SUMÁRIO

TEMA: *Arbitragem necessária – Serviços públicos essenciais – Serviço de fornecimento doméstico de energia elétrica – Cláusula de "fidelização" contratual – Ação de apreciação negativa – Ônus da prova - Injunção - Prova por confissão*

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 na

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

Fundamentação do pedido

A fundamentar o pedido, alegou a autora, concretamente e em síntese, que celebrou, em dezembro de 2019, um contrato com a demandada para prestação por esta àquela de serviços de televisão, internet e telefones fixo e móvel; devido ao não funcionamento adequado do serviço de satélite contratado, reclamou e pediu à Ré alteração para o serviço de fibra; depois de várias reclamações e insistências para uma resposta acabou a autora por pedir o "(...) *cancelamento do contrato por justa causa (...)";* apesar de, pelo silêncio da Ré, se ter convencido que o assunto estava resolvido, a verdade é que acabou por ser ulteriormente informada da existência de faturas pendentes de pagamento, incluindo uma relativa a alegada penalização por incumprimento contratual, sendo que a autora nunca havia sido informada da sujeição do contrato a penalizações.

Posição da demandada

Notificada a demandada, nos termos regulamentares, da data designada para julgamento e/ou conciliação, apresentou contestação escrita, declarando no introito que não estaria presente porquanto entendia que estava junta "(...) *toda a prova relevante para a justa decisão da causa (...)"*

Alegou, no essencial, que o contrato a que alude a autora, foi celebrado em 17-10-2019, conforme documento que juntou (Doc 1); em 18-10-2019, foi efetuada pela Ré uma intervenção técnica de instalação. (Doc 2); o serviço contratado impunha o pagamento mensal pela autora da importância de €64,89; esta mensalidade estava associada ao desconto na instalação do serviço e incluía o valor promocional de €109,52, benefícios que, com outros, totalizavam a quantia de €939,52 e que tinham como contrapartida um denominado *"período de fidelização contratual"* de 24 meses por parte da autora, que esta declarou conhecer e aceitou; como conheceu e aceitou as consequência do incumprimento desse período de fidelização; o citado período de fidelização ocorreria em 17-10-2021, tudo conforme o clausulado no citado contrato (cfr cláusula 14.1 das condições gerais); emergente desse contrato, estão por pagar as faturas que identifica em 10º da contestação (Docs 4 a 9 juntos pela Ré), perfazendo a importância total de €886,65, em capital; em 14-4-2020, por carta endereçada à Ré, a autora pediu a rescisão do contrato (Doc 10); em 16-5-2020, ou seja, ainda dentro do período de fidelização, os serviços contratados pela autora com a ré foram desligados; a penalização pelo incumprimento do período de fidelização foi acionada pela Ré e incluída no procedimento de injunção, no valor de 1.152,02, conforme documento nº 11, sendo este valor devido e exigível à autora pela ré.

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.

II FUNDAMENTAÇÃO

Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

a) Em 17-10-2019, entre autora e ré foi celebrado um contrato tendo por objeto a prestação de serviços de comunicações eletrónicas (televisão, internet e telefones), nos termos do escrito de fls ... (doc 1, junto com a contestação);
b) Em execução desse contrato, a ré efetuou uma intervenção técnica no dia 18-10-2019 conforme documento de fls 18 (Doc 2, com a contestação);

c) A autora, desde o início do contrato, foi reclamando junto da ré deficiências ou anomalias nos serviços contratados e
d) ...pediu mesmo a mudança para o serviço através de fibra ótica ao invés de satélite;
e) Nunca lhe foi dada satisfação ou resposta concreta a esses pedidos e/ou reclamações;
f) Em 14-4-2020, a autora enviou à ré uma carta a solicitar o cancelamento do citado contrato, *"(...)por justa causa, como já foi averiguado pelas entidades competentes da vossa empresa (...)"* (Doc 10, junto com a contestação - fls... dos autos)...
g) ... e em consequência a ré desligou os serviços em 16-4-2020;
h) A ré emitiu e enviou à autora as faturas indicadas e documentadas na contestação, relativas a serviços alegadamente prestados entre janeiro e junho do ano de 2020 (Docs 4 a 9, com a contestação - fls 29 a 38, dos autos);
i) Em 3-9-2020 a ré instaurou o procedimento de injunção nº exigindo o pagamento da importância de €1.152,02 (fls 40, dos autos);
j) A autora tomou conhecimento deste procedimento com a contestação da ré nestes autos;
k) A autora reconhece dever apenas à Ré as importâncias de €66,00, €97,89, €111,96, €103,27 e €7,71, incluídas nas faturas juntas pela Ré com a contestação - fls 29 a 37, dos autos.
l) A reclamação que dá origem a este processo arbitral foi apresentada pela autora em 23-9-2020

Factos não provados

Não ficou provado:

- que a autora tivesse beneficiado de desconto no valor de €350,00 na instalação e ativação dos serviços contratados com a ré ou quaisquer outros descontos;

- que a autora tivesse sido informada e aceitasse que o contrato que celebrava com a ré não pudesse ser rescindido nos 24 meses subsequentes ao da sua celebração;

- que os serviços a que aludem as faturas mencionadas supra em h) do elenco de factos provados, tenham sido prestados ou que o tenham sido nas condições contratadas;

- que a autora tivesse sido notificada do procedimento de injunção mencionado supra em j).

Motivação

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 nas posições das partes espelhadas na petição inicial/reclamação e na contestação.

Por outro lado, relevou, para prova dos factos provados constantes da alínea k), a confissão da demandante feita em audiência.

Ou seja: só por confissão, válida, da autora se considerou como demonstrados esses factos, ou seja, que a autora deve à ré a importância global de € 386,83.

Assinale-se ainda que as condições contratuais documentadas (Doc 2, com a contestação) não vinculam a demandante por não revelarem sequer estar subscritas por ela.

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).

A prova dos factos mencionados em k), fundou-se, reafirma-se, na confissão ou reconhecimento pela autora em audiência de que se sentia devedora à ré dessas e apenas dessas importâncias.

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 C.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 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 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.

---

[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.

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, televisão e telefone] 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 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 de €500,00 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 e subsistência do invocado crédito.

Pois bem: a Ré não logrou demonstrar, por um lado, que a autora se tivesse validamente vinculado relativamente à alegada obrigação de pagamento à autora da importância de €500,00 a título de penalização por incumprimento do contrato e, por outro, que tivesse ocorrido sequer o incumprimento do contrato por banda da autora na medida em que, como ficou demonstrado, a rescisão ou denúncia do contrato ocorreu em resultado da falta de qualidade do

serviço prestado e da não satisfação do proposto pela autora de alteração do sistema de satélite para fibra ótica.

Assim, não tendo a Ré provado a causa factual e jurídica para a exigência ou exigibilidade de todas as importâncias espelhadas nas faturas que juntou com a contestação, susbsistirá tão só e apenas a dívida global parcial dessas faturas em resultado de assim o confessar a autora - Cfr artigos 352º, 353º-1, 354º-b) *(a contrario)*, 355º e 357º-1, do Código Civil.

Analisando o caso mais de perto, o pedido com dignidade de apreciação judicial é o de que o Tribunal declarasse a inexigibilidade de qualquer pagamento da autora à ré emergente do sobredito contrato de prestação de serviços.

Pois bem, demonstrada está no caso, sem necessidade de outras considerações, que a autora deve apenas à Ré, porque o confessou ou reconheceu, a importância de €386,83, parcialmente espelhada nas faturas juntas aos autos (fls 29 a 37), emitidas em 19-1-2020, 19-2-2020, 18-3-2020 e 18-4-2020.

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 23-9-2020 (data da reclamação que dá origem a estes autos), nenhuma outra importância lhe deve para além da quantia de €386,83 (trezentos e oitenta e seis euros e oitenta e três cêntimos).

- Não há lugar ao pagamento de custas e/ou outros encargos.
- Valor da ação: €386,83.
- Notifique-se.
- Oportunamente, arquive-se o processo

Guimarães, 28 de maio de 2021

O Juiz-árbitro,

José A G Poças Falcão