Processo n.º 21/2021/RN/MS

Reclamante:

Reclamada:

SUMÁRIO

1º- A verificação de exceção de litispendência deve ser aferida tendo em conta o resultado interpretativo que se possa alcançar atentos os fins e interesses que o legislador comunitário (rectius, europeu) e nacional visam prosseguir;

2º- O recurso por parte de um consumidor aos procedimentos para a resolução alternativa de litígios (mormente, a arbitragem), consagrados pelo legislador comunitário, não podem ser afastados pelo facto de, eventualmente, ter sido iniciado procedimento de injunção, que o sistema jurisdicional nacional (in casu, o Tribunal Constitucional) considera não ter natureza jurisdicional;

3º- Invocada, por parte do consumidor, a prescrição de créditos relativos a fornecimento de comunicações eletrónicas, deve o pedido proceder no que concerne aos créditos relativos a fornecimentos que se verifiquem há mais de seis meses (art.º 10º, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho);

4º- Tendo o consumidor invocado facto extintivo (prescrição) do direito de crédito de que se arroga titular a reclamada, incumbia a esta a prova de que o seu direito não se havia extinguido (art.º 342º, n.º 2 do CC), porque não se havia iniciado o alegado prazo de prescrição ou porque, apesar de se ter iniciado, se havia verificado alguma causa de suspensão e/ou interrupção.

5º- Nas acções de simples apreciação negativa compete à parte demandada o ónus de prova dos factos constitutivos da existência do direito cuja inexistência a parte demandada pretende ver declarada (art.º 343º, n.º 1 do CC);

6º- As cláusulas contratuais previamente elaboradas por uma das partes devem ser objeto de comunicação e esclarecimento ao aderente, de molde a que sejam, efetivamente, conhecidas por este;

7º- A falta de prova do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, tem consequências, expressamente, consagradas na lei (a exclusão das cláusulas dos contratos perante as quais tais deveres se imponham - art.º 8º, al. a) e b) do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, atualizado pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro);

8º- Do mesmo modo, a cláusula contratual geral onde se estabelece a obrigação de permanência mínima de 24 meses, sob pena de pagamento da penalização constante das condições contratuais, é manifestamente desproporcionada relativamente aos danos que visa ressarcir, devendo ser declarada nula nos termos do art.º 19º, al. c) e do art.º 12º do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

I – RELATÓRIO

1.1 A reclamante apresentou reclamação contra a reclamada pretendendo que seja reconhecido e declarado que não é devedora da quantia de €1.538,21, nem de qualquer outro montante que lhe venha a ser exigido.

1.2 A reclamante alega os seguintes factos essenciais:

1. *A reclamante foi cliente da reclamada para os serviços de televisão, internet, telefone fixo e dois números móveis.*

2. *No início do ano de 2019, sem que nada o fizesse prever a reclamante ficou desempregada e teve dificuldades em pagar o contrato celebrado com a reclamada.*

3. *Como não encontrava trabalho, estava grávida e como os seus problemas financeiros se agravavam substancialmente, a partir do mês de setembro de 2019, a reclamante deixou de pagar as faturas emitidas pela reclamada.*

4. *A reclamada expôs a situação à reclamante e tentou rescindir o contrato mas tal não lhe foi permitido.*

5. *A reclamante deixou assim de cumprir com os seus deveres para com a reclamada face à situação pessoal e financeira, tendo pago a última fatura emitida pela reclamada em agosto de 2019 e devido à falta de pagamento a reclamada suspendeu os serviços.*

6. *Desde então a reclamante tem sido interpelada pela reclamada para pagar valores em dívida, sendo que a ultima comunicação que recebeu data de 22 de dezembro de 2019 e o valor atual da dívida ascende ao valor exorbitante de €1.538,21.*

7. *A reclamante continua desempregada e já expôs o problema à mandatária da reclamada, que apenas lhe comunica que tem de pagar o valor em dívida.*

8. *A reclamante não concorda em pagar o valor em dívida considerando que os valores exigidos estão prescritos.*

Como meios de prova juntou 1 documento e arrolou 1 testemunha.

1.3. 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.

1.4. A reclamada nos termos do artigo 14º do Regulamento do Triave apresentou, no prazo regulamentar, Contestação da qual resulta, em suma:

1. *A Requerida deu entrada, no dia 03 de dezembro de 2020, do requerimento de injunção com o n.° destinado à cobrança das faturas e de mais quantias devidas pela Requerente no âmbito do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas celebrado com a Requerida*

2. *Nomeadamente, a Requerida demandou a Requerente para que esta procedesse ao pagamento das faturas melhor referenciadas no documento n.° 1.*

3. *Tal procedimento culminou com a aposição de fórmula executória, tendo sido conferida forma executiva ao requerimento de injunção.*

4. *Assim, salvo respeito por diferente entendimento, 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 vir agora, 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. na data de 05 de abril de 2021 e do Tribunal Arbitral de Consumo de Braga, através da sentença proferida no âmbito do processo n.° 2056/2020, na data de 01 de março de 2021:*

(...)

8. *Assim, sempre se dirá que 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 divida não se encontra prescrita.*

(...)

14. *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.*

15. *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 a Requerente renunciou à mesma.*

16. *Nos termos do n.° 1 do artigo 302.° do Código Civil, a renúncia à prescrição é admitida depois de haver decorrido o prazo prescricional.*

17. *E a renúncia pode ser tácita (cfr. n.° 2 do art. 302.° do Código Civil).*

18. *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, 2S-0S-2011, Relator António Calhau, disponível em www.dqsi.pt.

19. *Como tal, podendo a Requerente invocar a prescrição e não o fazendo, renunciou à mesma tacitamente.*

20. *Ora, a renúncia à prescrição equivale ao reconhecimento do direito (art. 325.° do Código Civil) e determina o início da contagem de novo prazo de prescrição (art. 326.° do Código Civil).*

21. *Com a aposição de fórmula executória, a dívida por titulada no requerimento de injunção passou a prescrever em 20 anos (art. 311.° do Código Civil), prazo que não tinha expirado à data de entrada da presente ação.*

22. *A Requerida, na sua injunção, peticiona não só capital, como juros e outras quantias.*

23. *Ora, em relação aos juros de mora, dispõe o art. 310.°, alínea d) do Código Civil que "prescrevem no prazo de cinco anos os juros convencionais ou legais...".*

24. *Além disso, o artigo 561.° 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.".

25. *Considerando a data de vencimento das faturas peticionadas, não tinha decorrido o prazo de 5 anos à data da injunção.*

26. *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.°,*

27. *Pelo que também não se encontra esse valor prescrito.*

28. *Em face de todo o exposto, impugna-se tudo o que estiver em contradição com a presente contestação considerada no seu conjunto, por ser falso, inexato ou omisso.*

29. *Tudo dito, observando-se no caso sub judice, a identidade entre as causas, sujeitos, pedidos e causas de pedir, verifica-se a exceção dilatória de litispendência, prevista na alínea i) do artigo 577.° do CPC, devendo a Requerida ser absolvida da instância, o que, expressamente ,se requer.*

30. *Caso assim não se entenda, o que apenas por mero dever de patrocínio se equaciona, deverá a reclamação ser julgada improcedente por não provada, devendo, consequentemente, a Requerida ser absolvida dos pedidos apresentados pela Requerente.*

31. *Nestes termos e nos melhores de direito, deverá ser julgada totalmente procedente a exceção dilatória de litispendência, devendo a aqui Requerida ser absolvida da instância.*

32. *Caso assim não se entenda, o que apenas por mero dever de patrocínio se concebe, deverá a presente Reclamação ser julgada totalmente improcedente por não provada e, em consequência, ser a Requerida absolvida dos pedidos.*

Como meios de prova juntou 3 documentos.

II- <u>Saneador</u>

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.

A reclamante no decorrer da audiência de julgamento e após tomar conhecimento da contestação da reclamada e por forma a evitar o risco inerente a uma sentença declarou que estaria na disposição de celebrar um acordo de pagamento com "pagamento da dívida principal no valor de €1.180,14 em prestações mensais e sucessivas de €15,00 ".

A reclamada através de requerimento dirigido aos presentes autos veio juntar 3 documentos e dizer que aceitava tal proposta desde que o pagamento operasse nos seguintes moldes:

24 prestações mensais e sucessivas, a vencer no primeiro dia útil de cada mês no valor de €15,00, vencendo-se a primeira no dia 01 de junho de 2021;

Restantes prestações mensais e sucessivas a vencer no primeiro dia de cada mês no montante de €30,00.

Notificada a reclamante da proposta apresentada pela reclamada, aquela nada disse no sentido de aceitar os termos do proposto, pelo que não se logrou obter acordo no presente processo.

O processo é também o próprio e as partes legítimas e capazes.

III- Objeto do litígio

O objeto do litígio reconduz-se à verificação da (in)existência do direito ao recebimento por parte da reclamada das quantias relativas a fornecimento de serviço de comunicação à reclamante.

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 um contrato de prestação de serviços de telecomunicações – Fato que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a reclamação;

b) O referido contrato foi celebrado com recurso a cláusulas previamente elaboradas pela reclamada – Facto que se julga provado com base na reclamação apresentada e no depoimento da reclamante e no **doc. n.º 1** junto com o requerimento apresentado pela reclamada a 08.05.2021;

c) Em 03 de dezembro de 2020, a reclamada apresentou junto do Balcão Nacional de Injunções a Injunção com o n.º , destinada à cobrança de faturas que considerava devidas pela reclamante no âmbito do contrato de prestação de serviços em causa nos autos, nomeadamente, faturas que refere terem sido emitidas em 18.09.2019; 18.10.2019; 19.11.2019; 19.01.2020; 19.02.2020; 18.03.2020; 18.04.2020; 18.05.2020; 18.06.2020; 18.07.2020 no valor respectivamente de €43,49; €64,47; €79,42; €77,53; €74,60; €97,50; €94,84; €97,37; €52,79; €498,13 – Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a contestação;

d) Nesse requerimento veio a ser aposta, em 28-02-2021, fórmula executória ("este documento tem força executiva) pelo Secretário de Justiça – Facto que se julga provado com base no **doc. n.º 2** junto com a contestação;

e) A reclamação apresentada junto deste Tribunal Arbitral deu entrada nos serviços no dia 05 de janeiro de 2021 – Facto que se julga provado com base na reclamação apresentada;

4.2 Factos Não Provados

Com relevância para a decisão da causa não resultou provada a data da prestação dos serviços a que se referem as faturas mencionadas no requerimento de Injunção supra

referido. A requerida apresenta o referido requerimento de Injunção onde está referido o constante do ponto c) dos factos dados como provados, mas desacompanhado de qualquer fatura que menciona.

V- QUESTÃO PRÉVIA - DA LITISPENDÊNCIA

A reclamada apresentou a sua contestação alegando, *prima facie*, a exceção dilatória de litispendência, atendendo ao facto de, em 03 de dezembro de 2020, ter dado entrada da Injunção n.º junto do Balcão Nacional de Injunções.

Como resulta da Jurisprudência deste Tribunal Arbitral, mais concretamente das sentenças proferidas no âmbito dos Proc. nº 257/2019 e no Proc. nº 3483/2018, entendemos que a referida injunção não tem natureza jurisdicional e, ainda que não seja contestada pela reclamante, sempre poderá esta invocar todos os meios de defesa, posteriormente, ainda que em sede de oposição a uma eventual execução.

Neste sentido, leia-se a decisão, que perfilhamos, proferida no já mencionado proc. nº 257/2019 a 07 de maio de 2019:

"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

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

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 "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 703º do 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

---

[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 titulo executivo). A respeito das letras e livranças, vide Cunha, Carolina, "Manual de letras e livranças", Almedina, 2016.*

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. I-4599, n.° 14, e Fallimento Olimpiclub, já referido, n.° 27)."[6]

---

[5] *E que o Regulamento deste Tribunal Arbitral reflete, ipsis verbis, no seu art.º 4º, n.º 5.*

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

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.º 8º, n.º 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.º 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia –).

Destarte, pelos fundamentos expostos, nada obsta a que a requerente intente a presente ação de declaração negativa e que a mesma seja apreciada por este Tribunal Arbitral, porquanto estamos perante o fornecimento de serviço público essencial.

Assim, nos termos do art.º 15º, n.º 1 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de julho, com a redação da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro), "os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados."

A requerente é pessoa singular e submeteu o litígio à apreciação de um tribunal arbitral de um centro de arbitragem de conflito de consumo legalmente autorizado (Despacho n.º 26A/SEAMJ/97, que autoriza a criação do Centro de Arbitragem TRIAVE, publicado no Diário da República, n.º 69, II Série, de 22-11-1997).

Destarte, impõe-se determinar se, no caso sub júdice, estamos perante um "litígio de consumo".

Ora, a relação jurídica será de consumo sempre que nela intervenha um consumidor. Nesse sentido, o legislador consagrou no art.º 2º, n.º 1 da LDC (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com a redação da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho) a seguinte noção de consumidor: "Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos

quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios."

Pelo que, não restam dúvidas de que a requerente é uma pessoa a quem a requerida (pessoa coletiva que exerce com caráter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de lucro) prestou serviços de comunicações eletrónicas (art.º 1º, n.º 2. al. d) da Lei dos Serviços Públicos Essenciais)."

VI- Motivação

O juiz ou o 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. Artigos 596º n.º 1 e 607º n.º 2 a 4, do CPC, na redação da Lei 41/2013, de 26/6) e consignar se a 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. 607º n.º 5 do C.P.C, 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 C.C) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

No caso concreto, este Tribunal alicerça a sua convicção nas provas apresentadas por ambas partes, designadamente nas declarações prestadas em audiência de julgamento pela reclamante, recorrendo ainda ao exame dos documentos juntos ao processo pelas partes e, ainda, à consideração de factos instrumentais que resultaram da instrução e discussão da causa (artigo 5.º, n.º 2, alínea a) do CPC).

VI– Da Fundamentação de Direito

A - Da Prescrição e da Ação de Simples Apreciação Negativa

A relação material controvertida corporiza-se no contrato de fornecimento do serviço de comunicações eletrónicas que legitimou a reclamante a obter o fornecimento de tais serviços por parte da reclamada.

Pelo que, o contrato celebrado com a reclamada versa sobre o fornecimento de serviço público essencial, cuja regulamentação jurídica se encontra especialmente vertida na Lei n.º 23/96 de 26 de julho (Lei dos Serviços Públicos Essenciais – LSPE).

Estabelece o art.º 7 do referido diploma que, atendendo à natureza pública deste tipo de serviços e seu caráter essencial, deve a sua prestação "obedecer a elevados padrões de qualidade".

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 CC, designadamente o que resulta dos artigos art. 300º e ss., conta-se desde a data da prestação do serviço e só pode ser interrompido pela citação ou notificação judicial, nos termos do artigo 323º do mesmo dispositivo legal ou pelo reconhecimento da dívida nos termos legais, sendo que o prazo para a propositura da ação judicial ou injunção é sempre e inderrogavelmente de 6 meses como decorre do disposto no seu artigo 10º.

A prescrição é habitualmente exceção oposta pelo devedor ao credor, em regra reclamante, todavia, no caso, a prescrição é ela própria facto constitutivo do direito da reclamante aqui consumidora/devedora, na medida em que é esta a autora da ação e do pedido de reconhecimento do direito a ver declarada a extinção da dívida por prescrição, ou seja, no caso os factos constitutivos da prescrição são matéria a provar pela reclamante, sendo da reclamada o ónus da prova dos factos impeditivos desse direito (cfr. artigo 342º n.º 2 do CC).

O pedido, por sua vez, insere-se no âmbito das Ações de Mera Apreciação Negativa, que visam unicamente obter a declaração da inexistência de um direito ou de um facto (art.º 10º n.º 3 al. a) do CPC) e 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.

Pois bem, nestes casos, e de acordo com o disposto no art.º 343.º n.º 1 do CC, 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 denominada 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.

Daqui resulta que 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.

O contrato e a faturação da prestação de serviços públicos essenciais são elementos fundamentais para apurar ou sindicar a existência e subsistência de um crédito.

Para além disso e sobretudo, ainda que se considerasse a existência ou subsistência da dívida representada pelo título executivo decorrente da aposição da fórmula executória no âmbito de processo de injunção, sempre se terá de ponderar ou nunca abstrair que se trata de crédito emergente de relação contratual de consumo no âmbito de serviço público essencial prestado necessariamente até ao ano de 2019 e 2020.

Ou seja sendo as faturas objeto de injunção o único crédito que a reclamada reconhece ter ainda sobre a reclamante, não podem ser exigidas à

reclamante atenta a extinção desse crédito por prescrição na medida em que, mesmo considerando a suspensão do prazo no decurso da pendência do processo injuntivo, há muito que decorreu esse prazo.

Alega a reclamante a prescrição dos valores relativos a serviços prestados.

A prescrição tal como prevista no art.º 10º n.º 1 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais na redação originária dada pelo Decreto-Lei n.º 23/96, de 2 de julho versa sobre o crédito que tem por objeto o preço a pagar pelo serviço prestado, pelo que a contagem desse prazo de seis meses começa na data da prestação do serviço.

Ora, tendo a reclamante intentado uma ação de declaração negativa, incumbia à reclamada provar que prestou serviços à reclamante e a data em que os prestou (nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 343º, n.º 1 do CC).

A reclamada apenas provou que a injunção apresentada visava a cobrança de créditos titulados pelas faturas supra mencionadas no requerimento de Injunção apresentado junto do balcão Nacional de Injunções, mas não carreou para os autos qualquer elemento probatório sobre a data da prestação do serviço (inexistem nos autos quaisquer faturas que comprovem a data de prestação dos serviços.

Acresce que, tendo a reclamante invocado facto extintivo do direito de crédito de que se arroga titular a reclamada, incumbia a esta a prova de que o seu direito não se havia extinguido (art.º 342º, n.º 2 do CC), porque não se havia iniciado o alegado prazo de prescrição ou porque, apesar de se ter iniciado, se havia verificado alguma causa de suspensão e/ou interrupção.[7]

À reclamada incumbia 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" (n.º1 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais) e "incide sobre o prestador do serviço o ónus da prova da realização das comunicações a que se refere o artigo 10.º, relativas à exigência do pagamento e do momento em que as mesmas foram efectuadas" (n.º 2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais).

[7] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Coimbra Editora, 1987, p. 305 e 306.

B- Das Cláusulas Contratuais Gerais

Da Penalização decorrente de Incumprimento Contratual

No que se refere à penalização referida pela reclamada, não tendo a mesma qualquer arrimo legal, só poderá existir com fundamento na autonomia privada dos contratantes, ou seja, através de contrato.

Ora, nos presentes autos, incumbia à reclamada o ónus de prova dos factos constitutivos do direito de que se arroga titular.

Assim, se a reclamada se limita a remeter para as cláusulas contratuais previamente elaboradas por si, referindo que uma dessa cláusulas estabelece *que "O Contrato ficará sujeito a um prazo mínimo de duração inicial coincidente com o período de fidelização indicado nas Condições Específicas ou no Formulário e cuja existência, no caso do Cliente consumidor, depende da atribuição de qualquer vantagem, identificada e quantificada, associada à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação, ativação do serviço, ofertas, descontos ou a outras condições promocionais. Na falta de disposição em contrário, o Contrato será automaticamente renovado por períodos sucessivos de 1 (um) mês quando não seja denunciado por qualquer das partes, mediante simples comunicação escrita à outra, com uma antecedência mínima de 30 (trinta) dias em relação à data do termo do período inicial do Contrato ou de qualquer das suas renovações"* então, é de concluir que a reclamante se limitou a aderir a essa mesma cláusula.

Tratando-se de cláusula, previamente, elaborada pela reclamada, não pode a mesma olvidar que o regime jurídico aplicável neste domínio[8] lhe impõe um especial dever de informação e esclarecimento, nomeadamente, perante cláusulas cuja complexidade deriva não só do modo pelo qual se obtém o montante da penalização,

[8] Art.º 4º, n.º 1 e art.º 11º, n. º1 da Lei aplicável aos Serviços Púbicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26/07, atualizada pela Lei n.º 10/2013, de 28/01); art.º 5º e art.º 6º do DL n.º 446/85, de 25/10, atualizado pelo DL n.º 323/2001, de 17/12) e art.º 48º, n.º 1, al. f), conjugado com o n.º 2 da Lei aplicável às comunicações eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, atualizada pela Lei n.º 127/2015, de 03/09).

mas também atendendo às constantes remissões feitas para se alcançar o sentido de uma tal cláusula.

A falta de prova do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, tem consequências, expressamente, consagradas na lei (a exclusão das cláusulas dos contratos perante as quais tais deveres se imponham - art.º 8º, al. a) e b) do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, atualizado pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro).

Concomitantemente, as cláusulas contantes do contrato objeto dos presentes autos foram, previamente, elaboradas pela reclamada e, conforme se pode extrair dos documentos juntos, estamos perante um contrato sujeito ao regime jurídico consagrado no D.L. n.º 446/85, de 25 de outubro.

No âmbito do seu art.º 12º consagra-se que "as cláusulas contratuais gerais proibidas por disposição deste diploma são nulas nos termos nele previstos".

Ora, resulta do art.º 19, al. c) que "são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: (...) c) consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir". Assim uma das questões a responder é se a cláusula que estabelece, unilateralmente, a penalização supra referida implica uma violação aos ditames da boa fé por parte da requerida.

Será de responder afirmativamente. Na verdade, tal cláusula permitiria à reclamada receber da reclamante a totalidade do valor relativo a um serviço que não chega a ser prestado à reclamante.

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, de acordo com o entendimento que se funda no disposto no art. 280.º do 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.[9]

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, contudo 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, 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.

É, nesta vertente, a tradução do princípio de que o conteúdo do contrato coincide ou deve coincidir sempre com o <u>âmbito do consenso</u> (sublinhado nosso) 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.

---

[9] 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.

Conclui-se do exposto que, celebrado o contrato escrito de prestação de serviços, neste caso um contrato 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 2º - 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 227º do CC.

Por outro lado ainda, há que considerar especialmente nesta área do Direito do Consumo, 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.

Consequentemente, terá de concluir-se que a referida cláusula de permanência por 24 meses, sob pena de pagamento da penalização constante das condições contratuais elaboradas pela requerida, é nula.

Esta nulidade pode ser oficiosamente conhecida nos termos do art.º 286º do Código Civil.[10] Pelo que, não poderá este tribunal deixar de declarar a nulidade de tal cláusula.

VII- DECISÃO

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos, julga-se a ação, totalmente, procedente, e em consequência:

1- Declarar-se improcedente a excepção dilatória de litispendência;

2- Declarar-se a prescrição dos créditos da reclamada e a nulidade da cláusula de permanência mínima de 24 meses, sob pena de pagamento da penalização constante das condições contratuais elaboradas pela reclamada, nos termos conjugados do art.º 19, al. c) e art.º 12º do Decreto-lei 446/85 de 25 de outubro, não sendo, em consequência, devida qualquer quantia por parte da reclamante à reclamada.

O valor do processo fixa-se em **€1.538,21 (mil e quinhentos e trinta e oito euros e vinte e um 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, 11 de junho de 2021.

A Juiz-Árbitro,

Andreia Ribeiro

(Andreia Ribeiro)

[10] Ac. TRG, de 11/09/2012, in www.dgsi.pt