrato no período de fidelização, nos transcritos artigos 1º (2ª parte) e 2º n.º 3.*

Como resulta manifesto da fundamentação supra transcrita, o art. 2º do Decreto-Lei nº 56/2010 regulou as consequências da resolução do contrato, no que respeita à violação do prazo de duração. O texto da disposição não deixa margem para dúvida:

*3 – 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.*

Esta disposição aplicava-se a todos os contratos, quer incluíssem a disponibilização de equipamentos, quer não o fizessem.

Esta solução legislativa constituiu um grave erro, criando um regime jurídico antissistemático sem qualquer razão para tal e que só se pode compreender se considerarmos que o que terá motivado o legislador não foi a vontade de fazer Direito, mas a vontade de cumprir procedimentos burocráticos.

## **O problema jurídico**

O problema é mais simples do que parece, mas exige que seja abordado dentro do Direito e não dentro da burocracia.

Constitui prática corrente a inclusão das chamadas “cláusulas de fidelização” nos contratos de prestação de serviços de telecomunicações. É também frequente que, associada à chamada “cláusula de fidelização” o contrato contenha uma cláusula penal, que fixa o valor a pagar pelo utente no caso de violação do “período de fidelização”, sendo que, por vezes, esse valor é fixado no montante total que seria pago pelo utente caso o “período de fidelização” decorresse sem perturbações.

Para bem compreender o assunto é necessário tratar em conjunto ambas as cláusulas. Mas, antes de mais, é necessário desmistificar uma dessas cláusulas.

Não existem cláusulas de fidelização.

Os contratos são para cumprir, pelo que, no caso dos contratos sujeitos a um termo final, o contrato é para cumprir até esse termo final. A chamada “cláusula de fidelização” nada tem de especial, nada cria de especial e não importa para as partes qualquer efeito jurídico especial e fora do comum. Simplesmente, o contrato é celebrado por um prazo mínimo.

Os contratos com “cláusula de fidelização” são um simples caso de contrato sujeito a termo.

Como é corrente no comércio, o problema surge da prática comercial. A designação “cláusula de fidelização” e o respetivo “período de fidelização”, foram surgindo na prática comercial, e foram ganhando positividade na sociedade, de tal modo que correspondem hoje a *nomina* aceites na prática comercial e social. Esta situação tornou-se de tal modo reconhecível, que o próprio legislador decidiu intervir, usando também o *nomem* “período de fidelização” no Decreto-Lei nº 56/2010.

No entanto, apesar de se poder afirmar que existem os *nomina* “cláusula de fidelização” e “período de fidelização”, não existiam cláusulas de fidelização como tal. Ou seja, não existia nenhum novo tipo especial de cláusula, que correspondesse ao *nomem* “cláusula de fidelização”. O tipo desta cláusula correspondia ao termo, sendo-lhe aplicável o respetivo regime jurídico.

O problema prático surgia nos casos em que o utente decidia resolver o contrato na pendência do termo, sem fundamento para o fazer, em violação do contrato e da Lei. Foi este o caso que se verificou no Acórdão.

Estes casos devem ser qualificados como de resolução ilícita do contrato. Ou seja, como uma resolução unilateral do contrato por parte do utente, sem que a Lei ou o contrato lhe atribuíssem fundamento para o fazer.

Por outro lado, sendo contratos limitados no tempo, pelo termo acordado, a declaração de extinção na pendência do termo não constitui uma denúncia, mas antes uma resolução. Nestes casos, a resolução é eficaz, mas traduz um incumprimento contratual, dando lugar a responsabilidade civil contratual.

É para estes casos que vigora a cláusula penal. Esta cláusula fixa o montante a pagar a título indemnizatório em virtude da resolução ilícita do contrato antes de verificado o termo acordado.

A cláusula penal não é uma contrapartida pela resolução, mas uma antecipação do cálculo da indemnização, ou uma fixação do critério desse cálculo por modo diferente daquele que é imposto pelo Código Civil.

Nos casos em que o contrato permite a uma parte resolver o contrato pagando uma determinada contrapartida – resolução onerosa – a questão é diferente, porquanto a cláusula de contrapartida não é uma cláusula penal, mas antes um sinalagma.

## **A causa do problema (o Decreto-Lei nº 56/2010)**

O art. 2º do Decreto-Lei nº 56/2010 inclui a disposição já referida, mas que se transcreve novamente:

*3 – 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.*

Esta disposição cria um regime jurídico segundo o qual, a resolução destes contratos a termo, seja lícita ou ilícita, não é fonte de qualquer obrigação de pagamento, nem a título de indemnização nem a título de sinalagma (contrapartida).

No que respeita ao caso do sinalagma, esta disposição impede a resolução onerosa com base na vontade das partes.

Caso se admita que o termo “resolução” tenha sido usado no seu sentido técnico (o que muito duvidamos), esta disposição impediria uma cláusula do contrato que permitisse a uma das partes resolver unilateralmente o contrato na pendência do prazo, pagando um preço.

Caso o termo “resolução” tenha um significado de extinção, esta disposição proibiria a revogação do contrato por mútuo acordo oneroso. Ou seja, o acordo pelo qual as partes acordavam por fim ao contrato, pagando uma determinada quantia que fosse acordada.

Esta solução é, em si, grave. Mas é ainda mais grave porque o legislador não teve o cuidado de legislar qualquer limite subjetivo. Ou seja, interpretado literalmente, esta disposição impediria o utente de cobrar uma quantia ao operador de telecomunicações, caso este resolvesse ilicitamente o contrato. Claro está, que a disposição não pode ser interpretada deste modo, devendo ser aplicada apenas nos casos em que a resolução ilícita parta do utente.

No que respeita ao caso da indemnização, a questão é muito mais grave, pois retira ao regime da resolução ilícita uma das suas principais consequências: a responsabilidade civil. Na prática, significa isto que, se uma parte resolver ilicitamente o contrato na pendência do prazo, a outra parte não pode exigir o pagamento de qualquer indemnização, por qualquer dano que tenha sofrido.

Sendo a responsabilidade civil o principal meio de tutela do contrato em caso de resolução ilícita, esta disposição implicaria, na prática, que a chamada “cláusula de fidelização” fosse inútil. O prazo fixado poderia, então, ser livremente revogado sem dar causa a qualquer consequência. O ato de resolução seria um ilícito contratual mas sem consequências.

A Lei nº 56/2010, ao mesmo tempo que regulava o prazo máximo da chamada “cláusula de fidelização” permitia a livre violação dessa cláusula, sem consequências indemnizatórias (salvo no que respeita ao equipamento que tenha sido fornecido).

Face a este diploma, já se poderia falar numa verdadeira cláusula de fidelização. Esta seria caracterizada como uma cláusula, de acordo com a qual as partes acordavam uma duração mínima para o contrato, mas que não era tutelada juridicamente. De certo modo, estabelecia-se uma espécie de obrigação “natural” de respeito pela duração do contrato; ou, dito de outro modo, *pacta non sunt servanda*.

## **Contratos com equipamento vs contratos sem equipamento**

O Decreto-Lei nº 56/2010 causou ainda outra dúvida. Este regime era aplicável a todos os contratos, ou apenas àqueles nos quais o operador entregou equipamentos ao utente, a um preço descontado?

A dúvida tem razão de ser face, mais uma vez, à má redação do diploma. É da constatação deste facto (a má redação) que resulta a solução. Assumindo-se que o legislador não se exprimiu da melhor maneira, deve procurar-se interpretar com cuidado o art. 2º, nº 3 do diploma. Este não refere, na sua letra, contratos com entrega de equipamentos. No entanto, o preâmbulo do diploma, o seu art. 1º e os restantes números do art. 2º, fazem essa referência, senão expressa, pelo menos tacitamente. Contudo, se o regime especial do art. 2º, nº 3 apenas fosse aplicável aos contratos com entrega de equipamento, as consequências seriam, no mínimo, muito estranhas.

A ser assim, os utentes que celebrassem um contrato de acordo com o qual recebiam um equipamento a preço mais favorável, beneficiavam desta benesse e, para além desta benesse, estavam isentos de pagar qualquer quantia em caso de resolução do contrato durante o seu prazo de duração, mesmo que resolvessem ilicitamente o contrato. Os outros utentes, que não beneficiavam do equipamento, tinham de indemnizar a operadora caso violassem o mesmo prazo.

Ou seja, a ser esta a interpretação correta, criavam-se duas categorias de utilizadores com contrato a termo:



- Uma categoria composta pelos utilizadores a quem o operador tenha entregue um equipamento, e que estariam isentos de responsabilidade civil por violação do contato. *Os utilizadores de primeira categoria.*
- Uma categoria composta pelos utilizadores a quem o operador não tenha beneficiado com a entrega de um equipamento, e que, por essa razão, seriam civilmente responsáveis caso violassem o contrato. *Os utilizadores de segunda categoria.*

Esta interpretação não pode valer, por ser incompatível com o sistema jurídico. Nenhum sentido há em punir as pessoas que não recebem um equipamento a preço especial, especialmente quando as demais, para além de resultarem beneficiadas pela entrega do equipamento, ainda seriam civilmente irresponsáveis.

Assim, o art. 3º, nº 2 do Decreto-Lei nº 56/2010 deve ser interpretado como sendo aplicável a todos os contratos sujeitos a uma “cláusula de fidelidade”, com ou sem entrega de equipamento.

## A Lei nº 51/2011 de 13 de setembro

Como vimos, a Lei nº 51/2011 procedeu a alterações à Lei das Comunicações Eletrónicas, com relevância para as questões em apreciação. Por um lado, introduziu uma disposição (art. 2º, nº 2, al. h)), com o seguinte teor:

*2 – 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.*

Interpretando esta disposição *a contrario*, a Lei das Comunicações Eletrónicas prejudica o regime jurídico do art. 2º, nº 3, do Decreto-Lei nº 52/2010. Assim, mantém-se o regime deste Decreto-Lei no que respeita ao desbloqueamento de equipamentos, mas em matéria de resolução onerosa ou de indemnização por resolução ilícita, na pendência da chamada “cláusula de fidelização”, prevalece o regime da Lei nº 5/2004 (Lei das Comunicações Eletrónicas).

A outra modificação traduziu-se no art. 48º, nºs 4 e 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas, que como vimos, ficaram com o seguinte teor:

*4 – As empresas que prestam serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem oferecer a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem contratos pelo prazo de 12 meses.*

*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.*

O regime do nº 5 regula as cláusulas de resolução do contrato e outras cláusulas que possam afetar a mudança de prestador de serviço por parte do assinante. Ou seja, esta disposição regula também o regime da resolução e de cláusulas penais para os casos de resolução, sendo incompatível com o regime do Decreto-Lei nº 56/2010. Este novo regime aplica-se mesmo nos casos em que exista uma “cláusula de fidelização” conforme o nº 4 do art. 48º da Lei das Comunicações Eletrónicas.

Deste modo, o art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas pôs fim ao regime do art. 2º, nº 3 do Decreto-Lei nº 56/2010. Passou, então, a ser possível acordar a revogação onerosa do contrato, acordar uma cláusula de resolução onerosa e acordar uma cláusula penal indemnizatória para o caso de resolução ilícita. Voltou a vigorar o princípio *pacta sunt servanda*.

Todavia, estas hipóteses devem ser enquadradas com o art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas pelo que, no caso de uma cláusula penal, esta não pode ser desproporcionada, nem pode o procedimento de resolução do contrato ser excessivamente oneroso e desincentivador da mudança de prestador de serviço por parte do assinante, o que limita também a cláusula penal.

O Código Civil prevê, no artigo 812º a redução judicial da cláusula penal de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva (nº 1), ou se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida (nº 2). O art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas estabelece um regime especial. Assim, em vez da “excessividade manifesta” do Código Civil, exige-se apenas a “desproporcionalidade” da cláusula penal, ou a “excessiva onerosidade” que desincentive a mudança de operador. Mas, por outro lado, enquanto o regime do Código Civil opera na fase do exercício da cláusula penal, o regime da Lei das Comunicações Eletrónicas opera ao nível de conteúdo da cláusula penal. Assim, no Código Civil a cláusula penal é válida, mas pode ser reduzida, mas na Lei das Comunicações Eletrónicas a cláusula não é válida, sendo nula.

O sistema da Lei das Comunicações Eletrónicas não é novo, correspondendo ao sistema do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro). Segundo o art. 19º, al. c) do Decreto-Lei nº 446/85:

*São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:*

*[...]*

*c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir;*

A diferença fundamental que existe entre o regime das Cláusulas Contratuais Gerais e o regime da Lei das Comunicações Eletrónicas consiste na generalização da solução que este último diploma provoca. Assim, a limitação às cláusulas penais estatuída no art. 48º, n.º 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas aplica-se a todos os contratos, quer sejam contratos com Cláusulas Contratuais Gerais ou não. Solução esta que se compreende, face à generalização da prática de recorrer a este método de celebração contratual que ocorre nesta área de atividade.

No entanto, salvo esta diferença, o critério é o mesmo: a desproporcionalidade.

## **Da proporcionalidade**

Regressamos novamente à fundamentação do Acórdão em comentário, agora no que respeita à questão da proporcionalidade:

*Como atrás se referiu o n.º 5 do art. 48º da LEC, afasta a possibilidade das operadoras estabelecerem cláusulas penais desproporcionadas ou excessivamente onerosas, desincentivadoras da mudança de prestador de serviço por parte do assinante e o n.º 2 do mesmo diploma impõe à operadora que inclua informação detalhada na proposta de contrato, quando houver períodos contratuais mínimos associados, designadamente quanto à oferta de condições promocionais, à subsidiação do custo de equipamentos terminais ou ao pagamento de encargos decorrentes da portabilidade de números, de forma a justificar a indemnização que o utente terá de suportar, com a denúncia do contrato antes do termo do prazo. Por outro lado, incluindo, por sistema, esses contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas cláusulas contratuais gerais, no caso, concretamente todas as constantes de fls. 9v, que foram pré-elaboradas, rígidas e sem possibilidade de alteração e que podem ser utilizadas por um número indeterminado de clientes da A e das outras operadoras, que prestam um serviço público essencial é aplicável o regime do DL n.º 466/85, de 25/10.*

*Ora o art. 19º do DL n.º 446/85 dispõe que: “São proibidas, consoante o quadro negocial, padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: (...) “c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”.*

*O juízo do valor sobre a desproporção deve ser reportado ao momento em que a cláusula é concebida, aos danos típica e previsivelmente a ressarcir, dentro do quadro negocial padronizado.*

*O critério de aferimento dessa proporcionalidade deve ser estimado em abstracto, uma vez que se desconhece, no momento da celebração do contrato, a existência de danos ou a sua extensão.*

*Importa ainda considerar que o critério plasmado na al. c) do citado art. 19º do DL n.º 446/85 (cláusula penal desproporcionada) não coincide com o constante no n.º 1 do art. 812º do Código Civil (cláusula penal manifestamente excessiva). Sendo que nas cláusulas contratuais gerais não negociadas o legislador é mais exigente, proibindo a cláusula penal simplesmente desproporcionada aos danos a ressarcir, não sendo necessário que essa desproporção seja manifesta (cf. neste sentido José Manuel Araújo de Barros, Cláusulas Contratuais Gerais, p. 236). Assim, num contrato de adesão celebrado com uma empresa fornecedora de serviços relativos a comunicações electrónicas, a cláusula donde resulte que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a empresa tem direito a uma indemnização por danos no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, só pode deixar de ser considerada desproporcionada, se do contrato constarem os benefícios concedidos ao utente, designadamente descontos na instalação do serviço e principalmente no valor do tarifário acordado que justifiquem a indemnização previamente fixada e, que em princípio, salvo situações especiais, devidamente plasmadas no contrato, não pode corresponder à totalidade das prestações em falta até ao termo do contrato (como de resto decorre do n.ºs 2 e 5 do art. 48º da LCE).*

Como afirmámos já, o problema da cláusula penal na Lei das Comunicações Eletrónicas não é de execução do contrato, mas de celebração do contrato. É, por esta razão, necessário aferir da proporcionalidade à data da celebração. Assim, e como é referido no trecho *supra* transcrito, a proporcionalidade não se pode verificar entre a cláusula penal e o dano, porquanto este inexistente à data da celebração. A proporcionalidade deve, então, ser aferida entre a cláusula penal e elementos que constem do próprio contrato. O Acórdão refere os benefícios concedidos ao utente. No entanto, nada impede que se tome em consideração a diferença de preço a pagar, entre o contrato com “cláusula de fidelização” e o mesmo contrato caso não tivesse “cláusula de fidelização”. Em última análise, este será muito provavelmente o dano que a operadora sofreu pela violação do termo do contrato (da “cláusula de fidelização”). Mas este valor deve constar no contrato. Se não constar do contrato, não é relevante para o juízo de proporcionalidade, pelo que não pode ser tido em conta.

Assim, a operadora tem um ónus de fazer incluir no contrato os elementos com base nos quais é possível aferir da proporcionalidade da cláusula penal. Se não o fizer, mesmo que a cláusula seja proporcional, não é possível aferir do eventual cumprimento do art. 48º, nº 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas. O que significa que bastará ao utente invocar que, face aos elementos que constem do contrato, a cláusula penal é desproporcional, o que facilmente logrará provar, pois nada constará do contrato que demonstre essa proporcionalidade.