TRIAVE
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DO AVE, TÂMEGA E SOUSA

RAL
CENTROS DE ARBITRAGEM

Processo n.º 2788/2021/FL

Reclamante:

Reclamada:

SUMÁRIO

1º. As chamadas "cláusulas de confirmação – tipo" em que se enquadra a "indemnização por incumprimento contratual" – não são suficientes para assegurar, só por si, a prova da comunicação (nem, muito menos, da informação e esclarecimento) de "clausulas contratuais gerais" – como é, manifestamente, o caso do "documento de confirmação de compra" –, sujeitas ao regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

2º. Considerando o tribunal que não se provou a inserção no contrato singular da cláusula (contratual geral) que estabelecesse qualquer pena convencional para a cessação antecipada do contrato (ou para o incumprimento das obrigações dele emergentes), devido à falta de prova da sua comunicação, informação e esclarecimento (nos termos dos arts. 5.º e 6.º do Decreto-lei n.º 446/86, de 25/10), julga a acção procedente, declarando indevida a penalização exigida pela reclamada.

3º. Nas acções de simples apreciação negativa, "(...) não cabe ao autor alegar e provar (pela negativa) que o direito ou o facto não existe, competindo antes ao réu, que vinha alardeando extrajudicialmente a existência desse direito ou desse facto, alegar e provar (pela positiva) tal existência. Há, digamos, uma ordem no encargo probatório das partes, pois só será exigível ao autor a prova dos factos impeditivos ou extintivos no caso de serem previamente provados pelo réu os factos constitutivos do direito que se arroga, pelo que a falta de prova de uns e outros factos gera a procedência da acção, declarando-se a inexistência do direito.

I- Relatório

1.1 O reclamante apresentou reclamação contra a reclamada pretendendo que se declare que não lhe é devedor da quantia de €268,36 a título de penalização por incumprimento contratual.

1.2. A causa de pedir e o pedido constante da reclamação inicial não foi objeto de alteração, que aqui se dá por integralmente reproduzida para todos os efeitos legais.

1.3. A reclamada, nos termos do artigo 14º do Regulamento do Triave não apresentou contestação escrita, não apresentou qualquer prova no prazo estabelecido no Regulamento deste Tribunal Arbitral (art.º 14.º n.º 5), não marcou presença, nem se fez representar, na audiência de discussão e julgamento.

Pelo que, os autos prosseguiram os seus termos, em conformidade com o estatuído no art.º 35.º n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro (aplicável *ex vi* o disposto no art.º 19.º n.º 3 do Regulamento deste Tribunal Arbitral dado tratar-se de arbitragem necessária).

*

A audiência realizou-se, assim, com a presença do reclamante e com a ausência da reclamada que devidamente notificada para a sua sede procedeu ao levantamento da notificação encontrando-se, por isso, regularmente notificada.

Declarada aberta a audiência não foi possível realizar-se a Tentativa de Conciliação (nos termos do artigo 11º do Regulamento do Triave), porquanto a reclamada não se encontrava presente, tendo a mesma, se frustrado.

II- <u>Saneador</u>

A audiência arbitral realizou-se com a presença do Reclamante e ausência da Reclamada que não esteve presente ou representada na audiência arbitral apesar de notificada, prosseguindo assim a audiência nos termos do disposto no artigo 35º n.º 3 e 39º n.º 1 da LAV.

Perante a ausência da reclamada não foi possível realizar-se a Tentativa de Conciliação (nos termos do artigo 11º do Regulamento do Triave), tendo a mesma, obviamente, se frustrado.

Este tribunal é material e territorialmente competente, uma vez que está em causa um conflito de consumo, apresentado por consumidor, decorrente de um contrato de prestação de serviços celebrado com profissional (pessoa colectiva), dentro da sua área geográfica de competência.

O processo está sujeito ao Regime da Arbitragem Necessária, como resulta dos nºs 2 e 3 do artº 14º da Lei 24/96 de 31 de Julho, na redacção da Lei 63/2019 de 16 de

Agosto, pois foi submetido à apreciação deste tribunal por opção expressa do consumidor/reclamante.

As partes têm personalidade e capacidade jurídica e judiciária, são capazes e legítimas.

Não foram alegadas excepções.

Cumpre apreciar e decidir.

III- Objeto do litígio

O objecto do litígio (ou o *thema decidendum*)[1] consiste na questão de saber se assiste ou não à reclamada o direito a exigir do reclamante a "indemnização por incumprimento do período de fidelização. Trata-se, portanto, de uma típica acção de apreciação negativa, em que recai sobre a reclamada o ónus de alegar e provar os factos constitutivos do direito de que se arroga titular.

IV- Fundamentação

Da Fundamentação de Facto

4.1 Factos Provados

Atendendo às alegações fáticas do reclamante e da reclamada, aos elementos carreados para os autos, consideram-se provados, de entre os que são essenciais para o objeto do litígio e para as questões relevantes para a decisão da causa, os seguintes factos:

a) Entre reclamante e reclamada foi celebrado, em setembro de 2020, um contrato de prestação de serviços de telecomunicações com o n.º de cliente Facto que se julga provado com base no depoimento prestado pelo reclamante em audiência arbitral e com base no **doc. n.º 6** junto com a reclamação;

b) O contrato indicado em a) incluía os serviços de televisão, internet, voz fixa e móvel- Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 6** junto com a reclamação;

[1] Sobre as noções de "litígio", material e formal, "questões", "*thema decidendum*", "questões fundamentais" e "questões instrumentais", ver João de Castro Mendes, Do Conceito de Prova em Processo Civil, Edições Ática, 1961, pp 131 e ss.

c) O contrato indicado em a) era prestado na morada do reclamante sita na

d) O Reclamante a 09 de março de 2021 procedeu à venda do imóvel identificado em c) – facto que se julga provado com base na escritura de compra e venda junto pelo reclamante em audiência arbitral;

e) A 10 de dezembro de 2020 o reclamante celebrou um contrato de arrendamento em imóvel sito na

– facto que se julga provado com base no contrato de arrendamento junto pelo reclamante em audiência arbitral;

f) A 14 de dezembro de 2020 o reclamante solicitou, através de carta registada com aviso de recepção, a desativação dos serviços porquanto a nova morada do reclamante não era abrangida pela rede da não sendo possível efetuar a instalação dos serviços na mesma - Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 3** junto com a reclamação;

g) O reclamante, a 19 de janeiro de 2021 procedeu ao envio, via ctt, dos equipamentos para a reclamada - Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 4** junto com a reclamação;

4.2. Factos não Provados

a) Que tenha sido comunicado ao reclamante que no caso de pedido de alteração de morada de instalação dos serviços contratados, esta alteração só podia ocorrer quando a nova morada estivesse inserida em área geográfica coberta pela rede da nos termos da Cláusula 2.9, termos em que era aplicável o custo de uma instalação, e que não estando a nova morada de instalação abrangida pela rede da havia uma impossibilidade técnica para se proceder à transferência;

b) Que tenha sido acordada entre as partes uma pena (uma cláusula penal, em sentido amplo) para a hipótese de cessação do contrato antes do termo previsto, ou para a hipótese de incumprimento das obrigações de qualquer das partes.

V- Motivação

Nos termos do artigo 396.º do CC e do artigo 607.º n.º 5 do CPC o Tribunal formou a sua prudente convicção, apreciando livremente, e à luz das regras da experiência comum, o conjunto da prova produzida nos autos, com referência às declarações da reclamante, recorrendo ainda ao exame dos documentos juntos aos autos e à consideração de factos instrumentais que resultaram da instrução e discussão da causa (artigo 5.º, n.º 2, alínea a) do CPC).

Em particular, e para além do que já se deixou declarado em relação a cada decisão em matéria de facto constante do ponto 4.1., importa justificarmos mais pormenorizadamente as decisões adotadas nas alíneas daquele ponto desta sentença.

As chamadas cláusulas de confirmação – tipo em que se enquadra a cláusula de indemnização por incumprimento contratual – não são suficientes para assegurar, só por si, a prova da comunicação (nem, muito menos, da informação e esclarecimento) de "clausulas contratuais gerais" – como é, manifestamente, o caso das "condições gerais e específicas do serviço"–, sujeitas ao regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Como se diz no acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa**, proferido, em 28/06/2012, no processo n.º 2527/10.7TBPBL.L1-2, *"a cláusula em que o aderente declara conhecer e aceitar as cláusulas contratuais gerais constantes do verso do documento que está assinar é uma cláusula de confirmação que não substitui a necessidade de comunicação de tais cláusulas, pelo que, não se provando esta, tais ccg serão excluídas também por força do art. 8/d) da LCCG"*.

Ou, como diz, **Jorge Morais de Carvalho**, não é suficiente *"(...) que o aderente assine um documento previamente elaborado em que admita terem sido cumpridas as exigências legais no que respeita à comunicação e ao esclarecimento das cláusulas, até porque esta cláusula é provavelmente abusiva"*[2].

No caso a reclamada não apresentou qualquer meio probatório que pudesse alicerçar a convicção que o reclamante fora "esclarecido", ou, pelo menos tomara

[2] Jorge Morais de Carvalho, Os contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Almedina, 2012, pp. 183-184.

conhecimento, por lhe terem sido comunicadas, "as condições específicas do serviço", em particular alguma, que não identificou, que pudesse conter uma qualquer cláusula penal.

VI- Da Fundamentação de direito

A reclamada funda o direito ao pagamento de serviços prestados e à "indemnização por incumprimento contratual".

Todavia, faltando a prova da comunicação e do conhecimento, pelo reclamante, dessas "condições", tem de concluir-se que tal eventual (digo "eventual" porque a reclamada nem sequer a identifica na sua contestação) cláusula (contratual geral), relativa à penalização por cessação antecipada do contrato (ou por incumprimento das obrigações do reclamante), não entra na composição do conteúdo do contrato (singular) celebrado entre as partes.

Na verdade, o "âmbito" dispositivo do contrato circunscreve-se às matérias e aspectos sobre os quais as partes "houverem acordado" (art. 232.º do Código Civil).

Em matéria de contratos formados através do recurso à predisposição de cláusulas contratuais gerais, a efectiva incorporação destas no contrato singular depende da verificação de dois pressupostos: em primeiro lugar, a sua aceitação (art. 4.º do Decreto-Lei 446/85, de 25/10); em segundo lugar, o cumprimento dos deveres de comunicação e informação estabelecidos nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei 446/85[3].

Em suma, não tendo as partes acordado na alegada cláusula (geral) de penalização por cessação antecipada do contrato ("antecipada" em relação ao alegado período de fidelização), não pode nela fundar-se nenhuma obrigação para o reclamante.

Por outro lado alegou o reclamante e esclareceu este tribunal que nunca teve conhecimento que caso mudasse de morada e não houvesse possibilidade de instalação do serviço, tal implicaria o pagamento de uma indemnização.

---

[3] Sobre a articulação dos arts. 4.º e 5.º (a articulação, portanto, entre a aceitação e a comunicação das cláusulas contratuais gerais), ver Pedro Caetano Nunes, Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais, *in* Estudos Em Homenagem Ao Professor Carlos Ferreira de Almeida, Volume II, Almedina, 2011, pp. 507-534.

Tem, pois, de proceder a pretensão da reclamante.

Relembre-se que, nas acções de simples apreciação negativa, *"(...) não cabe ao autor alegar e provar (pela negativa) que o direito ou o facto não existe, competindo antes ao réu, que vinha alardeando extrajudicialmente a existência desse direito ou desse facto, alegar e provar (pela positiva) tal existência. Há, digamos, uma ordem no encargo probatório das partes, pois só será exigível ao autor a prova dos factos impeditivos ou extintivos no caso de serem previamente provados pelo réu os factos constitutivos do direito que se arroga.*

Nessa conformidade, a falta de prova de uns e outros factos gera a procedência da acção, declarando-se a inexistência do direito"[4].

VII- <u>Decisão</u>

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos, julgo a ação totalmente procedente e em consequência declaro que o reclamante não deve à reclamada qualquer quantia.

O valor do processo fixa-se em **€268,36(duzentos e sessenta e oito euros e trinta e seis cêntimos)**, *nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 296º e 297º n.º 2 do CPC.*
Não há lugar à condenação em custas por as mesmas não serem devidas nos termos do artigo 16º do regulamento do Triave.
Notifique-se as partes com cópia da decisão, depositando-se original da mesma no Triave nos termos e para os efeitos do já mencionado regulamento.
Guimarães, 18 de março de 2022.

A Juiz-Árbitro,

Andreia Ribeiro

(Andreia Ribeiro)

[4] Paulo Pimenta, Processo Civil Declarativo, Almedina, 2014, p.38.