Proc. n.º 1802/2021
REQUERENTE:
REQUERIDA:

Resumo da sentença para efeitos do art. 6.º da Lei 144/2015, de 8.11:

1. Não sendo a injunção uma ação judicial (mas apenas um procedimento não judicial de obtenção de um título executivo), a aposição de fórmula executória ao requerimento de injunção, quando o requerido não se oponha, não constitui nenhuma decisão judicial, pelo que não produz nenhum efeito preclusivo extraprocessual semelhante ou análogo ao caso julgado.

2. Assim, por definição, não é concebível uma relação processual de litispendência ou caso julgado entre uma ação arbitral e um procedimento de injunção.

3. O recurso por parte de um consumidor aos procedimentos para a resolução alternativa de litígios (mormente, a arbitragem), consagrados pelo legislador comunitário, não pode ser afastado pelo facto de ter sido iniciado procedimento de injunção, que o sistema jurisdicional nacional considera não ter natureza jurisdicional;

4. Tendo o consumidor intentado uma ação de simples apreciação negativa, na qual invoca não serem devidas as quantias constantes das faturas emitidas pelo profissional, alegando ter "cancelado o contrato já depois de terminada a fidelização" em data anterior à emissão de tais faturas, incumbia a este último alegar e provar os factos constitutivos dos direitos de crédito de que se arroga titular, nomeadamente juntando o contrato e as faturas em causa, demonstrando que a prestação desses serviços efetivamente ocorreu e resultou do cumprimento de um contrato válido e em vigor à data em que as mesmas faturas foram emitidas (artigo 343.º, n.º 1, do Código Civil).

5. Nas ações de simples apreciação negativa, só seria exigível ao Requerente/consumidor a prova dos factos impeditivos ou extintivos no caso de serem previamente provados pela Requerida/profissional os factos constitutivos do direito que se arroga, pelo que, a falta de prova de uns e outros factos gera a procedência da ação, devendo declarar-se a inexistência do direito.

1. Relatório

1.1. A Requerente, alegando ter recebido, no dia 09.07.2021, uma notificação do Balcão Nacional de Injunções a dar conta da existência da Injunção n.º relativa a uma alegada dívida da sua parte à operadora aqui Requerida, no total de 881,98 €, refere que, depois de se ter dirigido ao balcão daquela para obter mais informações acerca da dita notificação, foi informada que esse valor resultava de emissão de uma fatura de penalização, relativa a um contrato de comunicações que terminou em outubro de 2020. A Requerente reconhece que manteve

um contrato com a operadora Requerida, mas alega que o mesmo foi cancelado já depois de terminada a fidelização, pelo que considera indevida e injustificada a emissão de qualquer fatura a título de penalização. Finalmente, mesmo que assim não se viesse a considerar, invocou a prescrição dos valores em causa.

Termina pedindo que seja reconhecido não ser devedora de qualquer quantia à Requerida.

1.2. A Requerida apresentou contestação escrita, alegando, em síntese, que:

1. A Requerida deu entrada, no dia 05.07.2021, do requerimento de injunção com o n.º destinado à cobrança das faturas e demais quantias devidas pela Requerente no âmbito dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrado com a Requerida;
2. Nomeadamente, a Requerida demandou a Requerente para que este procedesse ao pagamento das faturas melhor referenciadas no documento n.º 1;
3. Tal procedimento culminou com a aposição de fórmula executória, tendo sido conferida força executiva ao requerimento de injunção - cfr. documento n.º 2;
4. Assim, não poderá a Requerente obter, no presente processo, o peticionado na sua reclamação inicial, atenta a existência, validade e exequibilidade do título executivo de que a Requerida é detentora.
5. Não pode a Requerente, de forma totalmente extemporânea e em ação autónoma, colocar em questão a exigibilidade dos valores em dívida, nem sequer invocar a prescrição do direito que assiste à Requerida de exigir o cumprimento dos valores em dívida.
6. Aliás é a própria Jurisprudência do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave Tâmega e Sousa que o reconhece, nomeadamente através da sentença proferida no âmbito do processo n.º na data de 05 de abril de 2021: (...);
7. Na mesma esteira, pronunciou-se o Tribunal Arbitral de Consumo de Braga, através da sentença proferida no âmbito do processo n.º2056/2020, na data de 01 de marco de 2021: (...);
8. A pretensão da Requerente, formulada na presente ação, é inadmissível por extemporânea, impedindo, por essa razão, este Centro de Arbitragem de conhecer dos argumentos deduzidos.
9. Contrariamente ao que vem alegado pela Requerente, a dívida não se encontra prescrita.
10. Primeiramente, veja-se que o artigo 311.º do Código Civil prevê o seguinte: "O direito para cuia prescrição, bem que só presuntiva, a lei estabelecer um prazo mais curto do que o prazo ordinário fica sujeito a este último, se sobrevier sentença passada em julgado que o reconheça, ou outro título executivo."
11. Ora, "o requerimento de injunção a que foi aposta a fórmula executória constitui título executivo sendo classificado como "título judicial impróprio", ou como "título extrajudicial especial atípico" - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 11-12-2018, 96/18.9T8CBR-A.C1,Juiz Relator Jorge Arcanjo, www.dqsi.pt

12. Assim, nos termos do artigo 311.º do Código Civil, aos direitos reconhecidos por título executivo é aplicável o prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, o qual não havia decorrido à data da entrada da presente ação.
13. Além de que, não tendo a Requerente demonstrado a ineficácia ou invalidade do título executivo, nem o podendo fazer, como já explicitado, não poderá deixar de se respeitar o efeito que a lei atribui à formação de um título executivo.
14. Sem prescindir, além de tudo quanto foi referido, mesmo que se admitisse a referida prescrição invocada – o que não se concebe e apenas por mera tutela de patrocínio se equaciona – mais se diga que o Requerente renunciou à mesma.
15. Nos termos do n.º 1 do artigo 302.º do Código Civil, a renúncia à prescrição é admitida depois de haver decorrido o prazo prescricional.
16. E a renúncia pode ser tácita (cfr. n.º 2 do art. 302.º do Código Civil).
17. A este propósito, auxilia-nos o Supremo Tribunal Administrativo: "Há renúncia tácita quando o devedor pratica um facto incompatível com a vontade de se socorrer da prescrição (...) Todavia, para haver renúncia à prescrição é preciso que os actos sejam praticados com conhecimento da prescrição" – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Proc. 0279/11, 25-05-2011, Relator António Calhau, www.dqsi.pt.
18. Como tal, podendo a Requerente invocar a prescrição em sede de oposição à injunção e não o fazendo, renunciou à mesma tacitamente.
19. Ora, a renúncia à prescrição equivale ao reconhecimento do direito (art. 325.º do Código Civil) e determina o início da contagem de novo prazo de prescrição (art. 326.º do Código Civil).
20. Com a oposição da fórmula executória, a dívida titulada no requerimento de injunção passou a prescrever em 20 anos (art. 311.º do Código Civil), prazo que não tinha expirado à data de entrada da presente ação.
21. Sempre sem prescindir, mesmo que assim não se entenda - o que não se concebe e por mera cautela de patrocínio se contempla - sempre as faturas relativas aos meses entre janeiro de 2021 e junho de 2021 não se encontram, de todo o modo, prescritas.
22. Prevê o artigo 323.o do Código Civil (...).
23. Pelo que, datando o requerimento de injunção de 05 de julho de 2021, o prazo de prescrição tem-se por interrompido desde essa data.
24. Mais: em relação às faturas emitidas nas datas de 04 de maio de 2021 e 02 de junho de 2021 - cfr. documentos n.º 3 e 4 - até aos dias de hoje não decorreram sequer os 6 (seis) meses de prazo de prescrição previsto no artigo 10.o da Lei n.º 23/96, de 26 de julho.
25. Por fim, a Requerida, na sua injunção, peticiona não só capital, como juros e outras quantias.
26. Ora, em relação aos juros de mora, dispõe o art. 310.º, alínea d) do Código Civil que "prescrevem no prazo de cinco anos os juros convencionais ou legais...".
27. Além disso, o artigo 561,º do Código Civil prevê a autonomia do crédito de juros: "Desde que se constitui, o crédito de juros não fica necessariamente dependente do crédito principal, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se sem o outro".
28. Considerando a data de vencimento das faturas peticionadas, não tinha decorrido o prazo de 5 anos à data da injunção.

29. Finalmente e em relação às "outras quantias", não se enquadrando em nenhuma das exceções, não poderá deixar-lhe de se lhes aplicar, para efeitos de prescrição, o regime geral do art. 309.°, pelo que também não se encontra esse valor prescrito.
30. Dada a devolução parcial dos equipamentos pela Requerente - subsistindo em falta DTA com número de série - a Requerida emitirá Nota de Crédito parcial da Fatura de 224,97 €.
31. Em face de todo o exposto, impugna-se tudo o que estiver em contradição com a contestação considerada no seu conjunto, por ser falso, inexato ou omisso.

Concluiu sustentado que, face ao exposto, deveria ser julgada totalmente procedente a exceção dilatória de litispendência e a Requerida absolvida da instância; ou, caso assim não se entendesse, julgada a Reclamação totalmente improcedente por não provada e a Requerida absolvida dos pedidos.

2. Objeto do litígio e questão de direito a solucionar

Em face do exposto nos pontos anteriores, o objeto do litígio corporiza-se na questão de saber se assiste ou não à Requerida o(s) direito(s) de crédito que invoca contra a Requerente, objeto das faturas identificadas no requerimento de injunção.

3. As questões de direito a solucionar

Considerando o objeto do litígio, os fundamentos da ação e da contestação, importará dar resposta às seguintes questões de direito: saber se se acham ou não extintos pelo decurso do tempo os créditos de que a Requerida se arroga titular; saber se se verificam os factos constitutivos do(s) direito(s) de que a Requerida se arroga titular.

4. A questão da litispendência/caso julgado

Na contestação, a Requerida começa por alegar que, no caso dos autos, ocorre a exceção dilatória de litispendência, que obriga à sua absolvição da instância, em virtude de ter dado entrada no Balcão Nacional de Injunções do requerimento de injunção n.º destinada à cobrança dos valores contantes das faturas referenciadas naquele requerimento, ao qual, em 11.10.2021, foi aposta fórmula executória.

Dispõe o artigo 580.°, n.º 1, do Código de Processo Civil que, "*a excepção de litispendência e de caso julgado pressupõem a repetição de uma mesma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois da primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à excepção de caso julgado*". E, acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que, "*tanto a excepção de litispendência como a de caso julgado, têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior*".

A injunção constitui um procedimento especial que visa conferir força executiva a requerimento destinado a exigir o cumprimento das obrigações pecuniárias

emergentes de contratos até 15.000,00 €[1]. O procedimento injuntivo inicia-se com um requerimento apresentado pelo credor junto do Balcão Nacional de Injunções (BNI), secretaria-geral com competência exclusiva para a tramitação eletrónica do procedimento. Uma vez notificado para pagar: se o requerido não deduzir oposição, o secretário judicial apõe fórmula executória no requerimento injuntivo (artigo 14.º/1 do Anexo ao DL 269/98); se o requerido optar por deduzir oposição, o procedimento converte-se numa Ação Especial para o Cumprimento de Obrigações Pecuniárias Emergentes de Contratos (artigos 16.º/1 e 17.º/1 do Anexo ao DL 269/98).

Conforme se decidia já na sentença proferida a 22.5.2016 no Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto – CICAP, proferida no Processo n.º 62/2015 (Paulo DUARTE):

"(...) a injunção não é uma acção judicial, mas apenas um procedimento não judicial de obtenção de um título executivo. Judicial será, isso sim, o processo desencadeado pela eventual oposição do requerido (no qual pode, portanto, a invocar a eventual anterioridade, litispendencial, de uma acção arbitral com o mesmo objecto.

Note-se, por outro lado, que, não sendo a fórmula executória nenhuma decisão judicial, a sua aposição ao requerimento de injunção, quando o requerido não se oponha, não produz nenhum efeito preclusivo extra-processual semelhante ou análogo ao caso julgado.

Não é, portanto, por definição, concebível uma relação processual de litispendência ou caso julgado entre uma acção arbitral e um procedimento de injunção".

No mesmo sentido aponta a jurisprudência deste Tribunal Arbitral[2], que tem aderido à posição aprofundada na sentença de 7.05.2019, proferida no âmbito do processo n.º 257/219 (César PIRES), que expressamente se perfilha, e de cuja fundamentação se respingam os seguintes trechos:

> *"A Jurisprudência do Tribunal Constitucional está uniformizada quanto a este aspeto e é perfeitamente clarificadora quanto à natureza não jurisdicional de um procedimento de injunção (Ac. TC n.º 264/2015, de 12 de maio de 2015, publicado no DR, 1a Série, n.º 110, de 08 de junho de 2015). Consequentemente, atenta a natureza não jurisdicional do procedimento de "injunção" e da respetiva aposição da fórmula executória, ter-se-á de considerar que não existe litispendência.*
>
> *Aliás, com arrimo no elemento histórico, decorre do parágrafo terceiro do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de dezembro (1), que "a aposição e fórmula executória, não constituindo, de modo algum, um acto jurisdicional, permite indubitavelmente ao devedor defender-se em futura acção executiva, com a mesma amplitude com que o pode fazer no processo de declaração...". Concomitantemente, no penúltimo parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 269/98, de 01 de setembro está dito que*

[1] O regime dos procedimentos destinados a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior a 15.000,00 € – procedimento de injunção e Ação Especial para o Cumprimento de Obrigações Pecuniárias Emergentes de Contratos (AECOP) – encontra-se previsto no Anexo ao DL n.º 269/98, de 1 de setembro.

[2] A título exemplificativo, de entre as mais recentes, vejam-se as duas sentenças proferidas a 11.06.2021 nos processos n.ºs. 21/2021 e 795/2021 (Andreia RIBEIRO), ambas publicadas na página eletrónica do TRIAVE.

"procura-se agora incentivar o recurso à injunção, em especial pelas possibilidades abertas pelas modernas tecnologias ao seu tratamento informatizado e pela remoção de obstáculos de natureza processual que a doutrina opôs ao Decreto-Lei n.º 404/93, nomeadamente no difícil, senão impraticável, ***enlace entre a providência e certas questões incidentais nela suscitadas, a exigirem decisão judicial, caso em que a injunção passará a seguir como acção****"(2). Pelo que, a mens legislatoris foi a de estabelecer uma diferenciação entre a fase durante a qual não há qualquer decisão judicial (fase de injunção stricto sensu) e a fase de intervenção da autoridade judicial (em que se inicia uma ação judicial), i.é., naquela primeira fase não estamos perante qualquer ação judicial (mormente, declarativa).*

Acresce que, no rol de títulos executivos que consta do n.º 1 do art.º 703º do C.P.C., o procedimento de "injunção" não está autonomizado relativamente à alínea d) deste dispositivo legal e dúvidas não restarão que não estamos perante uma sentença condenatória (título executivo previsto na alínea a) e que tem natureza jurisdicional), nem perante um "despacho [ou] quaisquer outras decisões ou atos da autoridade judicial" (art.º 705º, n.º 1 do C.P.C.).

Pelo que, mesmo uma eventual aposição de fórmula executória no requerimento de "injunção" constitui este como mero título executivo extrajudicial ao lado de, v.g., uma ata de uma assembleia de condóminos (3) (porquanto se trata, em ambas as situações, de "documento a que, por disposição especial, [é] atribuída força executiva", conforme previsto na alínea d) do n.º 1 do art.º 703ºdo C.P.C.) (4).

De outra banda, a Lei n.º 144/2015, de 08 de setembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, estabelece no seu art.º 11º, n. 1, al. c) que "as entidades de RAL podem manter ou aprovar regras processuais que lhes permitam recusar o tratamento de um litígio quando o litígio se encontrar pendente ou já tiver sido decidido por outra entidade de RAL ou por um tribunal judicial" (5).

Ora, a Diretiva 2013/11/EU prevê essa possibilidade no seu art.º 5º, n.º 4 e o Estado português deixou a sua redação, totalmente, intacta no âmbito da transposição que lhe competia. O que, a nosso ver, deixa aos centros de arbitragem a possibilidade de decidirem aceitar/recusar tais processos.

A referida Diretiva, no seu art.º 5º, n.º 1, estabelece que "os Estados-Membros [...] asseguram que os litígios abrangidos pela presente diretiva e que envolvam comerciantes estabelecidos no seu território possam ser apresentados a uma entidade de RAL que satisfaça os requisitos previstos na presente diretiva."

Estamos no domínio da aplicação do Direito da União Europeia e, por consequência, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é aplicável, quer por via do seu art.º 51º, n.º 1, quer pelo art.º 6º do Tratado da União Europeia. Sendo, por isso, o direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto no art.º 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, um princípio informador da ordem jurídica, que deve ser observado pelos Estados -Membros.

Acaso assim não se entendesse, estaria o julgador a eliminar uma opção concedida, quer pela legislação europeia, quer pela legislação nacional, aos centros de arbitragem (a consagrar no respetivo regulamento).

"No que respeita, em primeiro lugar, ao princípio da efectividade, importa recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário deve ser analisado tendo em conta o lugar que essa disposição ocupa no processo, visto como um todo, na tramitação deste e nas suas particularidades, perante as várias instâncias nacionais. Nesta perspectiva, há que tomar em consideração, se necessário, os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, como a protecção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica e a correcta tramitação do processo (acórdãos de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Colect., p. 14599, n.° 14, e Fallimento Olimpiclub, já referido, n.° 27)" (6).

No Acórdão do Tribunal Constitucional supra referido está ínsita a ideia de proteção e salvaguarda do "princípio da proibição da indefesa" e, por consequência, não será de impedir o recurso à arbitragem necessária por parte da requerente, sob pena de se tornar "excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário", enquanto delimitador dos pilares fundamentais da construção de uma comunidade de valores subjacente às novas formas de organização supranacionais, em que o Estado português se insere. O Direito da União Europeia (originário e derivado) é aplicável na ordem jurídica interna por via de uma norma fundamental consagrada na Constituição da República Portuguesa (art.° 8°, n.° 3 e 4), na decorrência do princípio do primado do Direito da União Europeia (que implica, mormente, a vinculação do Estado português às disposições dos Tratados que atribuem competência ao Tribunal de Justiça da União Europeia para a interpretação do Direito Europeu originário e derivado - art.° 267° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

---

(1) Já revogado, mas que constitui um elemento importante para a cabal perceção da natureza do procedimento/providência de "injunção".

(2) O sublinhado é nosso.

(3) Situação em que seria incompreensível não poder o condómino reagir à deliberação do condomínio através de ação declarativa, quer para impugnar a deliberação, quer para requerer ao tribunal a inexigibilidade, v.g., dos montantes que sejam fixados para obras e/ou quota parte das despesas.

(4) A posse de título executivo extrajudicial por parte de determinada pessoa não é um elemento suscetível de impedir que a parte a quem o mesmo possa ser oposto recorra a uma ação declarativa para, nomeadamente, invocar alguns factos que afetem a relação fundamental entre as partes (subjacente ao título executivo). A respeito das letras e livranças, vide Cunha, Carolina, "Manual de letras e livranças", Almedina, 2016.

(5) E que o Regulamento deste Tribunal Arbitral reflete, ipsis verbis, no seu art.° 4°, n.° 5.

(6) Ac. TJUE, de 06 de outubro de 2009 (proc. C-40/08)".

De forma definitiva, sobre a questão de saber se, e em que medida, a providência de injunção proposta pelo profissional influi no prosseguimento do processo de arbitragem e, por esta via, no conhecimento do mérito da causa pelo tribunal arbitral – distinguindo os diferentes cenários em que tal questão se pode colocar –, veja-se a

recente reflexão de Carlos Filipe COSTA ("Interação entre a arbitragem necessária e o procedimento de injunção", in NOVA Consumer Blog, 19.11.2021)[3], da qual se retirara a citação com que, de seguida, se remata a análise da exceção invocada.

No caso dos autos, a reclamação de consumo foi apresentada pelo consumidor junto do centro de arbitragem e notificada ao profissional depois de a injungida naquele processo (e Requerente neste) ser notificada nos termos do artigo 12.º/1 do DL n.º 269/98, mas antes da dedução de oposição ou de decorrido o prazo para o efeito. Simplesmente, em virtude de não ter sido deduzida oposição à injunção (o que, desde logo, exclui a hipótese de renúncia à arbitragem por banda do consumidor), viria a ser aposta fórmula executória ao requerimento injuntivo, já no decurso do presente processo, mas antes do oferecimento da contestação.

Ora, em face de quanto se disse já, "*(...) considerando que a injunção não reveste a natureza de uma verdadeira ação em que se lance mão de uma atividade jurisdicional de natureza cognitiva, carece de sentido a convocação do pressuposto processual da litispendência (...)*".

Improcede, assim, a exceção dilatória de litispendência invocada pela Requerida.

5. Fundamentos da sentença

5.1. Os factos

5.1.1. Factos provados

De entre os que são essenciais para o objeto do litígio e para as questões relevantes para a decisão da causa, consideram-se provados os seguintes factos:

a) Entre a Requerente e a Requerida foi celebrado um contrato de comunicações eletrónicas, em 16.10.2017, tendo por objeto a prestação, pela segunda, de serviços de televisão, internet e telefone fixo, sendo todos aqueles serviços destinados a uso não profissional pela Requerente – factos que se julgam provados com base no documento de fls. 11 e, quanto ao uso não profissional, nas declarações da Requerente e na menção à qualidade de consumidora constante do documento da Requerida de fls. 26;

b) O referido contrato foi celebrado com recurso a cláusulas previamente elaboradas pela Requerida – facto que se julga provado com base nas declarações da Requerente;

c) Durante o mês de novembro de 2020, a Requerente foi contactada por um comercial da operadora que lhe assegurou que, naquela data, já não decorria qualquer período de fidelização relativa ao contrato que tinha celebrado com a aqui Requerida, garantindo-lhe que, no caso de celebrar um contrato de comunicações eletrónicas com a se encarregaria de informar a Requerida da denúncia daquele outro contrato – facto que se julga provado com base nas declarações da Requerente e no depoimento da testemunha arrolada por ela;

d) Na sequência da visita referida na alínea precedente, a Requerente celebrou com a operadora no dia 13.11.2020, o contrato de comunicações eletrónicas tendo por objeto a prestação, por aquela, de serviços de televisão, internet e telefone fixo -

[3] https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/interacao-entre-a-arbitragem-necessaria-e-o-procedimento-de-injuncao.

facto que se julga provado com base nas declarações da Requerente e no contrato junto pela Requerente de fls. 30 a 32.

e) No dia 05.07.2021, a Requerida deu entrada, no Balcão Nacional de Injunções, do requerimento de injunção com o n.º , destinado à cobrança das faturas que considera devidas pela Requerente no âmbito dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas em causa nos autos, concretamente, das que refere terem sido emitidas em 05/01/2021, 02/02/2021, 02/03/2021, 05/04/2021, 04/05/2021, e 02/06/2021, no valor, respetivamente, de 47.94 €, 48.44 €, 48.44 €, 3.00 €, 268.13 € e 249.97 € – facto que se julga provado com base no documento 1 junto com a contestação.

f) Nesse requerimento veio a ser aposta, em 11.10.2021, fórmula executória pelo Secretário de Justiça – facto que se julga provado com base no documento 2 junto com a contestação.

g) Em 15.07.2021, a Requerente entregou numa loja da Requerida, os equipamentos identificados no documento elaborado por esta, que constitui o documento 3 junto à Reclamação, cujo valor a Requerida quantificou em 224,97 € – facto que se julga provado com base nesse documento de fls. 11, no artigo 32.º da contestação e nas declarações da Requerente;

h) A reclamação apresentada junto deste Tribunal Arbitral deu entrada nos serviços a 14.07.2021 – facto que se julga provado com base naquela reclamação.

5.1.2. Factos não provados

De entre os factos alegados, com pertinência e interesse para a boa decisão da causa, julga-se não provado que:

- a Requerida tivesse prestado serviços à Requerente nos períodos constantes das faturas identificadas na alínea e) dos factos provados (nas condições contratadas);
- que a prestação desses serviços fosse devida em resultado do cumprimento de um contrato válido e em vigor à data em que aquelas faturas foram emitidas;
- que a Requerente tivesse deixado de entregar qualquer equipamento a cuja devolução estivesse obrigada;
- que a Requerente tivesse incumprido qualquer período mínimo contratual.

5.1.3. Motivação das decisões em matéria de facto

O Tribunal formou a sua convicção apreciando livremente, e à luz das regras da experiência comum, o conjunto da prova produzida nos autos, recorrendo ao exame dos documentos juntos ao processo pela Requerida e pela Requerente, bem como às declarações de parte desta, mais considerando factos instrumentais que resultaram da instrução e discussão da causa [artigo 5.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Civil].

Para além do que já se deixou consignado em relação a cada decisão em matéria de facto, importa acrescentar que parte dos factos julgados provados assentou, total ou parcialmente, nas declarações de parte da Requerente. Na verdade, mesmo tendo presente a cautela com que sempre deve ser valorada a prova por declarações de parte – imposta pelo facto de se tratar de um meio probatório assente nas afirmações de um

sujeito processual assumidamente interessado no objeto do litígio –, o Tribunal considerou que a Requerente se apresentou em audiência arbitral a relatar de forma objetiva, clara, isenta e sem hesitações, os factos que eram do seu conhecimento direto, sendo por isso possível extrair, com suficiente segurança, a partir das suas declarações (nalguns casos, em articulação com prova documental carreada), os factos vertidos nas alíneas a), b, c), d) e g).

No que toca especificamente aos factos vertidos nas alíneas c) e d), o Tribunal considerou, ainda, a circunstância de, nas faturas a cujo pagamento a Requerente entende não estar obrigada, dizerem respeito a serviços alegadamente prestados em períodos posteriores à celebração do contrato com a nova operadora.

A testemunha arrolada pela Reclamante, seu marido e com ela residente, trabalhador da construção civil, no depoimento que prestou, confirmou que o contrato com a foi celebrado, durante o mês de novembro de 2020, na sequência da visita do comercial desta operadora identificado na alínea c), visita a que o depoente também assistiu (exibindo o cartão de visita daquele durante a audiência). Mais confirmou que, nessa ocasião, o referido comercial da I afirmou que, depois de celebrado o contrato com a "tratava de tudo" junto da Requerida.

Relativamente aos factos não provados – para lá de quanto se dirá a propósito das ações de simples apreciação negativa, na fundamentação de direito – bastará que se evidencie que não se encontram juntos aos autos nem o contrato celebrado entre as partes neste litígio nem parte das faturas em que assentariam os seus direitos de crédito (concretamente, as faturas relativas aos alegado créditos de 47.94 €, 48.44 €, 48.44 € e 3.00 €).

5.2. Do direito

Da matéria de facto julgada provada resulta que, entre Requerente e Requerida foi celebrado, em 16.10.2017, contrato para prestação, pela segunda à primeira, de serviços de televisão, internet e telefone fixo, sendo todos aqueles serviços destinados a uso não profissional pela Requerente.

Está em causa, portanto, um contrato de prestação de serviço, previsto no artigo 1154.º do Código Civil, de modalidade inominada, de acordo com o qual a Requerida se obrigou a proporcionar à Requerente o resultado da sua atividade empresarial, mais concretamente, o acesso a televisão, internet e telefone fixo.

Tal contrato tem por objeto a prestação de serviços que se integram na categoria dos chamados serviços públicos essenciais, cuja prestação está sujeita, em especial, às regras consagradas na Lei n.º 23/96, de 26 de julho (chamada Lei do Serviços Públicos Essenciais, doravante "LSPE"), diploma que, à semelhança de toda a disciplina normativa de proteção do consumidor, parte da constatação da existência de um flagrante desequilíbrio entre aquele que compra bens ou a quem são prestados serviços, e aquele que profissionalmente os vende ou presta, visando a correção dessa assimetria na relação de consumo.

Efetivamente, entre os serviços públicos essenciais abrangidos pela LSPE estão os "*serviços de comunicações eletrónicas*" – artigo 1.º, n.º 2, alínea d) – sendo que o conceito de comunicações eletrónicas adotado pelo legislador [na alínea ff) do artigo 3.º

da Lei n.º 5/2004, de 10.02] é o de "*serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão (...)*".

Acresce que, para efeitos da LSPE, considera-se utente "*(...) a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo*" (artigo 1º, n.º 3); por outro lado, considera-se prestador dos serviços públicos essenciais "*(...) toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2* [entre os quais, o serviço de comunicações eletrónicas], *independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão*". No caso concreto, a Requerente e a Requerida são de qualificar, respetivamente, como utente e prestador de serviços públicos essenciais.

No caso em apreço, constata-se ainda que aquele contrato foi celebrado entre um profissional (a Requerida) e um consumidor (a Requerente), e, consequentemente, constitui um contrato de prestação de serviço de consumo, fonte de uma relação jurídica de consumo, e, como tal, também sujeito às regras da LSPE – entendendo-se como tal, o ato pelo qual o consumidor obtém de um profissional um produto ou serviço que visa satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar (artigo 2.º, n.º 1 da LDC).

Conforme já se deixou antecipado aquando da enunciação das questões a resolver, depois de devidamente delimitado o objeto do litígio, e atenta a configuração da presente lide no quadro da tipologia das ações declarativas, a definição da situação jurídica de incerteza contra a qual a Requerente veio reagir com a demanda destes autos depende da verificação dos factos constitutivos dos direitos de crédito de que a Requerida se arroga titular, nomeadamente o direito a exigir da primeira os valores correspondentes às faturas objeto do requerimento de injunção.

A presente ação, tal como configurada pela Requerente, assume-se, pois, como uma ação de simples apreciação negativa.

Ora, nas ações 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 ação, declarando-se a inexistência do direito*" – PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 38-39 (sublinhado nosso).

Assim, à Requerente cabia alegar e provar o seu interesse em demandar e à Requerida alegar e provar o direito de que se arroga perante a primeira, como resulta do n.º 1 do artigo 343.º do Código Civil, norma cuja *ratio* assenta no reconhecimento que é mais fácil provar a existência de um direito ou de um facto, do que a sua inexistência.

Vertidos estes princípios ao caso em apreço, considerando a consumidora não serem devidas as quantias contantes das faturas, pelo facto de o contrato celebrado entre as partes ter sido "*cancelado já depois de terminada a fidelização*", tem ela

interesse em demandar; ao prestador de serviço cabia a prova do(s) direito(s) de crédito que se arroga sobre a consumidora.

Para efeitos de exposição, crê-se útil abordar, em primeiro lugar, os créditos invocados pela Requerida a que dirão respeito as faturas no valor de 47.94 €, 48.44 €, 48.44 € e 3.00 €, alegadamente emitidas, respetivamente, nos dias 05/01/2021, 02/02/2021, 02/03/2021, 05/04/2021 – faturas que, como se sublinhou na motivação da matéria de facto, não foram juntas aos autos.

É certo que, no caso, apenas se provou que o comercial da operadora que contactou a Requerente durante o mês de novembro de 2020, "lhe assegurou que, naquela data, já não decorria qualquer período de fidelização relativa ao contrato que tinha celebrado com a aqui Requerida, garantindo-lhe que, no caso de celebrar um contrato de comunicações eletrónicas com a encarregaria de informar a Requerida da denúncia daquele outro contrato" – não tendo sido produzida qualquer prova sobre se aquele comercial, efetivamente, transmitiu essa informação à Requerida.

Porém, não é menos verdade que o contrato e a faturação dos serviços públicos essenciais são elementos fundamentais e imprescindíveis para apurar ou sindicar a existência e subsistência de um crédito, sendo que, nem um nem outros foram juntos aos autos pela Requerida.

Assim, a Requerida, pura e simplesmente, não fez qualquer prova de ter prestado serviços à Requerente nos períodos constantes das faturas nem, muito menos, que a prestação desses serviços fosse devida em resultado do cumprimento de um contrato válido e em vigor à data em que tais faturas foram emitidas.

Acresce que, nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 1, da LSPE, incumbia à Requerida o ónus de prova "*de todos os factos relativos ao cumprimento das suas obrigações e ao desenvolvimento de diligências decorrentes da prestação dos serviços a que se refere a presente lei*".

No que toca aos direitos de créditos que a Requerida invoca contra a Requerente, objeto das duas faturas que juntou à contestação, para além do que ficou dito, impõem-se as considerações que seguem.

A primeira de tais faturas, junta como documento 3 com a contestação, foi emitida no dia 4.05.2021, no valor de 268,13 €, e diz respeito ao alegado incumprimento do período mínimo contratual.

Ora, só existe obrigação de cumprir um período de fidelização se este estiver fixado nas condições contratuais do serviço, uma vez que, como se sabe, o estabelecimento desse período de fidelização, apesar de constituir uma possibilidade (frequente) não é uma regra.

No caso dos autos, face à total ausência de prova quanto ao estabelecimento de um período de fidelização e das regras que eventualmente o disciplinariam (cujo ónus, repete-se, cabia à Requerida), é inevitável ter de julgar-se não ser devida pela Requerente o valor constante da fatura em análise.

Acresce que, na medida em que, como vimos, o período de fidelização tem uma fonte contratual (não legal), tratando-se, em regra, de uma cláusula contratual geral (CCG), haveria que tomar-se em consideração que, relativamente à inserção da cláusula

que a estipule no concreto contrato celebrado, têm de ser cumpridas as regras impostas pelo DL n.º 446/85, de 25 de outubro.

Embora, genericamente, as CCG se considerem inseridas nos contratos por via da aceitação do aderente (artigo 4.º), a inclusão efetiva depende da observância de requisitos prévios, nomeadamente a sua comunicação (artigo 5.º) e o seu esclarecimento (artigo 6.º). A comunicação deve ser integral (5.º, n.º 1) e realizada de modo adequado e com a antecedência necessária à celebração do contrato, para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento efetivo por quem use de comum diligência (5.º, n.º 2).

O ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao proponente das CCG (artigo 5.º n.º 3), sendo que do incumprimento do dever de comunicação resulta a exclusão do contrato singular das CCG não comunicadas [artigo 8.º al. a)].

De resto, relevantemente, durante a prestação de declarações em audiência de julgamento sobre a circunstância da cláusula (ou cláusulas) do contrato onde eventualmente se estabelecia o período de fidelização e as penalidades a que ficaria sujeita pela denúncia do contrato durante esse período, a Requerente esclareceu que pretendia invocar a nulidade de tais cláusulas por não lhe terem sido comunicadas nem esclarecido o seu conteúdo.

Assim, a eventual cláusula de fidelização sempre se teria por excluída do contrato, subsistindo este sem o período de fidelização, pelo que nunca assistiria à Requerida o direito de crédito que invoca contra a Requerente.

Na verdade, não fixando contratualmente, de forma válida, a indemnização devida pelo incumprimento dessa cláusula, necessitaria o prestador do serviço de alegar e demonstrar qual o prejuízo efetivo que sofreu com a eventual denúncia prematura do contrato, o que, manifestamente, *in casu*, não fez.

A segunda das faturas juntas pela Requerida (como documento 4 com a contestação), emitida no dia 2.06.2021, no valor de 259,97 €, prende-se com a não devolução pela Requerente dos equipamentos nela descritos – equipamentos que teriam sido disponibilizados, supõe-se, pela Requerida.

Quanto a este ponto, a Requerida, na contestação, alegou: "*Dada a devolução parcial dos equipamentos pela Requerente - subsistindo em falta DTA com número de série - a Requerida emitirá Nota de Crédito parcial da Fatura FT no quantum de 224,97 €*".

Face a tal declaração, o crédito invocado pela Requerida relativo à fatura em causa, seria de 22,00 € (259,97 € - 224,97 €).

Simplesmente, quanto a este invocado crédito, a Requerida não cumpriu o ónus de provar os equipamentos concretamente fornecidos à Requerida aquando da contratação – facto constitutivo do direito de que se arroga titular – pelo que valem aqui as considerações tecidas *supra*.

Em suma, estando em causa uma ação de simples apreciação negativa, porque a Reclamada nem alegou nem fez prova dos factos constitutivos dos direitos de crédito de que se arroga titular, impõe-se a sua procedência.

Face à decisão tomada, fica prejudicado o conhecimento da prescrição, subsidiariamente invocada, das faturas objeto dos autos.

6. Decisão

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos, declarando-se improcedente a exceção dilatória de litispendência, julga-se a ação totalmente procedente e, em consequência, declara-se que a Requerente - à data em que a reclamação de consumo que originou os presentes autos deu entrada (14.07.2021) – nada deve à Requerida por conta do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas que vigorou entre ambas.

Notifique-se.

Guimarães, 24.11. 2021.

O Juiz Árbitro,

Alberto Saraiva de Menezes