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

RAL
CENTROS DE ARBITRAGEM

Processo n.º 535/2021/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 A reclamante apresentou reclamação contra a reclamada pretendendo que se declare que não lhe é devedora de qualquer quantia.

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 apresentou, no prazo regulamentar, Contestação escrita, alegando, em suma, que não corresponde à verdade que a reclamante não tenha celebrado qualquer contrato com a reclamada através de suporte escrito, porquanto a 13 de agosto de 2020 a reclamante subscreveu os serviços de televisão, internet, voz fixa através da subscrição do tarifário sendo o valor da mensalidade de €36,99.

Acrescentou que a 12 de setembro de 2020 a reclamante alterou o serviço contratado tendo adicionado o serviço de voz móvel com 3 números móveis com portabilidade agendada para 15 de setembro de 2020.

Mais invocou que a 16 de setembro de 2020 foi processada o retorno dos números móveis para a com o consequente desligamento dos serviços móveis na reclamada.

Entende que a prestação dos serviços exigia o cumprimento de um período de fidelização de 24 meses e que a reclamada procedeu a diversas ofertas comerciais a favor da reclamante.

Mais alega que como contraprestação pelos serviços prestados pela reclamada à reclamante foram emitidas faturas no valor de €409,52 que não se encontram liquidadas pela reclamante e que emitiu nota de crédito no valor de 224,98 relativa à penalidade por não devolução dos equipamentos à reclamada.

II- Saneador

A audiência arbitral realizou-se com a presença da 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 da reclamante a "indemnização por incumprimento do período de fidelização e "demais faturas em atraso". 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 da 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, a 13 de agosto de 2010, um contrato de prestação de serviços de telecomunicações com o n.º conta · Facto que se

[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.

julga provado com base no **doc. n.º 2** junto com a reclamação e **doc. n.º 1** junto com a contestação;

b) O contrato indicado em a) incluía os serviços de televisão, internet, voz fixa - Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a contestação;

c) Desde 30 de janeiro de 2020 que o serviço de televisão, internet e voz fixa é prestado à reclamante pela empresa com compromisso de permanência com data final de 30 de janeiro de 2022 – Facto que se julga provado com base no depoimento da reclamante e do documento junto por esta em audiência arbitral;

d) A 14 de setembro de 2020 a reclamante assinou e entregou à reclamada formulário de denúncia do contrato - Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 4** junto com a reclamação;

e) Pelo menos desde 30 de janeiro de 2020 que os serviços indicados em a) sempre foram prestados pela empresa tendo a reclamante pago sempre mensalmente o valor das facturas por aquela emitidas – facto que julgo provado com base no **doc. n.º9** junto com a reclamação e com base no documento junto pela reclamante emitida pela e datado de 25 de setembro de 2021.

4.2. Factos não Provados

a) Que os serviços de televisão, internet e voz fixa alguma vez tenham sido prestados/instalados pela reclamada à reclamante;

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- <u>Motivação</u>

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 *"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, para além da subscrição do "documento de confirmação de compra", a reclamada não apresentou qualquer meio probatório que pudesse alicerçar a convicção de que os serviços foram instalados e que a reclamante fora "esclarecida", ou, pelo menos tomara conhecimento, por lhe terem sido comunicadas, "as condições e específicas do serviço", em particular alguma, que não identificou, que pudesse conter uma qualquer cláusula penal.

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

VI- Da Fundamentação de direito

A reclamada funda o direito ao pagamento de serviços prestados e à "indemnização por incumprimento contratual" – direito de que se arroga titular – no "Documento de Confirmação de Compra" que nem sequer corporiza as eventuais "condições gerais e específicas do serviço", cláusulas (gerais) por si pré-elaboradas.

Todavia, faltando a prova da comunicação e do conhecimento, pela 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 da 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 a reclamante.

Por outro lado alegou a reclamante e esclareceu este tribunal que sempre teve disponível o serviço da empresa a quem pagou sempre as faturas emitidas e com quem tem um vínculo contratual até 30 de janeiro de 2022.

---

[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.

Já no que respeita ao serviço móvel a reclamada também não fez qualquer prova do retorno dos números móveis para a nem quando operou o desligamento dos serviços móveis na reclamada.

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- Decisão

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

O valor do processo fixa-se em **€680,43(seiscentos e oitenta euros e quarenta e três 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, 06 de dezembro de 2021.

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

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

RAL
CENTROS DE ARBITRAGEM

A Juiz-Árbitro,

(Andreia Ribeiro)