Proc nº 2248/2020

SUMÁRIO

TEMA: *Arbitragem necessária – Serviços públicos essenciais – Serviço de comunicações eletrónicas – Cláusula de "fidelização" contratual – Ação de apreciação negativa – Ônus da prova - Injunção - Prazo de prescrição - Suspensão (Leis 1-A/2020, DL 10-A/2020 e Lei 16/2020)*

DECISÃO: *Ação parcialmente procedente e condenação da fornecedora a reconhecer que é exigível parcialmente o valor de faturas e inexigível o valor da penalização.*

SENTENÇA

I RELATÓRIO

Autora: residente na

Ré: ' com sede em

Nesta ação arbitral instaurada no âmbito da resolução de conflitos de consumo, vem a autora/consumidora pedir que o Tribunal a declare não devedora à Ré de qualquer quantia, designadamente da importância de €1 035,97.

Fundamentação do pedido

A fundamentar o pedido, alegou a autora, concretamente e em síntese, que celebrou e manteve com a demandada, até dezembro de 2019, um contrato para prestação de serviços de comunicações eletrónicas; cancelado o contrato, pagas as faturas devidas e desligados os respetivos serviços, tem vindo a demandante a ser intimada a pagar diversas importâncias através de cartas, a última das quais datada de 8-6-2020, alegando dívida de €1 035,97; além de não devidos, o direito alegado pela demandada está prescrito pelo decurso do prazo legal de 6 meses

Posição da demandada

Notificada a demandada, nos termos regulamentares, da data designada para julgamento e/ou conciliação, apresentou contestação escrita no prazo regulamentar.

Alegou, no essencial, que o contrato a que alude a autora, foi celebrado em 17-8-2018 e sujeito a alteração em 9-5-2019; em 15-5-2019, a autora solicitou acordo especial de pagamento que veio a ser celebrado em 18-12-2019 para o valor de €269,74, tendo sido reciprocamente aceite o pagamento desse valor em 3 prestações com início em 19-12-2019 e fim em 19-2-2020; em 23-2-2020 a autora propôs o pagamento diferido, em 2-3-2020, das faturas e pediu a não suspensão dos serviços que contratara; todavia nessa data (2-32020) já haviam sido suspensos os serviços, vindo a conta a ser desativada em 4-3-2020, por incumprimento contratual; nessa data, estava vigente o *"período de fidelização"* [terminava em 9-5-2021] e, em consequência, *"foi imputada a respetiva penalidade de 789,91"* (que inclui o valor respeitante aos equipamento fornecidos pela Ré, no valor de €300,00)), ficando a conta corrente com um valor total em dívida de €1.035,97; estão por pagar faturas emitidas em 27-12-2019, 27-01-2020, 27-02-2020 e 20-03-2020, no valor total de €246,06; a Ré estaria disponível para creditar na conta da autora a importância de €489,90, respeitante à penalidade (€489,90) contra a entrega dos equipamentos e pagamento das sobreditas faturas; alega ainda a ré que *"foi interposta ação judicial"* contra a autora (cfr 11., da contestação); que a autora foi notificada de injunção em 8-9-2020 e fórmula executória foi aposta em 8-10-2020; relativamente à invocada prescrição, a ré contesta-a invocando a seu favor a interrupção do prazo respetivo desde 9-3-2020 a 3-6-2020;

Saneamento do processo

Este Tribunal arbitral é competente, considerando a vontade manifestada pela autora/consumidora, a natureza do litígio (relativo a serviços públicos essenciais – Lei 23/96, de 26-7, com as sucessivas alterações) e a sujeição deste ao regime de arbitragem necessária (artigo 15º da citada Lei, alterada pelo artigo 2º, da Lei nº 6/2011, de 10-3).

O processo é assim o próprio.

As partes são legítimas, capazes e possuem personalidades jurídica e judiciária.

Cumpre decidir o litígio.

II FUNDAMENTAÇÃO

Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

a) Entre a autora e ré vigorou, a partir de 17-8-2018, um contrato tendo por objeto a prestação de serviços nos termos do escrito de fls ---- (Doc 1, com a contestação);

b) Em 18-12-2019, a ré e autora haviam celebrado um acordo de pagamento dos valores então em dívida, na importância de €269,47 (Doc 5, com a petição);

c) Após sucessivas alterações e pedidos de moratória da autora à ré, esta, em 23-2-2020, resolveu ou rescindiu o contrato por falta de pagamento de faturas relativas aos serviços prestados no âmbito do citado contrato;

d) Em 29-4-2020, a autora recebeu uma carta intimando-a a efetuar o pagamento das faturas nºs emitida em 27-12-2019, na importância de €79,40, , emitida em 27-2-2020, na importância de €62,16, na importância de €103,77 emitida em 27-1-2020 e emitida em 20-3-2020, na importância de €0,73 (total: €246,06) - Doc nº 3, junto com a petição inicial;

e) Em 23-9-2020, a autora devolveu à ré os equipamentos que lhe haviam sido cedidos por esta em execução do sobredito contrato, com exceção de um "transformador/router" - Doc 4, com a petição inicial;

f) Em 20-4-2020, a autora emitiu e enviou à autora a fatura nº FT na importância de €789,91, incluindo, além dos serviços devidos prestados e objeto das faturas mencionadas em e) no valor de €246,06, a importância de €642,20 descrita como sendo relativa a *"penalidade por incumprimento contratual"* - Cfr Doc 34, com a petição inicial;

g) A reclamação/petição que dá origem a estes autos foi apresentada em 31-8-2020

Factos não provados

Não ficou provado:

- que a autora tivesse sido notificada de procedimento de injunção instaurado pela ré, designadamente o nº 64479/20.3YIPRT DE 2-9-2020;

- que a ré tivesse instaurado contra a ora autora qualquer ação judicial;

- que a autora tivesse sido informada e/ou aceite que o contrato citado a obrigava a não rescindi-lo ou denunciá-lo em determinado prazo sob pena de efetuar qualquer pagamento adicional à ré por denúncia prematura.

Motivação

Assinale-se preliminarmente que o juiz ou árbitro não tem o dever de pronúncia sobre toda a matéria alegada, tendo antes o dever de selecionar apenas a que interessa para a decisão, levando em consideração a causa (ou causas) de pedir que fundamenta(m) o pedido formulado pelo autor (cfr.artºs. 596º, nº1 e 607º, nºs. 2 a 4, do Cód de Proc. Civil, na redação da Lei 41/2013, de 26/6) e consignar se a que considera provada e/ou não provada.

Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação às provas produzidas, na sua íntima convicção, formada a partir do exame e avaliação que faz dos meios de prova trazidos ao processo e de acordo com a sua experiência de vida e de conhecimento das pessoas (cfr. artº.607, nº.5, do C.P.Civil, na redação da Lei 41/2013, de 26/6). Somente quando a força probatória de certos meios se encontra pré-estabelecida na lei (*v.g.* força probatória plena dos documentos autênticos - cfr. artº.371º, do Código Civil) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

No caso, o Tribunal alicerça a sua convicção nas provas [ou inexistência destas] apresentadas (ou não) por ambas partes e, concretamente, nos documentos juntos aos autos e não impugnados e nas posições das partes espelhadas na petição inicial/reclamação e na contestação, em conjugação com as declarações prestadas pela autora e que, apesar desse estatuto processual (parte) se revelaram credíveis e indiciadoras de correspondência com a realidade dos factos.

Por banda da ré, só se tomaram em atenção as provas documentais apresentadas por esta em conjugação com o depoimento prestado pela autora na medida em que nenhuma outra prova foi apresentada em audiência.

Por isso é que não ficou demonstrado o válido estabelecimento entre as partes de cláusula penal e tão pouco sequer a prestação de informação à autora aquando da outorga do contrato.

Dito doutro modo: a fidelização contratual não se mostra demonstrada quer porque não resulta dos documentos juntos que a autora tenha subscrito tal clausulado e/ou que tal lhe tenha sido comunicado ou explicado, designadamente

em termos de cumprimento do que dispõe a Lei sobre tal matéria (cfr maiores desenvolvimentos infra, na fundamentação de direito).

Fundamentação de Direito

A - Algumas considerações genéricas e preliminares

O regime atual da Lei das Comunicações Eletrónicas alterou e clarificou as regras a que deve obedecer a fidelização contratual dos consumidores – Cfr Lei nº 15/2016, de 17 de junho, que alterou a Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro.

A faculdade de denúncia resulta, como a doutrina corrente assinala, da não admissibilidade da existência de vinculações negociais eternas ou excessivamente duradouras que são consideradas contrárias à ordem pública, entendimento que se funda no art. 280.º, do Código Civil (CC).

Daí o reconhecer-se à parte afeta a tal vinculação a faculdade de, *ad nutum*, sem necessidade de invocação de qualquer fundamento — e mesmo contra a vontade da outra parte —, pôr termo ao correspondente negócio jurídico.[1]

Só existe obrigação de cumprir um período de fidelização se este estiver fixado nas condições contratuais do serviço. O período de fidelização não é uma regra, mas é uma possibilidade frequente, quando o consumidor celebra o contrato ou quando faz uma alteração (por ex. mudança de tarifário, mudança de morada, contratação de um outro pacote de serviços, etc).

Não fixando contratualmente, de forma válida, a indemnização devida pelo incumprimento dessa cláusula, necessita o fornecedor do serviço, alegar e demonstrar qual o prejuízo efetivo que sofreu com a denúncia prematura do contrato.

Assim, se o consumidor quiser denunciar ou cancelar o seu contrato, o operador nunca pode recusar-se a aceitar essa denúncia; mas se ainda estiver dentro do período de fidelização, pode cobrar-lhe uma penalização desde que a forma de cálculo desse valor esteja definida no contrato [pode corresponder, por exemplo, ao valor das mensalidades devidas até ao fim do período de fidelização], com adequada e legal explicação prévia ao consumidor.

O que não pode o fornecedor do serviço é exigir o cumprimento dessa penalização estribado na aceitação formal (pelo consumidor) dum acervo, por

[1] Cfr. v.g., Luís Carvalho Fernandes, **Teoria Geral do Direito Civil**, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007, vol. II, pp. 476 e 477.

vezes imenso e de difíceis leitura e interpretação, de cláusulas ou condições, de caráter, em boa parte, eminentemente técnico e desacompanhadas de informação clara e essencial relativa aos direitos e obrigações do consumidor.

É, nesta vertente, a tradução do princípio de que o conteúdo do contrato coincide ou deve coincidir sempre com o âmbito do consenso (sublinhado nosso) [artigo 232°, do C. Civil], sendo que este não se forma se, obviamente, alguém se limita a subscrever (e, muito menos, se for apenas informado) de um acervo genérico de condições relativas à prestação do serviço contratado mas que não lhe revelam, sem explicação adicional, quais as reais obrigações que assume e quais as consequências do seu incumprimento.

Conclui-se do exposto que, celebrado contrato escrito de prestação de serviços [no caso, de comunicações eletrónicas] é cláusula essencial do contrato, a inserir no respetivo escrito, com aceitação expressa do consumidor (sublinhado nosso), o período de fidelização e as penalidades a que fica sujeito por denúncia do contrato nesse período (sublinhado nosso).

Por outro lado, haverá ainda que ponderar o disposto no DL nº 56/2010, de 1 de junho, diploma que veio designadamente estabelecer limites à cobrança de quantias pela prestação de serviços de comunicações eletrónicas em caso de *"rescisão"* do contrato durante o período de fidelização.

Esses limites pressupõem que tenham sido fornecidos equipamentos ao consumidor na medida em que essas contrapartidas por rescisão prematura são aferidas em função do preço do equipamento, sendo proibidas cobranças de valores superiores aos aí estabelecidos – Cfr artigos 2° - a), b) e c) e 3, do citado DL.

Assinale-se que os deveres gerais e contratuais de informação – transparente, clara e compreensível - percorrem ou estão sempre especialmente presentes em matéria de contratos de consumo e, sobretudo, nas fases pré contratuais como consequência ou corolário do princípio geral previsto no artigo 227°, do Cód Civil.

As cláusulas contratuais gerais não são, dada a sua natureza e a, digamos, *"malícia"* com que são predispostas, aptas a desempenhar o papel de informação e de esclarecimento acerca dos elementos essenciais do contrato e, logo, não cumprem, em regra, o dever de informação do consumidor.

Por outro lado ainda, há que considerar especialmente nesta área do Direito do Consumo (ou *"Direito dos Consumidores"*), o **princípio da transparência**, sendo inexigível ao consumidor que este, por exemplo, percorra

textos técnicos, longos e obscuros, para descortinar obrigações contratuais e elementos essenciais do contrato.

Há que atender igualmente aos **princípios da equidade** e da **vulnerabilidade do consumidor** nas relações contratuais, ponderando que o equilíbrio entre as partes deve ser encontrado na consideração de que o consumidor constitui a parte mais fraca, hipossuficiente ou vulnerável.

B - Acções de simples apreciação negativa, a prescrição e a situação *sub juditio.*

Estas ações visam unicamente obter a declaração da inexistência de um direito ou de um facto [art.º 10º, n.º 3, al. a), do Código de Processo Civil] - não envolvem o reconhecimento de um direito a constituir ou a condenação da parte contrária a reconhecê-lo ou a cumpri-lo. A classificação de uma ação como de simples apreciação depende do pedido formulado, pressupondo ainda a análise de um direito ou facto concreto e de uma situação de *incerteza grave*. São exemplos de ações de simples apreciação negativa, as ações de impugnação de justificação notarial e ainda uma **ação em que se formule o pedido de apreciação de que não se deve determinada importância** ou de inexistência de um contrato (v.g., a um fornecedor) [grifado nosso].

Pois bem, nestes casos, e de acordo com o disposto no art.º 343.º, n.º 1 do Código Civil, compete à *parte demandada o* ónus de prova dos factos constitutivos da existência do direito cuja *inexistência* a parte demandante pretende ver ser declarada. Ou seja, ocorre a inversão do ónus de prova.

E compreende-se que assim seja, porque constitui princípio que a parte contra quem é invocada a inexistência de um direito está em melhores condições de provar que esse direito existe, já que um facto negativo é sempre de prova mais difícil do que um facto positivo. A inversão do ónus da prova em benefício do titular do direito que beneficia de presunção, radica no facto desta ser já a prova, ainda que impugnável, da sua existência e da sua titularidade.

Por outro lado, competiria sempre no caso à demandada de todos os factos relativos ao cumprimento das suas obrigações e, concreta e designadamente, demonstrar a exigibilidade do pagamento dos valores faturados, *maxime* das sobreditas faturas e da importância, incluída na fatura mencionada em g), do elenco de factos provados, de €642,20 a título de cláusula penal (Cfr artigo 11º, da LSPE).

Ou seja e por outras palavras: a demandada tinha o ónus de provar ou demonstrar a existência, subsistência e exigibilidade do invocado crédito, incluindo o resultante da citada cláusula penal.

A prescrição

O direito ao recebimento do preço do serviço público essencial prestado prescreve no prazo de 6 meses após a sua prestação – artigo 10º-1, da LSPE.

Este prazo de prescrição extintiva, sujeito subsidiariamente às regras gerais do Código Civil [arts 300º e ss.], conta-se desde a data da prestação do serviço e só pode ser interrompido nos termos do artigo 323º e seguintes, do Código Civil (citação ou notificação judiciais, compromisso arbitral e reconhecimento), com início de nova contagem de prazo a partir do ato interruptivo (cfr artigo 326º, do Código Civil).

Em resultado da situação pandémica vivida em Portugal e no Mundo desde março de 2020, houve necessidade de intervenção legislativa ao nível também dos prazos legais de prescrição e de caducidade que, por força, conjugadamente, para a situação que ora interessa, do disposto no artigo 7º, da Lei nº 1-A/2020, alterada pela Lei nº 4-A/2020 e Lei nº 16/2020, foram alargados pelo período correspondente à suspensão que havia sido fixada.

Ou seja e concretamente: o prazo de 6 meses citado é acrescido do período entre 9-3-2020 e 3-6-2020, ou seja, de mais 86 dias.

O que quer dizer que o prazo de 6 meses para a propositura da ação judicial ou injunção, interruptivo da prescrição e sem prejuízo de suspensão no caso de opção pelo recurso a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos [artigos 10º e 15º,da LSPE, alterado pela Lei 24/2008], é acrescido de 86 dias.

Assinale-se, *en passant,* a diferença, entre suspensão e interrupção da prescrição: aquela (suspensão) consiste no facto de ocorrer por força de lei, (artigos 318º a 322 º do Código Civil), independentemente da vontade do credor, enquanto nesta (interrupção) se impõe uma conduta do credor destinada a tal fim (artigos 323º a 325º do Código Civil).

Subsunção

Ora tendo sido reconhecida pela autora, em 23-2-2020, dívida à Ré na importância de €245,33, o prazo prescricional não teria o seu termo antes de 23-8-2020 sem tomar em linha de conta a suspensão, até 83 dias, acima mencionada.

O que significa que encontrando-se vencida é também exigível pela ré à autora, a dívida, emergente do contrato mencionado, no valor máximo de €245,33.

III DECISÃO

Pelo exposto:

Julga-se parcialmente procedente a ação, e, em consequência, condena-se a demandada
a reconhecer que, emergente do contrato objeto dos autos, a demandante à data de 31-8-2020 (data da reclamação que dá origem a estes autos), nenhuma outra importância lhe deve para além da quantia de €245,33 (duzentos e quarenta e cinco euros e trinta e três cêntimos).

- Não há lugar ao pagamento de custas e/ou outros encargos.
- Valor da ação: €1.035,97.
- Notifique-se.
- Oportunamente, arquive-se o processo

Guimarães, 28 de maio de 2021

O Juiz-árbitro,

José A G Poças Falcão