

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



N.º 12 | 2017

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

EDIÇÃO

Centro de Direito do Consumo

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

João Rijo Madeira

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Tipografia Lousanense

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

432448/17

A TUTELA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Pedro Falcão*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Prestação de Serviços Públicos Essenciais: 1) Os Serviços; 2) O Contrato; 3) As Partes; 4) Especial Protecção do Utente. III. A Tutela do Prestador do Serviço: 1) Contratação por Adesão; 2) Institutos Clássicos; 3) Outros Instrumentos; 4) Meios Processuais. IV. Conclusões.

I. Introdução

A prestação dos chamados serviços públicos essenciais está enquadrada por um conjunto de princípios e normas que consagram uma expressiva protecção do seu credor, quer este se trate de um consumidor ou de qualquer outro sujeito sem esta qualificação. O diploma central nesta matéria é a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho¹, que, imediatamente antes de estabelecer um elenco dos serviços cuja prestação visa regular

* Aluno da 17.ª Edição do Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Direito Civil na mesma Faculdade.

¹ Diploma conhecido por Lei dos Serviços Públicos Essenciais, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger os utentes de tais serviços, várias vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

(fornecimento de água, energia eléctrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviço de comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais, e gestão de resíduos sólidos urbanos) e à entrada de um articulado que se ocupa, entre outros, de aspectos fulcrais como a suspensão da prestação do serviço, a prescrição do direito ao recebimento do preço, o ónus da prova do cumprimento de certas obrigações e a resolução de litígios, afirma peremptoriamente que o seu regime vigora “em ordem à protecção do utente” (cfr. art. 1.º/1).

Se à Lei n.º 23/96, que protege todos os destinatários destes serviços, acrescentarmos as várias normas consagradas com o mesmo objectivo nos diferentes diplomas sectoriais e ainda o quadro normativo que protege a específica posição do consumidor, verificamos, sem grande exagero, que, no actual estado de coisas e pelo menos no plano do direito, a fragilidade começa a deslocar-se para a esfera do prestador. Uma evolução que se compreende, que é fruto da consciência da vulnerabilidade negocial dos utentes (profundamente dependentes da prestação e, as mais das vezes, meros aderentes a formulários contratuais pré-elaborados pelas entidades prestadoras) e que levou a que, ao longo de décadas, sucessivos esforços legislativos tenham procurado a correcção das assimetrias típicas das relações jurídicas neste domínio, particularmente quando num dos pólos figura um consumidor.

A situação foi assim ficando mais difícil para os prestadores do serviço, que, não obstante a posição privilegiada que mantêm na relação, vêem hoje a sua actuação abundantemente regulada e espartilhada, a sua liberdade con-

tratural também restringida (como se verá adiante, nem são livres de celebrar contratos apenas com quem queiram, nem de modelar o respectivo conteúdo exactamente como lhes aprouver) e a sua capacidade de reacção ao incumprimento bastante condicionada por todas as regras que imperativamente protegem o utente.

Partindo deste quadro, o estudo que aqui se desenvolve visa, em contracorrente, perceber onde é que subsistem espaços de tutela do prestador de serviços públicos essenciais no ordenamento jurídico português, procurando identificar e analisar, não exaustivamente, alguns dos instrumentos jurídicos que ainda o auxiliam no exercício da sua actividade, *maxime* na satisfação do seu crédito. Uma pesquisa que será antecedida de uma exposição de contexto em torno dos aspectos basilares que caracterizam a relação obrigacional de prestação de serviços públicos essenciais no nosso ordenamento.

II. A Prestação de Serviços Públicos Essenciais

1) Os Serviços

A Lei n.º 23/96 apresenta no seu art. 1.º/2 uma lista dos serviços sobre que incide esta prestação, lista esta cujo carácter taxativo ou exemplificativo se discute na doutrina, parecendo-nos, com a modéstia que se impõe, ser de acompanhar a posição defendida, entre outros autores, por JORGE MORAIS CAR-

VALHO, no sentido da *taxatividade* da enumeração². De facto, mesmo no quadro de uma concepção contemporânea da realização do direito, estruturada numa racionalidade dialéctica e analógica que orienta o intérprete a “ir e vir com o olhar”³ do problema concreto para um sistema jurídico aberto e capaz de o assimilar na sua relevância material, sempre o cânone metodológico consagrado no Código Civil terá o seu préstimo, particularmente as regras, atinentes à interpretação, da consideração mínima do *elemento literal* e da *presunção do legislador razoável*, previstas no art. 9.º. Pelo que, ainda que se considere, como também parece razoável, que outros serviços há tão ou mais essenciais do que os elencados na Lei n.º 23/96 (v.g. serviços de saúde), cujos problemas concretos encontrariam eventual correspondência na intencionalidade problemática das normas e princípios desta lei, é difícil sustentar que a vontade que o legislador neste ponto exprimiu literalmente de forma tão clara (“são os seguintes os serviços públicos abrangidos” — itálico nosso) e a que deve estar subjacente a ideia de que, no actual momento histórico-cultural, a especial protecção do utente destes serviços é a solução

² JORGE MORAIS CARVALHO (*Manual de Direito do Consumo*, 2016) sublinha que “apesar de se debater acerca do carácter taxativo ou meramente exemplificativo da lista, é muito duvidoso que, face à letra do preceito [...], possam ser acrescentados serviços na sequência de simples determinação, por via interpretativa, da sua natureza de serviço público essencial” (pág. 270). Em sentido diferente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?*, 2004, pág. 424.

³ Tomamos aqui de empréstimo a inspirada imagem que KARL ENGISCH USOU para caracterizar a realização judicativo-decisória do direito (*apud* FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, 2012, pág. 20).

mais razoável, possa apontar noutro sentido que não o da taxatividade da lista⁴.

Seja como for, os serviços que a Lei dos Serviços Públicos Essenciais considera expressamente integrados no seu âmbito de aplicação são os que surgem no seu art. 1.º/2 e o seu recorte técnico pode fazer-se com o apoio de alguns dos diplomas que regem cada sector, como se segue.

Aos serviços de *fornecimento de água, de recolha e tratamento de águas residuais, e de gestão de resíduos sólidos urbanos*, respeita fundamentalmente o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto⁵, que os define como compreendendo designadamente a “captação, elevação, tratamento, adução, armazenamento e distribuição de água para consumo público”, a “recolha, drenagem, elevação, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas» e a «recolha, transporte, armaze-

⁴ A própria exposição de motivos da proposta que está na origem da Lei n.º 23/96 (Proposta de Lei n.º 20/VII, *Diário da Assembleia da República, II Série-A*, Número 33, de 4 de Abril de 1996), mostra bem esta forma de pensar: “é em relação a estes serviços que *mais se justifica, desde já*, a intervenção do legislador” (pág. 590 — itálico nosso). Também a intervenção da Ministra do Ambiente da época no debate na generalidade da referida proposta (*Diário da Assembleia da República, I Série*, Número 56, de 12 de Abril de 1996) sublinha esta ideia: “este diploma não tem em vista todos os serviços públicos que possam ser considerados essenciais, nem sequer fazer teoria geral sobre todos os aspectos do seu regime jurídico”, mas sim “terminar de uma vez por todas com actuações e práticas concretas que a sociedade considera há muito abusivas e prejudiciais para os utentes” (pág. 22).

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, 2000), sustentando a taxatividade da lista original, explica que o legislador terá pretendido, entre outros aspectos, “criar regras adequadas a problemas frequentes e já suficientemente delimitados *destes serviços básicos*, aos quais havia que responder” (pág. 339).

⁵ Diploma que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, e pela Lei n.º 12/2014, de 6 de Março.

nagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos urbanos” (art. 2.º/1).

Ao serviço de *fornecimento de energia eléctrica* diz respeito o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto⁶, que define “fornecimento” neste contexto como a “venda de energia eléctrica a qualquer entidade” (art. 2.º/gg), energia esta que é transmitida “em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão para entrega ao cliente” (cfr. art. 2.º/u).

Ao serviço de *fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados* dirige-se o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho⁷, que, a propósito da actividade de *distribuição de gás natural* em regime de serviço público, dispõe que esta compreende, entre outros aspectos, “o recebimento, a veiculação e a entrega de gás natural a clientes finais através das redes de média e baixa pressão” (art. 20.º/2/a).

Do *serviço de comunicações electrónicas* ocupa-se especialmente a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro⁸, que o define como sendo “o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais

⁶ Diploma que complementa as bases da organização e do funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional, várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

⁷ Diploma que complementa as bases gerais da organização e funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural e as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, de armazenamento subterrâneo, transporte, distribuição e comercialização de gás natural, incluindo a comercialização de último recurso, e à organização dos mercados de gás natural, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

⁸ Lei das Comunicações Electrónicas, que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos e define as competências da autoridade reguladora nacional neste domínio, várias vezes alterada, a última das quais pela Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho.

através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º” (art. 3.º/ff), referindo-se, por sua vez, o art. 4.º/3 da Lei n.º 23/96, a propósito das tarifas aplicáveis aos serviços prestados neste contexto, a “redes fixa e móvel”, “acesso à Internet” e “televisão por cabo”.

Os *serviços postais* são em grande medida regulados pela Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril⁹, que caracteriza a actividade de prestação de serviços postais como integrando as “operações relativas à admissão dos envios postais numa rede postal”, a “triagem dos envios postais para o seu transporte até ao centro de distribuição da área a que se destinam”, a “deslocação dos envios postais, por meios técnicos adequados, desde o ponto de acesso à rede postal até ao centro de distribuição” e o “conjunto de operações realizadas desde a divisão dos envios postais, no centro de distribuição da área a que se destinam, até à entrega aos seus destinatários, pessoas singulares ou colectivas a quem é dirigido um envio postal” (art. 4.º/1).

À prestação de todos eles dirige-se a Lei n.º 23/96, atribuindo-lhes a designação controversa de *serviços públicos essenciais*, designação que se presta a uma eventual confusão com o conceito de *serviço público* em sentido subjectivo (“actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável”¹⁰) e que se desvia do conceito mais adequado de *serviço de interesse geral* (aquele que satisfaz “necessidades

⁹ Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável à prestação de serviços postais, em plena concorrência, no território nacional, bem como de serviços internacionais com origem ou destino no território nacional.

¹⁰ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, pág. 36.

básicas da generalidade dos cidadãos quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos”¹¹, independentemente da natureza pública ou privada do prestador) ou, mais precisamente, de *serviço de interesse económico geral* (aquele que satisfaz “necessidades básicas, de natureza económica, dos cidadãos”¹²)¹³ — superando a polémica, ELIONORA CARDOSO remata algumas considerações sobre a questão com a ideia de que serviços públicos essenciais serão afinal os “serviços de interesse geral que se encontram expressamente consagrados na Lei n.º 23/96”¹⁴. Trata-se, portanto, de uma controvérsia que, sendo compreensível do ponto de vista do rigor técnico-jurídico e da consciência das implicações que a sua falta quase sempre tem na disciplina da realidade e na resolução de litígios, se afigura um tanto exagerada, uma vez que parece resultar claro da lei e da sua *occasio* o alcance da designação, que surge como mera decorrência da origem pública daqueles serviços e do carácter essencial que revestem para a vida quotidiana dos

¹¹ RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, 2001, pág. 17.

¹² *Idem, ibidem*, pág. 22.

¹³ RODRIGO GOUVEIA, *ibidem*, avança ainda com uma análise do chamado *serviço universal*, conceito paralelo de grande importância social que o autor caracteriza como traduzindo um “conjunto de princípios e de obrigações que devem reger determinados serviços, por forma a que estes sejam acessíveis a todos os cidadãos a preços razoáveis” (pág. 25). As exigências a que o autor se refere são orientadas por princípios como o da *universalidade* (acessibilidade a todos os cidadãos), o da *igualdade* (acesso ao serviço e prestação desse serviço em condições de igualdade), o da *qualidade* (manutenção de padrões de qualidade que garantam a plena satisfação das necessidades dos utentes) ou o da *continuidade* (prestação, em regra, continuada do serviço).

¹⁴ ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, 2010, pág. 52.

respectivos destinatários¹⁵. Para o efeito prático da interpretação e aplicação desta lei ou de qualquer diploma sectorial, a eventual falta de rigor na elaboração do conceito não parece trazer complicações.

2) O Contrato

A prestação de serviços públicos essenciais é o objecto de contratos privados¹⁶ celebrados entre as entidades presta-

¹⁵ Lê-se na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 20/VII, *cit.*: “Domínio tradicional do Estado, Regiões Autónomas, autarquias e empresas públicas, os serviços públicos essenciais, já hoje entregues também a empresas privadas, são fundamentais para a prossecução de um nível de vida moderno” (pág. 590).

¹⁶ A questão é ainda hoje discutida na jurisprudência nacional, a propósito da determinação da competência interna para julgar litígios emergentes da relação jurídica de prestação do serviço de fornecimento de água: no sentido da competência dos Tribunais Judiciais (e, portanto, da tese do contrato de direito privado), cfr. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2016, Proc. n.º 179233/12.1YIPRT.P1 (Maria José Simões), www.dgsi.pt; sustentando a competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais (e, em conformidade, a tese do contrato de direito público), cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 05-11-2015, Proc. n.º 185414/12.0YIPRT.E1 (Abrantes Mendes), www.dgsi.pt.

Na doutrina, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Serviços Públicos, Contratos Privados*, 2002) aborda a controvérsia explicando que esta tem origem numa ideia de serviço público em sentido subjectivo, enquanto actividade de interesse geral directa ou indirectamente a cargo da Administração, a cujas prestações os cidadãos acederiam por acto unilateral e mediante o pagamento de uma taxa no quadro de uma relação jurídica administrativa, cenário que, relativamente aos serviços públicos essenciais, é desde logo contrariado, nota o autor, pela referência expressa que o art. 13.º/3 da Lei n.º 23/96 faz ao “contrato” celebrado entre o prestador e o utente destes serviços, pondo assim em causa a ideia do acesso unilateral às respectivas prestações, contrato este que, se é de consumo, ou seja, privado, quando celebrado com um consumidor, deverá também ser considerado privado quando celebrado com um profissional, já que a Lei dos Serviços Públicos Essenciais não distingue entre categorias de utentes para os efeitos que prevê — “os actos geradores das obrigações de prestação de serviço e de pagamento pelo utente são portanto contratos de direito privado, que, no essencial, se

doras e os respectivos utentes, não obstante a prestação destes serviços, muitas vezes assegurada por comercializadores registados, estar sujeita, por força da própria natureza dos serviços, a imperativos de direito público que se projectam na actuação dos prestadores, já que tal actuação “conforme o puro jogo das regras de mercado e da livre concorrência poderia ser insuficiente para a adequada satisfação das necessidades colectivas”¹⁷.

A natureza de tais contratos — em boa parte dos casos *mistos, de compra e venda e prestação de serviço* — varia consoante o utente seja um comerciante, um profissional não comerciante ou um consumidor, assim se qualificando o contrato, de uma perspectiva subjectiva, como *bilateralmente comercial* ou como *unilateralmente comercial, maxime, de consumo*¹⁸.

O caso dos municípios que fazem uma gestão directa do serviço de fornecimento de água é mais delicado, uma vez que por força do art. 17.º do Código Comercial (doravante “CCOM”) não preenchem o requisito subjectivo que está na base da qualificação que fizemos. Acontece que, estatui o mesmo preceito, não podendo ser comerciantes, podem todavia, “nos limites das suas atribuições, praticar actos de comércio”, ficando, quanto a estes, “sujeitos às disposições deste Código”. Ora, se por interpretação extensiva integrarmos na hipótese do art.

regem pelo direito privado” (págs. 120 e segs.). Ver também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *cit.*, pág. 269.

¹⁷ PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, 2004, pág. 302.

¹⁸ Definido por JORGE MORAIS CARVALHO (*Manual...*, *cit.*) como o “contrato que incide sobre uma coisa, um serviço ou um direito destinado a uso não profissional de um dos contraentes, sempre que o outro contraente atue no âmbito da sua atividade profissional” (pág. 29).



230.º/2.º CCOM o fornecimento de água¹⁹, tal consubstanciará um acto objectivo de comércio²⁰, praticável por um município, fazendo do contrato que este celebra com um utente com esse fim um *contrato comercial em sentido objectivo*, enquadrado pela lei comercial — inclusivamente, parece defensável, quanto à natureza dos juros a cobrar, por força do art. 102.º/3.º e 4.º CCOM (que, embora referindo-se a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, deveria ter aplicabilidade no caso dos municípios, sujeitos que estão, quanto aos actos comerciais que pratiquem, “às disposições deste Código”).

Nos casos dos contratos celebrados com *consumidores* (relembra-se que também pode ser unilateralmente comercial o contrato celebrado com um profissional, como será o caso de um contrato de prestação do serviço de fornecimento de água celebrado entre uma sociedade comercial concessionária e um oleiro), em que “*un déséquilibre risque d’apparaître*”²¹, aplicam-se, naturalmente, as disposições próprias das relações de consumo.

O contrato é normalmente celebrado por adesão do utente a um conjunto de *condições gerais* pré-elaboradas pelo prestador do serviço para contratação em massa, o que, ao mesmo tempo que facilita a taylorização dos contratos, restringe a liberdade contratual do aderente, que se vê limitado a

¹⁹ Cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, 1973, pág. 80, particularmente a nota 1.

²⁰ JORGE COUTINHO DE ABREU (*Curso de Direito Comercial*, Volume I, 2014) vê as *empresas* referidas pelo art. 230.º como “conjuntos ou séries de actos (actividades) objectivamente comerciais enquadrados organizatoriamente (actos praticados no quadro de organizações de meios pessoais e/ou reais)” (pág. 84).

²¹ JEAN CALAIS-AULOY e HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 2010, pág. 243.

contratar ou não contratar, muitas vezes sem possibilidade sequer de escolha da contraparte, como acontece no mercado do fornecimento de água, em que os prestadores operam em regime de monopólio no respectivo âmbito territorial de actuação²². Diga-se, todavia, para justiça das coisas, que, se o prestador do serviço goza de uma quase total liberdade de modelação do conteúdo contratual²³, é também sobre esse mesmo prestador que impende um *dever de contratar*²⁴, fundado na essencialidade do serviço, que o obriga a contratar com quem quer que o solicite²⁵, salvo contadas excepções²⁶.

3) As Partes

Quanto às partes desta relação contratual, a Lei n.º 23/96 apresenta-as com clareza no seu art. 1.º: de um lado, o *prestador do serviço*, definido como “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos

²² Cfr. ERSAR, *Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal (2016): Volume 1 — Caracterização do setor de águas e resíduos*, 2016, pág. 17.

²³ O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, consubstancia um razoável espartilho à criatividade potencialmente abusiva das entidades predisponentes, ao mesmo tempo que determinadas normas previstas nos diplomas que regulam as actividades nos diferentes sectores estabelecem outros condicionalismos à livre fixação do conteúdo do contrato — exemplo acabado disto mesmo é o art. 48.º da Lei das Comunicações Electrónicas, que determina o conteúdo mínimo dos contratos de oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.

²⁴ Ver, por todos, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., págs. 273 e segs..

²⁵ Cfr. v.g. art. 59.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 194/2009.

²⁶ Cfr. art. 46.º/5 da Lei n.º 5/2004.



no n.º 2” (n.º 4); do outro, o *utente*, definido como a “pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo” (n.º 3). Como foi já adiantado, a lei não distingue, quanto aos destinatários dos serviços que elenca e “para os efeitos [nela] previstos” (art. 1.º/3), entre diferentes categorias de sujeitos, no que consubstancia uma extensão material da protecção tipicamente dirigida aos consumidores a quaisquer beneficiários do serviço prestado, façam dele um uso profissional ou não profissional²⁷. É interessante lembrar a este propósito que a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho²⁸ (Lei de Defesa do Consumidor), foram debatidas em conjunto na Assembleia da República, tendo sido apresentadas como “duas propostas de lei de protecção do consumidor”²⁹.

No que toca aos prestadores do serviço, tradicionalmente entidades públicas, estes são hoje, fruto dos movimentos de privatização e liberalização dos últimos anos, os mais variados: municípios em prestação directa do serviço (v.g. Município de Évora — águas e resíduos), empresas municipais (v.g. Águas

²⁷ FERNANDA MAÇÃS (*São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, 2008) faz, todavia, notar que, embora abrangente, o conceito de utente “não pode deixar de se considerar limitado pelo fim visado ou a razão de ser da protecção conferida aos utentes”, que é a de compensar o desequilíbrio de forças que normalmente se verifica entre o prestador do serviço e os utentes que utilizam tal serviço para acorrer às suas próprias necessidades, pelo que os *municípios*, enquanto responsáveis últimos pela prestação do serviço de fornecimento de água, ainda que através de um concessionário, não deverão ser considerados utentes para os efeitos previstos na Lei n.º 23/96, “uma vez que utente, neste caso, será o munícipe, seja pessoa singular ou colectiva, destine-se o serviço a uso doméstico ou profissional” (pág. 7).

²⁸ Diploma que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, algumas vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

²⁹ *Diário da Assembleia da República, I Série...*, cit., pág. 20.

de Coimbra — águas), sociedades anónimas (v.g. Galp Power, CTT e Valorsul — gás natural, serviços postais e resíduos, respectivamente), sociedades por quotas (v.g. Lycamobile Portugal — comunicações electrónicas), cooperativas (v.g. Coopérnico — energia eléctrica), entre outros. No fundo, qualquer entidade que preste estes serviços, “independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão” (art. 1.º/4 da Lei n.º 23/96).

4) Especial Protecção do Utente

A protecção do utente, a que a Lei n.º 23/96 expressamente se dedica e que decorre da essencialidade dos serviços a que se dirige e da consciência da assimetria de posições que tradicionalmente se verifica entre as partes contratantes, atravessa vários domínios, agrupáveis sob a luz de alguns princípios fundamentais, três dos quais com consagração naquela lei: *boa fé* (o prestador do serviço deve agir em conformidade com os ditames da boa fé, e consciente das exigências de serviço público que enquadram a sua actuação e da importância dos interesses dos utentes — cfr. art. 3.º); *continuidade* (a prestação do serviço não pode ser suspensa a não ser em casos especiais e, em regra, mediante pré-aviso adequado — cfr. art. 5.º); *qualidade* (a prestação do serviço deve reger-se por elevados padrões de qualidade que considerem o nível de satisfação dos utentes³⁰ — cfr. art. 7.º). Um espectro tutelar

³⁰ Sublinhando que a falta quase generalizada de consequências na lei especial para a inobservância destes padrões levará à aplicação das regras de direito comum, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Serviços Públicos...*, cit.) não hesita em afir-

que o art. 13.º remata com a consagração do *carácter injuntivo dos direitos* atribuídos aos utentes, determinando a *nullidade* de disposições convencionais que excluam ou limitem tais direitos, sem prejuízo da possibilidade de manutenção do contrato ferido se o utente assim o entender, e que o art. 14.º reforça com a *ressalva* de todas as disposições legais que concretamente se revelem mais favoráveis ao utente.

Se formos um pouco mais longe e, no quadro desta protecção generalizada de todos os utentes, destacarmos os *consumidores*, vemos que são estes, como se compreende, os melhor defendidos de eventuais consequências iníquas de uma execução contratual potencialmente desequilibrada. Alicerçando essa defesa, a Lei Fundamental portuguesa estabelece no seu art. 60.º/1 (integrante, note-se, do catálogo de direitos fundamentais, enquanto direito económico) que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos” — um direito fundamental articulado e desenvolvido na Lei de Defesa do Consumidor, que, depois de fazer impender sobre o Estado um dever geral de protecção dos consumidores “que pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos” (art. 1.º), e de considerar abrangidos no seu âmbito de aplicação designadamente os “serviços [...] prestados [...] por empresas concessionárias de serviços públicos” (art. 2.º/2), consagra no seu art. 16.º, à seme-

mar que “o fornecimento de serviços públicos essenciais em nível de qualidade inferior a um padrão elevado constitui cumprimento defeituoso, pelo qual o fornecedor é responsável, salvo se provar que a falta de qualidade lhe não é imputável” (pág. 135).

lhança da contemporânea Lei dos Serviços Públicos Essenciais e com formulação essencialmente idêntica, o carácter injuntivo dos direitos dos consumidores, determinando igualmente a nulidade de “qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei”, sem prejuízo do previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro³¹, e também da possibilidade da manutenção do contrato ferido se for essa a opção do consumidor.

A particular protecção dos utentes consumidores nota-se logo no art. 5.º/5 da Lei n.º 23/96, que aplica aos consumidores de serviços de comunicações electrónicas um regime de suspensão da prestação do serviço mais favorável relativamente aos demais utentes, aumentando a antecedência do pré-aviso em 10 dias, e também no seu art. 15.º/1, que impõe aos prestadores dos serviços a resolução arbitral dos litígios de consumo que venham a surgir se tal for a “opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares”, o que traz conhecidas vantagens ao consumidor, nomeadamente celeridade na resolução do litígio, a custos reduzidos ou mesmo sem custos³².

³¹ Diploma que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

³² Cfr. art. 10.º/3 da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, diploma que estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.



III. A Tutela do Prestador do Serviço

Depois de uma necessária contextualização, chega a altura de identificar algumas das soluções previstas no ordenamento jurídico português que podem acudir ao prestador no exercício da sua actividade. Uma análise que começa por olhar a conveniência da técnica da contratação por adesão, percorrendo depois o terreno dos institutos clássicos do direito privado eventualmente prestáveis nesta matéria, passando seguidamente pela sinalização de outros instrumentos que o ordenamento oferece e que potencialmente auxiliam o prestador do serviço na prossecução dos seus interesses comerciais, e que termina com uma apreciação dos meios processuais de que o prestador pode lançar mão para, no limite, alcançar a satisfação do seu crédito.

1) *Contratação por Adesão*

A *contratação por adesão*, manifestação jurídica de uma vida económica³³ marcada pela velocidade e pela massificação das relações comerciais, impondo uma contratação igualmente rápida e eficiente, caracterizada tecnicamente

³³ Não resistimos a recorrer aqui ao famoso e sugestivo subtítulo “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, utilizado por CARLOS MOTA PINTO num artigo sobre a matéria publicado em 1973.

pelo recurso às chamadas *cláusulas contratuais gerais*, apresentadas à consideração de todos os interessados (não exactamente ao debate, sem prejuízo de certas cláusulas especificamente acordadas entre as partes), constitui talvez a primeira linha de defesa de qualquer predisponente, categoria esta em que se inclui a generalidade dos prestadores de serviços públicos essenciais.

As vantagens para o predisponente são inúmeras e conhecidas, da celeridade que um modelo de “pegar ou largar”³⁴ traz à contratação e à sua multiplicação, ao eficaz acautelamento da posição contratual que o modelo permite, sobretudo tratando-se o aderente de outro empresário ou entidade equiparada, pelo facto de a esta relação contratual somente se aplicarem as proibições consagradas nos arts. 15.º a 19.º do regime das cláusulas contratuais gerais (v.g. cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave), e *não também* as constantes dos arts. 21.º e 22.º do mesmo regime (v.g. cláusulas que confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as disponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos), aplicáveis apenas quando o aderente é um consumidor.

A contratação por adesão permite assim ao *amplamente controlado* prestador do serviço público essencial *controlar* certos aspectos da execução do contrato, em ordem à sua própria protecção e ao restabelecimento (imagine-se) do

³⁴ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros: Direito Europeu e Português*, 2013, pág. 175.

equilíbrio contratual nesta fase. A título de exemplo, calculamos que para se precaver relativamente à prova do cumprimento da obrigação de advertência escrita do utente em caso de suspensão do serviço por mora, cujo ónus sobre ela recai (cfr. arts. 5.º/2 e 11.º/1 da Lei n.º 23/96) e que pode gerar discussão por força da falibilidade de muitos dos meios de comunicação habitualmente utilizados (v.g. a carta simples comporta um risco razoável de extravio), a EDP Comercial predispõe nas suas condições gerais de fornecimento de energia eléctrica e/ou gás natural a particulares³⁵ que cumprirá aquela obrigação por meio de “comunicação escrita, incluindo através de correio eletrónico no caso de o Cliente o ter disponibilizado previamente” (EDP 6.5 — itálico nosso), garantindo desta forma que o aderente aceita a idoneidade deste meio de comunicação para o efeito, cuja prova eventualmente se bastaria com o relatório do envio sem ocorrência de erros da comunicação a que a obrigação se refere, como se do registo de uma carta se tratasse.

2) *Institutos Clássicos*

Instituto secular do direito civil, a *mora* é provavelmente a primeira construção jurídica em que se pensa (talvez a par da *exceptio non adimpleti contractus*) quando se consideram os desafios comerciais de uma relação contratual em que se vende uma coisa e/ou presta um serviço mediante o correspondente pagamento de um preço. De uma forma clara, o art. 804.º do Código Civil (doravante “CC”) prevê que “a simples mora cons-

³⁵ Descarregadas em www.edp.pt, em 03/01/2017, às 15:10h.

titui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor”, ficando aquele, em regra, constituído em mora, acrescenta o art. 805.º/1 do mesmo Código, “depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir”. Assim, a partir do momento em que a factura é efectivamente entregue ao utente para pagamento do preço no prazo de, pelo menos, 10 dias úteis³⁶, fica aquele constituído em mora se tal prazo tiver decorrido sem que o pagamento tenha sido realizado, incorrendo, a partir desse momento, no pagamento dos correspondentes juros (cfr. art. 806.º/1 CC) — juros estes que, de harmonia com o art. 102.º/3.º e 4.º CCOM, terão a natureza de *juros comerciais*, à taxa supletiva actual de 7% (1.º semestre de 2017)³⁷.

A conversão da mora em incumprimento definitivo (v.g. por não ter sido realizada a prestação dentro do prazo razoável fixado pelo credor — cfr. art. 808.º/1 CC) é uma das situações

³⁶ Cfr. art. 10.º/3 da Lei n.º 23/96.

³⁷ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES (*Direito dos Contratos Comerciais*, 2014) defende que o regime dos juros comerciais deve aplicar-se no contexto de contratos bilateral ou unilateralmente comerciais, incluindo os celebrados com consumidores, embora admita que possa haver dúvidas relativamente a estes últimos por força do disposto no art. 2.º/2/a do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, que remete, quanto aos juros aplicáveis aos atrasos de pagamento em transacções comerciais, para o regime do Código Comercial, excluindo, todavia, os contratos celebrados com consumidores (pág. 237). O autor refere-se a um decreto-lei entretanto revogado (à excepção dos arts. 6.º e 8.º), mas o diploma que o revogou (o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio) mantém a referida exclusão do art. 2.º/2/a.

Dirigindo-se já ao vigente Decreto-Lei n.º 62/2013, JORGE MORAIS CARVALHO (*Limites das Taxas de Juro e Usura*, 2014) explica que este diploma mantém a exclusão do seu âmbito de aplicação dos contratos celebrados com consumidores, mas que, pelo facto de ter aditado um § 5.º ao art. 102.º do Código Comercial com regras próprias para o cálculo de juros moratórios respeitantes às transacções comerciais a que se aplica (o Decreto-Lei n.º 62/2013), tal significa que a disciplina desta matéria quanto às relações de consumo é a prevista no § 4.º do art. 102.º daquele Código (pág. 189, nota 13).



que faz entrar em equação a clássica excepção de não cumprimento do contrato, que confere a cada uma das partes num contrato bilateral que não preveja prazos diferentes para o cumprimento das prestações a faculdade de recusar a sua enquanto a outra parte “não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo” (art. 428.º/1 CC), o que decorre da sinalagmaticidade funcional do contrato bilateral, que traduz o nexo de reciprocidade que liga as prestações principais nele previstas. No que toca à nossa análise, tal permite ao prestador do serviço recusar a sua prestação enquanto o utente não realizar total ou parcialmente a que lhe cabe — mesmo nos casos do fornecimento de água, energia eléctrica ou gás natural, em que a simultaneidade do cumprimento não se verifica por força da diferente natureza das obrigações em causa (obrigação de cumprimento contínuo de fornecimento e obrigação periódica de pagamento do preço), a *exceptio* pode ser exercida pela parte que deva cumprir em segundo lugar (v.g. o prestador do serviço de fornecimento de energia eléctrica não pode deixar de cumprir primeiro, fornecendo durante um mês electricidade ao utente, mas poderá, se este não pagar o preço até ao limite do prazo previsto na interpelação admonitória, opor-lhe a excepção de não cumprimento do contrato até que ele cumpra)³⁸. É isto mesmo que prevê o art. 5.º da Lei n.º 23/96, disciplinando todavia o exercício do instituto em ordem à protecção do utente, nomeadamente através da imposição de uma antecedência mínima geral de 20 dias para a advertência escrita deste.

³⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2007, pág. 331, particularmente a nota 599. Ver também ADRIANO VAZ SERRA, *Excepção de Contrato Não Cumprido (Exceptio Non Adimpleti Contractus)*, 1957, págs. 21 e segs., particularmente a nota 10.

A *prescrição* é outro instituto tradicional do ordenamento jurídico-civilístico que, se imediatamente remete para um regime desfavorável ao credor (*dormientibus non succurrit jus*), não deixa de prever alguns aspectos que indirectamente o protegem, o que se verifica fundamentalmente por duas vias: por um lado, pela *necessidade de invocação* para que a prescrição opere (cfr. art. 303.º CC); por outro, pela *irrepetibilidade da prestação* realizada em cumprimento de uma obrigação prescrita (cfr. art. 304.º/2 CC). Assim, se tiverem passado seis meses sobre o momento em que o serviço foi prestado³⁹, o pagamento do preço continuará a ser devido enquanto obrigação civil⁴⁰, a não ser que o utente invoque a prescrição. E se o utente o pagar espontaneamente, ainda que por ignorância da prescrição ou para contrariar a suspensão da prestação do serviço⁴¹, o prestador verá o seu crédito validamente satisfeito, ou porque o devedor renunciou à prescrição (cfr. art. 302.º CC), ou pelo simples facto de a lei ainda considerar devida a prestação cujo cumprimento o devedor não recusou mediante a invocação da prescrição (cfr. art. 303.º do mesmo Código)⁴².

³⁹ Cfr. art. 10.º/1 da Lei n.º 23/96.

⁴⁰ Acompanhamos aqui MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1992), que sublinha que “de obrigação natural só pode falar-se depois de invocada a prescrição e absolvido por isso o devedor” (pág. 455). Ver também, a este propósito e do mesmo autor, *Teoria Geral das Obrigações*, 1966, pág. 91.

⁴¹ O “corte” corresponde ao exercício normal do direito que assiste ao prestador de fazer actuar a excepção de não cumprimento do contrato face à não realização da prestação correspondente, ainda exigível em razão da ineficácia da prescrição não invocada. Em sentido contrário, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., pág. 290.

⁴² Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 1987, anotação ao art. 304.º, pág. 276.

A *cláusula penal* é outro dos institutos em que naturalmente se pensa quando se investigam as linhas defensivas do prestador do serviço, uma vez que lhe dá a possibilidade de fixar antecipadamente o montante a pagar pelo utente em caso de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora deste (cfr. arts. 810.º e segs. CC), operando comumente na sua dimensão sancionatória, enquanto estímulo ao cumprimento. A espécie de cláusula penal em causa identifica-se por interpretação do contrato, podendo tratar-se de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização (liquidação prévia do dano — cfr. art. 810.º/1 CC), de uma cláusula penal em sentido estrito (compulsão e substituição da indemnização) ou ainda de uma cláusula penal puramente compulsória (compulsão e acréscimo à indemnização apurada nos termos gerais)⁴³. É habitual, como já referimos, o seu uso como meio coercivo — legítimo, ao abrigo da liberdade contratual, e sindicável pelas regras dos arts. 810.º/2 e 812.º CC (acessoriedade da cláusula e redução por exorbitância) —, encontrando-se exemplos nas condições gerais propostas pelos prestadores de serviços públicos essenciais de cláusulas penais *puramente compulsórias* (v.g. “sem prejuízo [...] do direito da MEO a cobrar juros de mora [nos termos gerais], o incumprimento, pelo cliente e por motivos ao mesmo imputáveis, da obrigação de pagamento atempado de faturas, confere à MEO o direito a cobrar, por cada ocorrência, uma indemnização de valor até € 5 (cinco euros)” — MEO 4.8⁴⁴).

⁴³ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, págs. 589 e segs..

⁴⁴ Condições gerais de prestação de serviços de comunicações electrónicas descarregadas em www.meo.pt, em 03/01/2017, às 15:17h.

A *caução*, garantia especial das obrigações (cfr. arts. 623.º e segs. CC), foi sempre utilizada pelos prestadores de serviços públicos essenciais para acautelar o incumprimento, na medida em que lhes permitia, nestes casos, garantir a satisfação do seu crédito por recurso ao montante entregue a esse título pelo obrigado. Desde 1999, todavia, com fundamento na ideia de que os prestadores estariam a fazer um uso desvirtuado da caução, o legislador veio expressamente restringir a possibilidade da sua utilização no âmbito de contratos celebrados com utentes *consumidores* às «situações de restabelecimento de fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor» (art. 2.º/1 do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho⁴⁵). O disposto no art. 95.º do Regulamento n.º 416/2016 da ERSE⁴⁶ é um bom exemplo do regime actualmente permitido, estabelecendo o n.º 1 que “os comercializadores e os comercializadores de último recurso retalhistas podem exigir aos seus clientes a prestação de caução a seu favor, para garantir o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de fornecimento de gás natural”, mas ressalvando logo o n.º 3 que “no caso dos clientes domésticos, [aqueles comercializadores] só têm o direito de exigir a prestação de caução nas situações de restabelecimento do fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao cliente».

⁴⁵ Diploma que estabelece o regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais previstos na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 7/2016, de 22 de Fevereiro.

⁴⁶ Regulamento de Relações Comerciais do Setor do Gás Natural, editado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Por último, o *abuso do direito*. Não raras vezes o utente desenvolve expedientes que impedem o prestador do serviço de realizar as diligências normais da sua actividade, com o objectivo de se eximir ao cumprimento de obrigações. Isto acontece, desde logo, no âmbito dos contratos de fornecimento de água, energia eléctrica ou gás natural, quando o acesso dos técnicos competentes aos equipamentos de medição se torna impossível por causa imputável ao utente. Se, por exemplo, aquando da extinção do contrato, o utente impedir durante seis meses a medição do consumo realizado por si até ao momento em que a relação contratual terminou, não poderá mais tarde invocar a prescrição do direito do prestador do serviço ao recebimento do respectivo preço, pois tal consubstanciará, como claramente se percebe, abuso do direito de invocar a prescrição, já que a demora do prestador em exigir o pagamento se deve simplesmente à má fé evidenciada pelo utente (cfr. art. 334.º CC).

3) Outros Instrumentos

Alguns dos instrumentos que o ordenamento jurídico empresta à defesa do prestador do serviço no âmbito da sua actividade comercial surgem articulados no seio dos diferentes diplomas sectoriais.

O art. 52.º-A da Lei n.º 5/2004 admite a *resolução automática* do contrato de prestação do serviço de comunicações electrónicas celebrado com assinantes consumidores uma vez “findo o período de 30 dias de suspensão [consequência da fal-

ta de pagamento de valores constantes de facturas até ao fim de um prazo adicional previamente concedido para o efeito] sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou sem que tenha sido celebrado um acordo de pagamento por escrito" (n.º 7). Uma solução que, de certa forma, beneficia o consumidor, prevenindo a acumulação de dívidas que este venha a ter dificuldade em solver, mas que, por isso mesmo, protege também a entidade prestadora do serviço, desvinculando-a automaticamente de uma relação já claudicante e potencialmente geradora de litígios.

A possibilidade de uma *recusa de contratar* no âmbito da prestação do serviço de fornecimento de água, ainda que em condições apertadas, é defendida por CÁTIA RAMOS MENDES⁴⁷: argumenta a autora que, existindo uma obrigação de pagamento não cumprida mas ainda exigível pelo prestador do serviço a certo utente, esse prestador possa recusar-se a contratar com o mesmo utente caso ele mude de imóvel, sob pena de violação do princípio da igualdade, considerando a posição dos utentes cumpridores — possibilidade que a própria lei admite também nos casos em que um novo utente solicita a contratação do serviço para certo imóvel, sendo manifesto que tal apenas serve para o utente devedor ao abrigo do contrato anterior incidente sobre o mesmo imóvel evitar o cumprimento da obrigação de pagamento que sobre ele ainda impende (cfr. art. 63.º/7 do Decreto-Lei n.º 194/2009). Também quanto à prestação do serviço de comunicações electrónicas fora do âmbito do serviço universal se prevê que "as empresas que ofe-

⁴⁷ CÁTIA RAMOS MENDES, *O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água*, 2015, pág. 34.

recem redes e serviços de comunicações electrónicas podem recusar a celebração de um contrato relativamente a um assinante que tenha quantias em dívida respeitantes a contratos anteriores celebrados com a mesma ou outra empresa, salvo se o assinante tiver invocado excepção de não cumprimento do contrato ou tiver reclamado ou impugnado a facturação apresentada” (art. 46.º/5 da Lei n.º 5/2004).

A chamada *cláusula de fidelização*, típica do sector das comunicações electrónicas, permite ao prestador exigir o pagamento de um montante que visa compensá-lo pelo prejuízo decorrente da diferença entre as vantagens patrimoniais que o utente teve na execução do contrato (v.g. desconto no preço a pagar mensalmente durante um ano) e os respectivos custos associados, no caso de o utente promover a cessação do contrato antes do fim do *período de fidelização* estipulado (normalmente vinte e quatro meses)⁴⁸. Este montante, cuja qualificação como *preço* ou *indenização* é questionada na doutrina⁴⁹, é habitualmente calculado por referência ao tempo que medeia entre o momento da cessação antecipada e o termo do período mínimo de vigência contratual estipulado, de acordo com o que estiver definido no contrato.

Uma dimensão importante da protecção do prestador do serviço diz respeito à *determinação do consumo associado a procedimento fraudulento*. Um aspecto que é tratado de

⁴⁸ A Lei das Comunicações Electrónicas refere-se a “encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização, por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais” (art. 48.º/2/c).

⁴⁹ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., pág. 110.

forma exemplar pelo Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro⁵⁰, a propósito dos procedimentos susceptíveis de “falsear a medição da energia eléctrica consumida ou da potência tomada” (art. 1.º/1) no contexto dos respectivos contratos de fornecimento. Depois de no seu art. 1.º/2 determinar que “qualquer procedimento fraudulento detectado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia eléctrica *presume-se*, salvo prova em contrário, imputável ao respectivo consumidor” (itálico nosso), o diploma vem oferecer, no art. 6.º/1, orientações para a “determinação do valor do consumo irregularmente feito”, estabelecendo que devem ter-se em conta “todos os factos relevantes para a estimativa do consumo real durante o período em que o acto fraudulento se manteve, designadamente as características da instalação de utilização, o seu regime de funcionamento, as leituras antecedentes, se as houver, e as leituras posteriores, sempre que necessário” — um regime que permite ao prestador a satisfação possível do seu crédito perante uma situação deste tipo.

4) Meios Processuais

Nesta matéria, o único aspecto que distingue o prestador de serviços públicos essenciais do comum dos credores é a restrição imposta pela *arbitragem necessária* consagrada no art. 15.º/1 da Lei n.º 23/96, que limita, nas condições que a nor-

⁵⁰ Diploma que estabelece medidas tendentes a evitar o consumo fraudulento de energia eléctrica.

ma prevê, as possibilidades do prestador em sede de resolução de litígios de consumo⁵¹.

De resto, e como é sabido, o ordenamento jurídico atribui a qualquer credor o direito de, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, “exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor” (art. 817.º CC), o que se opera pela chamada *acção creditória*, no quadro do princípio geral que determina que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora” (art. 601.º do mesmo Código).

Paralelamente, o Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro⁵², aprova o regime do chamado procedimento de *injunção*⁵³, procedimento especial que facilita a exigência do cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior a € 15.000,00 ou emergentes das transacções comerciais previstas no Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio⁵⁴ (cfr. art. 7.º do regime anexo), particularmente por conferir ao *secretário de justiça* competente o poder de apor a fórmula executória ao requerimento apresentado pelo credor, que assim passa a valer como *título executivo*, se o requerido

⁵¹ Cfr. *supra*, II/4.

⁵² Diploma que aprova o regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro.

⁵³ Procedimento instituído pelo Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de Dezembro, que o Decreto-Lei n.º 269/98 revogou.

⁵⁴ O regime da injunção refere-se a “transacções comerciais abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro”, diploma este que, como foi já mencionado, o Decreto-Lei n.º 62/2013 revogou quase na totalidade. Cfr. *supra*, nota 37.

não deduzir oposição à pretensão no prazo máximo de 15 dias a contar da sua notificação (cfr. arts. 12.º/1 e 14.º/1 do mesmo regime). Uma solução que possibilita ao credor a obtenção de um título executivo “de forma célere e simplificada” (preâmbulo do revogado Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de Dezembro).

De notar, todavia, que o prazo de que o prestador do serviço dispõe para propor a acção ou a injunção é de apenas seis meses, a contar da prestação do serviço ou do recebimento de pagamento inicial inferior ao que corresponde ao consumo efectuado (cfr. art. 10.º/4 da Lei n.º 23/96), prazo este que se suspende na pendência de procedimento de resolução extrajudicial do conflito (cfr. art. 15.º/2 do mesmo diploma).

IV. Conclusões

Tendo este estudo procedido a uma análise meramente ilustrativa dos instrumentos jurídicos que servem a defesa do prestador de serviços públicos essenciais no quadro da sua relação contratual com o utente, não poderá propriamente *concluir-se* pela constatação de um desequilíbrio ou de um reequilíbrio de forças entre as partes. Tal só seria possível, ainda que com algum risco, numa avaliação mais completa que comparasse ponto por ponto os potenciais problemas e as soluções previstas pelo ordenamento jurídico para o amparo de cada um dos contratantes.

Tradicionalmente, como foi referido, o desequilíbrio era claro em desfavor do utente, sobretudo se de um consumidor se tratasse, fruto da menor preparação negocial deste, da sua



falta de informação e da dependência decorrente da essencialidade do serviço. Consciente disso mesmo, o legislador foi prevendo sucessivas formas de o proteger nas suas fragilidades, consagrando, entre outros, o regime da Lei n.º 23/96.

Actualmente, em consequência desse esforço legislativo, parece-nos que a relação, na pior das hipóteses, ter-se-á *equilibrado*, ao menos no *plano jurídico*. Existe hoje uma clara protecção do utente, assumida expressamente pela Lei dos Serviços Públicos Essenciais, em parte por ela regulada e tratada quanto aos demais aspectos pelos vários diplomas sectoriais, a que acrescem, no caso dos utentes consumidores, os princípios e normas próprios do direito do consumo.

Neste cenário, o prestador do serviço, conservando embora a posição privilegiada que resulta particularmente da natureza essencial do serviço que presta, vê a liberdade de movimentos de que tradicionalmente dispunha limitada por todas as regras consagradas em ordem à protecção da outra parte. E parece-nos, pelo menos em face da pequena amostra que esta investigação apresenta, que, à excepção dos mecanismos gerais que o protegem, no fundo, como protegem qualquer credor, e de algumas soluções particulares, a *contratação por adesão* subsistirá como a sua grande ferramenta defensiva, permitindo-lhe predispor a seu favor, acautelar a sua posição no contrato e contratar em relativa segurança com os milhares de utentes com quem está obrigado a fazê-lo, prevenindo assim, nos limites impostos por lei, um desfecho menos favorável de potenciais milhares de conflitos de interesses.

Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de — *Curso de Direito Comercial, Volume I*. 9.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de — *Serviços Públicos, Contratos Privados*. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Volume II*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Págs. 117-143.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1966.
- *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*. 7.ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- ANTUNES, José A. Engrácia — *Direito dos Contratos Comerciais*. 3.ª Reimpressão da edição de Outubro de 2009. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- BARBOSA, Mafalda Miranda — *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?*. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 6 (2004), págs. 401-434.
- BRONZE, Fernando José — *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*. In BRONZE, Fernando José — *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Págs. 9-29.
- CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri — *Droit de la consommation*. 8^e Édition. Paris: Dalloz, 2010.
- CARDOSO, Elionora — *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



- CARVALHO, Jorge Morais — Limites das Taxas de Juro e Usura. In *Direito do Consumo* [Livro Electrónico]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014. Págs. 186-203.
- *Manual de Direito do Consumo*. 3.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- CORREIA, A. Ferrer — *Lições de Direito Comercial*, Vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973.
- ERSAR — *Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal (2016): Volume 1 — Caracterização do setor de águas e resíduos*. Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, 2016.
- GONÇALVES, Pedro — *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes — Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In *Estudos de Regulação Pública — I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Págs. 173-317.
- GOUVEIA, Rodrigo — *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes — *Código Civil Anotado*, Volume I. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- MAÇÃS, Fernanda — São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?. *Direito Regional e Local*. Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho. N.º 04 (2008), págs. 5-11.
- MENDES, Cátia Sofia Ramos — *O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água; sob a orientação de Jorge Morais Carvalho*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015. Dissertação de Mestrado.
- MONTEIRO, António Pinto — A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2 (2000), págs. 333-350.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota — *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz — Excepção de Contrato Não Cumprido (Exceptio Non Adimpleti Contractus). *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça. N.º 67 (1957), págs. 17-181.

SILVA, João Calvão da — *Banca, Bolsa e Seguros: Direito Europeu e Português*. 4.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

— *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Reimpressão da 4.ª Edição de Abril de 2002. Coimbra: Edições Almedina, 2007.



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	5
DOCTRINA	
CASINO LAW IN MACAU: FROM COMPETITION TO CONSUMER PROTECTION?	7
Alexandre L. Dias Pereira	
DIREITOS DO CONSUMIDOR NA COMPRA DE BENS DE CONSUMO	35
Jorge Morais Carvalho	
PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA RELAÇÃO DE INTERIORIDADE CONSTITUTIVA. OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	75
Mafalda Miranda Barbosa	
ARRENDAMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL E TERCEIROS	133
Mafalda Miranda Barbosa	
PIRATARIA NA LEI DA MODA: UM PARADOXO? PIRACY IN FASHION LAW: A PARADOX?	185
Maria Victória Rocha	
ANOTAÇÕES SOBRE O DEVER DE INDEMNIZAR, O DANO DE VIAGEM ARRUINADA E O DEVER DE COOPERAÇÃO.....	291
Felipe Comarela Milanez	
O SOBREENDIVIDAMENTO POR CRÉDITOS AO CONSUMO E OS PRESSUPOSTOS DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA	337
Francisco Arthur de Siqueira Muniz	
A TUTELA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	389
Pedro Falcão	
A TUTELA DOS CONSUMIDORES NAS PUBLICIDADES ENGANOSAS	423
Ka Long Lok	