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

RAL
CENTROS DE ARBITRAGEM

Processo n.º 2778/2021/VQ

Reclamante:

Reclamada:

SUMÁRIO

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

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

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

I- Relatório

1.1 O reclamante apresentou reclamação contra a reclamada pretendendo o cancelamento do serviço sem pagamento de qualquer valor a título de penalização.

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

1.3. A reclamada, nos termos do artigo 14º do Regulamento do Triave apresentou contestação escrita, com documentos, no prazo estabelecido no Regulamento deste Tribunal Arbitral (art.º 14.º n.º 5), na qual alegou o seguinte:

"Em resposta ao vosso ofício datado de 21.03.2022, o qual mereceu a nossa melhor atenção, a vem pela presente informar que considera que não haverá necessidade de realização de julgamento, pois foram fornecidos elementos suficientes para a decisão e tendo em conta que o período de livre resolução, foi exercido amplamente fora do prazo, pois, foi o consumidor que contactou a no sentido de aderir ao serviço móvel da no dia 06.10.2021 (documento 1 e 2 em anexo), pelo que neste caso aplica-se a última parte do n.º 7 do artigo 5.º do diploma que rege as vendas à distância, que diz o seguinte: "Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor."

Visto que o contrato foi celebrado à distância, e o período de livre resolução, já teria findado, conforme dispõem o decreto-lei 24/2014 de 14 de fevereiro, alterada pela lei 47/2014 de 28 de julho, que foi transposta para a cláusula 20.2 do contrato do cliente que diz o seguinte: "20.2. Caso a adesão às Condições Gerais, Condições Particulares e às Condições Especificas seja realizada fora do estabelecimento comercial ou à distância, o Cliente caso seja Consumidor, poderá exercer o direito de livre resolução, no prazo de 14 (Catorze) dias a contar da data de adesão às condições contratuais, mediante o envio, no mencionado prazo, de uma comunicação escrita, informando a sobre a vontade de resolver o contrato.". Na cláusula "20.4. O exercício do direito de livre resolução do Contrato não desobriga o Cliente do pagamento do valor proporcional ao serviço prestado até ao momento da comunicação da resolução, incluindo o valor da instalação e ativação, se aplicável, e os consumos efetuados durante a prestação dos serviços, nos casos em que a prestação tenha tido inico durante o prazo legal de livre resolução. Em casos de resolução do contrato a reembolsará o cliente dos pagamentos recebidos, que não relativos ao preço dos serviços prestados por solicitação do cliente, no prazo de 14 (catorze) dias a contar da data em que for informada da resolução do contrato. O reembolso será feito através

de transferência bancária, para o IBAM a indicar pelo cliente aquando do exercício do direto legal de livre resolução, ou, na falta de indicação de IBAM, por cheque.

Ora, o Senhor celebrou o contrato com a à distância, onde a fidelização pelo período de 24 meses foi comunicada verbalmente atendendo às circunstâncias, ou seja, no dia 06.10.2021, foi comunicada verbalmente por um meio adaptado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais, condições foram enviadas por email, para o email fornecido o pelo próprio cliente, ou seja,

No que se refere ao consumo dos dados móveis, a analisou a reclamação do cliente, onde apurou que de facto os consumos foram efetuados, conforme documento 3 em anexo.

No que concerne à marcação de arbitragem, a não compreende a razão da necessidade de arbitragem para este caso em concreto, com custos de deslocação e representação, pelo que, desde já informa que não irá comparecer na mesma, caso o cliente insista na manutenção da audiência.

1.4. Nem Reclamante nem Reclamada marcaram presença, nem se fizeram representar, na audiência de discussão e julgamento.

II- Saneador

A audiência realizou-se, assim, com a ausência do reclamante e da reclamada, que devidamente notificados no seu domicílio e sede, respetivamente, procederam ao levantamento da notificação encontrando-se, por isso, regularmente notificados.

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

Não é obrigatório que as partes se façam representar e/ou acompanhar por terceiros, pese embora lhes assista esse direito, nos termos do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 144/2015, de 08/09, na sua redação atualizada.

Nenhuma das partes esteve presente ou se fez representar na audiência arbitral.

Este tribunal é material e territorialmente competente, uma vez que está em causa um conflito de consumo, apresentado por consumidor, decorrente de um

contrato de prestação de serviços celebrado com profissional (pessoa colectiva), dentro da sua área geográfica de competência.

O processo está sujeito ao Regime da Arbitragem Necessária, como resulta dos nºs 2 e 3 do artº 14º da Lei 24/96 de 31 de Julho, na redacção da Lei 63/2019 de 16 de Agosto, pois foi submetido à apreciação deste tribunal por opção expressa do consumidor/reclamante.

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

Não foram alegadas exceções.

Nenhuma das partes atribuiu valor à causa nas fases de "Mediação" ou "Arbitral".

Compete a este tribunal fazê-lo no uso dos poderes que lhe são conferidos pelo disposto no artigo 14.º do Regulamento do TRIAVE e, subsidiariamente, pela remissão operada pelo disposto no artigo 16.º, nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária e do Código do Processo Civil (artigo 306.º/1).

O Reclamante pretende que este tribunal declare como lícito o cancelamento do serviço de comunicações sem que lhe seja exigido o valor relativo à indemnização pelo incumprimento do período de fidelização.

Analisado, assim, os pedidos e a causa de pedir à luz das regras previstas no CPC para a verificação do valor da causa fixa-se o seu valor em €768,00 (setecentos e sessenta e oito euros), recorrendo ao critério previsto no artigo 297.º/1, do CPC, em virtude de ser este o valor relativo à mensalidade paga pelo reclamante pelos dois telemóveis durante o período de 24 meses (período de fidelização).

O valor da causa fixa-se, assim, em €768,00 (setecentos e sessenta e oito euros), nos termos dos artigos 297.º/1, do CPC, por remissão do artigo 19.º do Regulamento do TRIAVE para a Lei de Arbitragem Voluntária e desta para o Código de Processo Civil, com os fundamentos acima enunciados.

III- Objeto do litígio

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

IV- Fundamentação

Da Fundamentação de Facto

A) Factos Provados

Finda a produção de prova e tendo em conta a posição assumida pelo reclamante no seu articulado e os documentos que o mesmo juntou aos autos, em conjugação, ainda, com as regras da experiência e com os juízos da normalidade da vida, assim como do alegado em sede de contestação e dos documentos juntos com esta resultaram provados, com relevância para a decisão desta causa arbitral, os factos seguintes:

1º. Entre reclamante e reclamada foi celebrado em 06 de outubro de 2021 um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, celebrado à distância, através do site da reclamada – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 3** junto com a contestação;

2º. A 19 de outubro de 2021 o Reclamante apresentou à Reclamada através do Livro de Reclamações Online daquela uma reclamação pelo serviço prestado mais peticionando o cancelamento do serviço. – facto que se julga provado com base no **doc. n.º 2º e 3º** juntos com a Reclamação.

3º. A reclamada respondeu à reclamação apresentada pelo reclamante no livro de reclamações a 26 de outubro de 2021. Fato que se julga provado com base no **doc. n.º 1** junto com a reclamação.

B) Factos Não Provados

1º. A reclamada comunicou ao Reclamante verbalmente as condições do contrato;

---

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

2º. A reclamada remeteu para o email do reclamante as condições contratuais do contrato entre ambos celebrado.

Não existem outros factos, provados ou não provados, com relevância para esta sentença arbitral.

V- Motivação

Nos termos do artigo 396.º do Código Civil e do artigo 607.º, n.º 5 do CPC, o Tribunal formou a sua prudente convicção, apreciando livremente, e à luz das regras da experiência comum, o conjunto da prova produzida nos autos, recorrendo ao exame dos documentos juntos ao processo pelo reclamante e pela reclamada, mais considerando factos instrumentais que resultaram da instrução e discussão da causa (artigo 5.º, n.º 2, alínea a) do CPC).

Deste modo, com a junção dos documentos anexos à reclamação, o reclamante cumpriu o ónus da prova que se encontra consagrado no artigo 342.º n.º 1, do Código Civil, quanto os factos constitutivos do seu direito.

Posto isto, 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 nº 1 e 607º nºs. 2 a 4 do CPC na redação da Lei 41/2013, de 26/6) e consignar 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 CPC 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.371, do C.Civil) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação da prova.

No caso, o Tribunal alicerçou a sua convicção nas provas [ou inexistência destas] apresentadas (ou não) por ambas partes e, concretamente, nos documentos juntos aos autos.

Ponderou o Tribunal a ausência de quaisquer meios de prova apresentados pela reclamada em que esta pudesse de algum modo ancorar a sua tese, sobretudo, que contrariasse ou pusesse em dúvida o cancelamento do serviço apresentado pelo reclamante.

No caso a reclamada não apresentou qualquer prova documental ou testemunhal da qual tenha resultado provado, por um lado, que tenha sido comunicado verbalmente ao reclamante a existência de um período de fidelização de 24 meses e, por outro lado, que as condições contratuais tenham sido enviadas ao reclamante para o seu endereço de email.

Este tribunal arbitral concluiu, assim, que a reclamada não cumpriu o ónus da prova previsto no artigo 344.º n.º 1 do Código Civil e, por isso, não conseguiu afastar, nos termos e para os efeitos previstos no disposto no artigo 350.º n.º 2 do Código Civil, a presunção legal resultante do artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro na redação dada pelo Decreto-Lei 9/2021 de 29 de janeiro.

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

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

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

No caso a reclamada não apresentou qualquer meio probatório que pudesse alicerçar a convicção que o reclamante fora "esclarecido", ou, pelo menos tomara conhecimento, por lhe terem sido comunicadas, "as condições específicas do serviço", em particular alguma, que não identificou, que pudesse conter uma qualquer cláusula penal.

VI- <u>Da Fundamentação de direito</u>

O presente litígio tem por base a alegada celebração de um contrato de prestação de serviços de telecomunicações, online, em 06 de outubro de 2021, tal como reconhecido pela Reclamada.

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

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

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

Em matéria de contratos formados através do recurso à predisposição de cláusulas contratuais gerais, a efectiva incorporação destas no contrato singular depende da verificação de dois pressupostos: em primeiro lugar, a sua aceitação (art.

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

4.º do Decreto-Lei 446/85, de 25/10); em segundo lugar, o cumprimento dos deveres de comunicação e informação estabelecidos nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei 446/85[3].

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

A validade e eficácia de tal contrato terá, assim, de ser aferida à luz das exigências legais plasmadas no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (sucessivamente alterado) para os contratos celebrados à distância e, ainda, no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (sucessivamente alterado) para as cláusulas contratuais gerais.

Com efeito, nos termos da alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, «Contrato celebrado à distância» é todo aquele que vem a ser contratualizado sem a presença física simultânea do consumidor e do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância. Por «Técnica de comunicação à distância», nos termos da alínea m) da mesma norma, entende-se "qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes".

Deste modo, a celebração de um contrato através de um sítio da internet constitui um contrato celebrado à distância.

De acordo com o n.º 7 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, sendo o contrato celebrado por telefone "o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor". Acresce que, o legislador no artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, exige que o prestador de serviços confirme

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

a "celebração do contrato à distância, em suporte duradouro, no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, (...) antes do início da prestação do serviço".

Nos contratos celebrados à distância, o artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 24/2014 atribui ao consumidor o direito de arrependimento no prazo de 14 dias a contar do dia da celebração do contrato, no caso de contratos de prestação de serviços.

No que respeita à contagem do prazo, deve ter-se em conta o artigo 296.º do Código Civil, que manda aplicar aos prazos fixados por lei as regras do artigo 279.º do mesmo diploma. Releva, para este efeito, nomeadamente, a alínea b), nos termos da qual "na contagem de qualquer prazo não se inclui o dia [...] em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr".

Assim, tendo começado a contar o prazo de 14 dias no dia 07 de outubro de 2021 (o dia seguinte ao da celebração do contrato), este terminava precisamente no dia 20 de outubro de 2021, ou seja, um dia após a data em que foi exercido o direito de arrependimento pelo reclamante.

De facto, este apresentou de forma clara e expressa a decisão de resolver o contrato, por palavras suas, nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Logo, este deve considerar-se tempestivamente exercido.

Tem, pois, de proceder a pretensão do reclamante.

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

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

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

VII- <u>Decisão</u>

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

O valor do processo fixa-se em **€768,00 (setecentos e sessenta e oito euros)**, *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, 23 de abril de 2022.

A Juiz-Árbitro,

(Andreia Ribeiro)