

Processo: 2369/2007-7
Relator: VAZ GOMES
Descritores: CONTRATO DE FORNECIMENTO
CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS
PRESCRIÇÃO
REGIME APLICÁVEL
Nº do Documento: RL
Data do Acórdão: 20-09-2007
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE
Sumário: Não vindo demonstrado, não sendo alegado que a Autora seja concessionária de um serviço público de fornecimento de gás, não vindo alegados factos que permitam caracterizar a actividade da Autora como de serviço público (a Autora importa e comercializa produtos derivados do petróleo) não se demonstrando que o faz em regime de monopólio, não resultando que a Autora seja uma prestadora de serviço público de fornecimento de gás sujeita aos mencionados princípios de universalidade, igualdade, continuidade, mencionados na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, não estando assim minimamente caracterizado o “serviço público essencial”, por parte quer da actividade da Autora quer da prestação em concreto dos autos, não é possível aplicar à situação em apreço a disciplina da Lei 23/96.
(V.G.)
Decisão Texto Integral: Acordam os juízes na 2.ª secção (Cível) do Tribunal da Relação de Lisboa

I- RELATÓRIO

A autora acima identificada propôs contra a Ré a presente acção declarativa com processo comum ordinário que veio a ser distribuído à 12.ª vara cível, 3.ª secção do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, aos 31/03/05, pedindo a condenação da Ré a pagar-lhe a quantia de € 210.259,58, acrescida de juros de mora vincendos desde 23/03/05 sobre €159.744,07 à taxa de juro supletiva de 9,09% ou outra que venha a estar em vigor em suma alegando que no exercício da sua actividade comercial celebrou em 20/03/96 com a Ré um contrato pelo qual esta se obrigou a consumir nas suas instalações, gases de petróleo liquefeitos fornecidos pela BP ou por quem esta indicasse, obrigando-se a consumir um mínimo de 250 toneladas de gás e petróleo liquefeitos terminando o contrato quando a Ré adquirisse a quantidade total de 1.600 toneladas desse produto; tendo a Ré deixado de consumir gás fornecido pela Autora, passando a ser consumidora de gás natural a partir de 2001, tendo os consumos feitos pela Ré até 2001 alcançado 1.043,598 toneladas a Autora comunicou á Ré a rescisão do contrato por violação contratual, solicitando o pagamento de quantias em dinheiro previstas nas cláusulas 1, n.ºs 3 e 4, e 7.ª. que a Ré não pagou.

A Ré, citada, excepcionou a prescrição presuntiva de dois anos das quantias peticionadas, uso de cláusulas contratuais gerais abusivas, já que o que está em causa não é o pagamento de consumo de gás, antes e apenas o de quantias sancionatórias, abuso de posição dominante, e impugnou os factos. Deduziu incidente de valor dizendo que ao valor indicado de € 210.259,58 corresponde a taxa de justiça de 12 UC ou seja €1.068 e não de € 867,75 ou 9.75 UC que a Autora liquidou.

Houve Réplica, quanto ao incidente de valor suscitado pelo Réu dizendo que o não é já que a diferença para a taxa devida já a Autora a liquidou em 13/04/05, por depósito autónomo e no montante de € 200,25, para além de a Ré não ter liquidado (o que teria de fazer nos termos do n.º 1 do art.º 16 do CCJ) a taxa de justiça correspondente ao pretenso incidente e relativamente à matéria de excepção, sustentando a sua improcedência por o prazo de prescrição ser de 20 anos, mantendo a posição inicial.

Houve convite à Autora para aperfeiçoar a sua p.i., o que ocorreu a fls. 58 e ss. que notificado à Ré não mereceu qualquer referência

No saneador, entendeu-se que não estava verdadeiramente em causa o valor da acção, julgou-se improcedente a excepção peremptória de prescrição e relegou-se para final o conhecimento da excepção das cláusulas contratuais gerais

abusivas, tendo-se seleccionado a matéria assente a controvertida para julgamento.

Inconformada a Ré, recorreu da decisão do saneador, recebido como de apelação e subida a afinal onde conclui:

I. A recorrente viu indeferida a alegação de prescrição por si invocada;

II. A recorrente era utente de um serviço de fornecimento de gás;

III. A recorrida, BP-Portugal, encontrava-se contratualmente obrigada a fornecer esse serviço à recorrente;

IV. A possibilidade de exigir o pagamento por tal fornecimento prescreve nos termos do disposto pelo art.º 10 da Lei n.º 23/96 de 26 de Julho;

V. A decisão a quo violou assim a lei supra invocada deve se revogada e substituída por outras que afirme a procedência da prescrição.

Em contra-alegações a Ré em suma sustenta que o recurso não deve ser conhecido atento do disposto nos art.ºs 678, n.º 1 e 684 n.º 2 do CPC porque não coloca em crise a decisão do tribunal recorrido, para além de não ter concluído com indicação dos fundamentos por que pede a alteração da decisão; nada dizendo o recorrente no corpo das alegações em contrário do decidido sobre determinada questão, conforma-se com ela e a decisão transita.

Instruídos os autos, efectuado o julgamento, decidiu-se a matéria de facto aos 28/06/06, em sessão a que os ilustre mandatários não estiveram presentes, não tendo havido reclamações.

Inconformada com a *sentença de 13/10/06* que julgou a acção procedente, dela recorreu a Ré onde conclui:

a. Nos termos do disposto na Lei n.º 22/96 de 26/07, pelo seu art.º 8, são proibidos os consumos mínimos, sendo certo que a empresa em questão é consumidora e não revendedora de gás;

b. A cláusula subjacente à condenação da Ré impunha um determinado montante de gás consumido, em toneladas, sem o qual se impunha a resolução do contrato com a concomitante desproporcional penalização;

c. Estando proibida a estatuição contratual de um consumo mínimo, a consequência do seu incumprimento é, por sua vez, nula;

d. Por outro lado, a desproporcionalidade decorre de um juízo, não podendo ser resultado de um facto, ou seja,

e. Ao contrário do afirmado na sentença ora em crise, não faz sentido afirmar que a Ré não logrou provar, pois todos os factos se encontram devidamente comprovados, a saber;

f. O valor do investimento em immobilizado realizado e o valor da indemnização, pois o que estaria em causa seria a diferença entre estes dois elementos;

g. E é, manifestamente, desproporcional, nunca podendo afirmar-se ser “prejuízo” todo o consumo não facturado, durante o período de vigência do contrato, termos em que por violação do art.º 8 da Lei n.º 22/96, bem como os art.ºs 799, 810 e 813 do Código Civil, havendo, na posição da Ré, que ser revogada a sentença e substituída de acordo com a equidade, possibilitando o pagamento dos efectivos prejuízos, com o investimento realizado e não com o petitionado, reduzindo-se o respectivo valor.

Em contra-alegações a recorrida em suma sustenta que os factos trazidos a julgamento não se enquadram no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais do DL 446/85, de 25/10. A BP não é concessionária de nenhum serviço público, entendido como “tarefa pública de natureza económica”, nem a actividade exercida pela Autora se pode encaixar no conceito de serviço público, a Ré faltou culposamente ao cumprimento do contrato e tendo as partes estabelecido cláusula penal caberia à recorrente a alegação e a prova de factos

que permitissem concluir pela desproporcionalidade em conformidade com os art.ºs 405, n.º 1, a 810, n.º 2 e 343 do CCiv. AS alegações não deveriam ser admitidas dado não colocar em crise a decisão recorrida além do que nas conclusões deveria ter concluído pela indicação dos fundamentos porque pede a alteração da decisão o que não faz dado que se alicerça na pretensa violação da Lei 22/96; não dizendo no corpo das alegações nada em contrário ao decidido em determinada questão é porque com ela se conforma, transitando a decisão em julgado.

Recebidos os recursos, foram os autos a vistos nada obstando ao conhecimento dos recursos.

Questões a resolver.

Na 1.ª apelação: Saber se ocorre a prescrição presuntiva ou se o recurso não deve ser conhecido:

Na 2.ª apelação: saber se a sentença violou o disposto no art.º 8 da Lei 23/96 de 26/07 que proíbe os consumos mínimos, sendo conseqüentemente nula a cláusula contratual que impõe tais consumos e se ocorre a desproporcionalidade da mesma cláusula com a conseqüente redução do montante indemnizatório a fixar.

II – FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A sentença recorrida deu como assentes os seguintes factos que a recorrente não impugna:

1. A A. é uma sociedade comercial que tem por objecto a importação e comercialização de produtos derivados do petróleo (al. A) dos Factos Assentes);

2. Em 20.03.96, por escrito, que subscreveram e intitularam de “Contrato de Fornecimento de Gás”, a A., por um lado, ali identificada como Companhia e a R. por outro, ali identificada como Consumidor, declararam que:

“(…)

Artigo 1º

1. A Companhia, ou quem esta indicar, compromete-se a fornecer ao Consumidor, que se compromete a adquirir, gases de petróleo liquefeito, no local e nos termos e quantidades estatuídos no presente contrato.

2. A solicitação do Consumidor, a Companhia obriga-se a promover a montagem nas instalações do Consumidor, sitas na Zona Industrial do Casal da Areia, freguesia do Cós, concelho de Alcobaça, distrito de Leiria, de uma instalação destinada exclusivamente a gases de petróleo liquefeito, no valor de Esc. 3.500.000\$00 (três milhões e quinhentos mil escudos). A instalação será integrada pelo equipamento que se passa a discriminar: um depósito superficial com a capacidade de 10 toneladas (22,2 m³), tubagem de aço e cobre, válvulas, redutores e demais acessórios, para ligação a diverso equipamento de queima.

3. Com a finalidade de promover o fomento de vendas, a Companhia entregou ao Consumidor, contra recibo, a quantia de Esc. 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos), acrescida de 17% de IVA, quantia que o Consumidor declara expressamente ter recebido.

4. Será entregue pela Companhia, contra quitação e no decorrer do presente contrato, gás para usar nas citadas instalações, correspondente a um total de 4.000.000\$00 (quatro milhões de escudos), acrescidos de 17% de IVA.

“(…)

Artigo 3º

1. Constituem obrigações do consumidor:

a) Consumir, na instalação a que se refere o artigo 1º, gases de petróleo liquefeito fornecidos pela Companhia ou por quem esta indicar;

b) Consumir, na instalação a que se refere o artigo 1º, um mínimo anual de 250 toneladas de gases de petróleo liquefeito.

(...)

Artigo 6º

1. O presente contrato termina na data em que o consumidor adquira à Companhia a quantidade total de 1.600 toneladas de gás de petróleo liquefeito.

Artigo 7º

1. A falta de cumprimento de qualquer das obrigações assumidas no presente contrato dará à parte não faltosa, independentemente do direito de receber uma indemnização, nos termos gerais, a faculdade de resolver o contrato;

2. No caso de rescisão do contrato pela Companhia, nos termos nele previstos este terá direito:

a) A receber uma indemnização igual ao consumo total previsto no artigo 6º menos o consumo real, vezes a margem de comercialização média do último ano do contrato;

b) À devolução imediata das quantias em dinheiro e em gás previstas no nº 3 e 4 do artigo 1º, proporcional às toneladas não adquiridas;

c) À devolução imediata do depósito de armazenagem, com todas as despesas inerentes suportadas pelo Consumidor;

d) À devolução ou não, conforme a Companhia o pretenda, das canalizações, válvulas, redutores e demais acessórios constitutivos de instalação, com todas as despesas inerentes suportadas pelo Consumidor.

Caso a Companhia não tenha interesse na devolução, será indemnizada pelo valor desse material, que desde já se fixa em Esc. 1.400.00\$00.

3. A Companhia só poderá invocar o incumprimento da obrigação de consumo mínimo por parte do Consumidor, prevista no presente contrato como causa justificativa de rescisão do contrato, se as quantidades consumidas forem inferiores a 75% do mínimo previsto no nº 1, alínea b) do artigo 3º.

(...)” (al. B) dos Factos Assentes);

3. A Autora procedeu à montagem, nas instalações da Ré, de depósitos destinados a gases de petróleo liquefeitos no valor de Esc. 3.500.000\$00 (€17.457,43) (al. C) dos Factos Assentes);

4. A Ré, no dia 21.05.1996, declarou, por escrito, ter recebido da Autora, a título de publicidade e promoção a quantia de 4.000.000\$00 (€19.951,91), acrescida de IVA (al. D) dos Factos Assentes);

5. A partir de 2001, a Ré deixou de consumir gás fornecido pela Autora (al. E) dos Factos Assentes);

6. Entre 1996 e 2001, os consumos feitos pela Ré de gás de petróleo liquefeito foram de 1.043,598 toneladas (al. F) dos Factos Assentes);

7. A Ré, no ano de 2000 adquiriu à Autora 107.280 toneladas, no valor de Esc. 5.787.278\$00, sendo a margem de comercialização de Esc. 53.000\$00 (al. G) dos Factos Assentes);

8. A Autora, em 04.07.2002, enviou uma carta À Ré, nos termos da qual:

“(...) vimos pela presente comunicar que rescindimos o contrato de fornecimentos de gás celebrados com V. Ex^a.s, datado de 20.03.1996, uma vez que V. Ex^as se mantêm em claro incumprimento contratual, nomeadamente das cláusulas de consumo mínimo de gás previstas no mesmo.

Assim, e ao abrigo da cláusula 7ª solicitamos o pagamento das seguintes quantias:

a) €147.092,03 – proporcional às toneladas de gás não adquiridas (cfr. claus. 7ª, nº 2, al. a);

b) €3.469,15 – promoção de vendas (cfr. claus. 1ª, nº 3);

c) €6.938,30 – gás fornecido (cfr. clau. 1ª, nº 4)

d) €2.244,59 – despesas de remoção do equipamento (cfr. claus. 7ª, nº 2, alín.c)

(...)

Aguardamos o contacto de V. Exª.s pelo prazo de 8 dias úteis, findo o qual, na ausência de resposta intentaremos a competente acção judicial.

(...)”(al. H) dos Factos Assentes);

9. A Autora, em 09.04.2003, enviou uma carta à Ré, nos termos da qual:

“(...

Na sequência das conversações havidas, bem como da reunião realizada em 07.08.2001, vimos pela presente missiva comunicar que rescindimos o contrato de fornecimento de gás celebrado com V. Exª.s, datado de 20.03.1996, uma vez que V. Exª.s se mantêm em claro incumprimento contratual, nomeadamente das cláusulas de consumo mínimo de gás previstas no mesmo. Assim, e ao abrigo da cláusula 7ª solicitamos o pagamento das seguintes quantias:

a) €147.092,03 – proporcional às toneladas de gás não adquiridas (cfr. clus. 7ª, nº 2, al.a));

b) €3.469,15 – promoção de vendas (cfr. claus. 1ª, nº 3);

c) €6.938,30 – gás fornecido (cfr. claus. 1ª, nº 4)

d) €2.244,59 – despesas de remoção do equipamento (cfr. claus. 7ª, nº 2, al. c))

(...)

Aguardamos o contacto de V. Exª.s pelo prazo de 8 dias úteis, findo o qual, na ausência de resposta intentaremos a competente acção judicial.

(...)” (al. I) dos Factos Assentes);

10. A Autora e a Ré, antes de subscreverem o escrito referido em B) conversaram sobre o teor dos artigos 1º e 3º do aludido escrito, tendo vindo a acordar na sua redacção (resp. ao quesito 1º e único da Base Instrutória).

III – FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

A Apelação interposta do sanedor sobre a matéria da prescrição

Entendeu-se na sentença em suma: “(...)A prescrição prevista no art.º 317 do Cód Civil tem como elementos constitutivos: a) o prazo decorrido de dois anos após os objectos vendidos; b) Não ser o devedor comerciante ou, sendo-o, não ter destinado tais objectos ao comércio. Diga-se contudo, que a prescrição prevista no art.º 317 trata-se de uma prescrição presuntiva, ou seja, baseia-se na presunção de cumprimento, apenas fazendo presumir o pagamento pelo decurso do prazo (art.º 312 do CPC) e pode ser ilidida por confissão judicial ou extrajudicial (se realizada por escrito- art.º 313), sendo que, nos termos do art.º 314 “considera-se confessada a dívida, se o devedor se recusar a depor ou a prestar juramento no tribunal, ou praticar em juízo actos incompatíveis com a presunção de cumprimento.” Como é sabido as prescrições presuntivas explicam-se pelo facto de as obrigações a que respeitam costumarem ser pagas em prazo bastante curto e não se exigir, por via de regra, quitação ou pelo menos não se conservar por muito tempo essa quitação (Almeida Costa Direito das Obrigações, pp.820) Este tipo de presunções destinam-se a proteger o devedor contra o risco de satisfazer duas vezes dívidas de que não é usual exibir recibo ou guardá-lo durante muito tempo (vide Antunes Varela, in RLJ, ano 103.º, pp 254). (...) Se a prescrição é extintiva, o devedor não necessita de alegar que nunca deveu ou que já pagou, bastando-lhe invocar o decurso do prazo. Mas se

a prescrição é apenas presuntiva (prescrição de curto prazo) o devedor só pode beneficiar dela desde que alegue que pagou, ou que, por outro motivo, a obrigação se extinguiu, não lhe bastando invocar o decurso do prazo. (...)O direito à indemnização que aqui está em causa, deriva do não cumprimento de obrigações decorrentes da celebração do contrato de fornecimento (responsabilidade contratual) aplicando-se o prazo estatuído no art.º 309 do Cód. Civil ou seja vinte anos (neste sentido vide Acs da RE de 08/05/74, in BMJ 237, 314 e de 13/01/1997, in BMJ 265, 291). Assim atendendo à data da celebração do contrato e ao facto que o alegado incumprimento, obviamente se deu em momento posterior, nunca se poderá dizer que o prazo prescricional haja sido ultrapassado.”

Contra este entendimento se rebela a Ré que no essencial diz que a prescrição que excepcionou não é a prescrição presuntiva mas ante a do art.º 10 da Lei 23/96 de 26/07, porquanto a Ré é uma utente, nos termos do art.º 1.º, n.º 3 do citado diploma, não sendo produtora, revendedora de gás antes utilizadora final do serviço prestado, prescrevendo o direito de exigir o pagamento seis meses após a sua prestação.

Nas contra-alegações, seu corpo, a recorrida sustenta que a BP não é concessionária de nenhum serviço público, entendida esta como tarefa pública de natureza económica, nem a sua actividade se pode encaixar no conceito de serviço público, dado ser uma sociedade privada que prossegue interesses privados, mais referindo que a prescrição é presuntiva.

Em primeiro lugar dir-se-á que a circunstância de a Ré na sua contestação não ter invocado uma única norma para fundamentar o seu direito, e a circunstância de terem sido invocadas, apreciadas e interpretadas certas normas jurídicas na decisão recorrida que não aquelas que a recorrente invoca agora em sede de recurso, não impede que o Tribunal de recurso faça a correcta subsunção interpretação e aplicação das normas ao caso concreto, pois trata-se de matéria de direito relativamente à qual o Tribunal não está dependente das alegações das partes por força do disposto no art.º 664 do CPC.

Dispõe o art.º 1.º da Lei n.º 23/96 de 26/07, seu número um: *“A presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente.”* O n.º 2 especifica quais os serviços públicos abrangido neles se incluindo na alínea d) *“o serviço de fornecimento de gás.”*

O n.º 3 por seu turno estatui: *“Considera-se utente, para os efeitos previstos neste diploma, a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-lo.”*

A recorrente Ré é uma pessoa colectiva num sentido amplo que engloba também as Sociedades comerciais. A Autora, recorrida, diz e bem que não é concessionária de um serviço público. Poderá considerar-se que a sua actividade é a de prestação de um serviço público de fornecimento de gás?

O art.º 81 em conjugação com o art.º 9 alínea d) da CRP define como tarefas prioritárias do Estado no âmbito económico e social a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação de direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e soais. A promoção do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, não só se justifica mas também pode exigir a garantia de prestação universal de certos serviços básicos, como água, energia, transportes públicos, telecomunicações, serviços postais, para além dos que são garantidos como direitos fundamentais como a saúde, a segurança social, o ensino, seja por iniciativa dos próprios poderes públicos (serviços públicos stricto sensu) seja pelas empresas privadas, com *“obrigações de serviço público”*. Os serviços públicos, em sentido lato ou os serviços de interesse económicos geral (SIEG) constituem um elemento essencial do Estado social e do modelo social europeu.

No tocante às empresas privadas o art. 86, n.º 1 da CRP dispõe que o Estado não só incentiva a actividade empresarial das pequenas e médias empresas como fiscaliza o cumprimento das suas obrigações leais, em especial das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.

A noção de actividades de interesse económico geral que foi introduzida na CRP pela revisão de 1997, tem aparentemente, a sua origem na designação de “serviços de interesse económico geral” (SIEG) que consta dos art.ºs 16 e 86, n.º 2 do Tratado das Comunidades Europeias. Na Constituição económica europeia, é um conceito que pretendeu abarcar as empresas de serviço público e em geral as empresas encarregadas de missões de interesse público, por produzirem bens e serviços essenciais ou de importância considerável para o bem estar individual e colectivo, e esses SIEG tanto podiam estar a cargo de empresas públicas como de empresas privadas, neste caso mediante arranjos institucionais com o Estado designadamente pela concessão. O que caracteriza os SIEG (tal como os serviços públicos tradicionais) é o facto de eles estarem programados para garantir a satisfação das necessidades dos utentes, à margem das regras comuns do mercado, ou seja as obrigações de serviço público (OSP) normalmente associadas aos SIEG e que passam pelas regras de garantia de abastecimento, da disponibilidade para todos (serviço universal) do preço acessível (quando não da gratuidade), tornando-se necessário encarregar empresas públicas dessa missão ou contratualizá-la com empresas privadas mediante concessão ou através de outras formas, prevendo também o modo de financiamento do serviço através de taxas pagas pelos utentes ou transferências orçamentais.^[1]

Tanto no caso dos interesses económicos gerais, como no dos serviços públicos essenciais (conceito de menor latitude e englobado naqueloutro), estão em causa os direitos dos consumidores, cuja garantia constitucional (art.º 60) se encontra em sede de direitos fundamentais depois dos direitos dos trabalhadores e antes das normas referentes à garantia de iniciativa económica e do direito de propriedade. Não sendo definido constitucionalmente o conceito de consumidor, os destinatários da norma são por um lado os fornecedores de bens e de serviços, o Estado e por outro o consumidor final enquanto tal, que adquire a fornecedores profissionais bens e serviços para uso e fruição própria ou alheira e não para uso profissional, abrangendo-se não só o consumidor de bens ou serviços fornecidos por entidades privadas como os utentes de serviços públicos.

Este intróito para chegarmos aos conceitos de serviço público essencial e utente da Lei 23/96

O utente ali referido, seja ele pessoa colectiva ou privada parece ser o consumidor final. Na exposição de motivos da Proposta de Lei 20/VII, aprovada em Conselho de Ministros de 28/03/1996, publicada no DR II série 33, de 04/04/1996 pode ler-se:

«É tarefa do Estado prover à satisfação de necessidades essenciais e contribuir para o bem estar e a qualidade de vida de todos. (...).

O presente diploma tem em vista o regime jurídico de serviços públicos essenciais. Nas sociedades modernas, os serviços de fornecimento de água, gás, electricidade e telefone, exigem especial atenção do legislador, atenta a sua especial natureza e características. É em relação a estes serviços que mais se justifica, desde já, a intervenção do legislador, em ordem à protecção do utente dos mesmos.

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 e caracterizam-se tendencialmente pela sua universalidade, por serem prestados em regime de monopólio (local, regional ou até nacional) e por deverem atender a envolventes especiais, que não a mera óptica comercial ou economicista.

Isso implica que a prestação de serviços públicos essenciais deva estar sujeita ao respeito por certos princípios fundamentais, em conformidade com a índole e as características desses serviços – princípio da universalidade, igualdade, continuidade, imparcialidade, adaptação às necessidades e bom funcionamento - assim como implica que ao utente sejam reconhecidos especiais direitos e à contraparte, impostas algumas limitações à sua liberdade contratual.

A necessidade de proteger o utente é maior quando ele não passa de mero

consumidor final. Mas isso não significa que o legislador deva restringir o âmbito deste diploma a tal situação. Encara-se o problema em termos gerais, independentemente da qualidade em que intervém o utente de serviços públicos essenciais, sem prejuízo de se reconhecer que é a protecção do consumidor a principal razão que justifica este diploma e de nele se consagrar uma protecção acrescida para o consumidor quando é caso disso. (...)»

É verdade que no contrato de fornecimento de gás constante de fls. 6 a 10 a Ré é designada por Consumidora, mas daí não decorre que ela possa ser consumidora final ou utente nos termos e para os efeitos da Lei 23/96 se refere desde logo pela consagração de uma série de direitos que aos utentes assistem no sentido de serem consultadas quanto aos actos de definição de enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais actos a celebrar entre o Estado e as entidades concessionárias (art.º 2.º), de serem informados das condições em que o serviço é fornecido (art.º 4.º) de abastecimento continuado à excepção dos casos fortuitos ou de força maior (art.º 5.º), de não lhes serem impostos e cobrados consumos mínimos (art.º 8.º), prescrição prescritiva de curto prazo (art.º 10.º). imparcialidade, adaptação às necessidades e bom funcionamento dos serviços de fornecimento de gaz.

Ora, resulta do contrato que a BP se obriga a, entre outras coisas, fornecer à Ré no mínimo 250 toneladas/ano de gaz de petróleo liquefeito, nos termos das Condições de Fornecimento e máximo de 1.600 toneladas altura em que termina o contrato, sendo obrigação da Ré Consumidora adquiri-lo. A BP promove a montagem nas instalações da Ré de uma instalação exclusivamente destinada a conter e ministrar gases liquefeitos de petróleo aos aparelhos de consumo destes. Também resulta do contrato que o fornecimento de gaz poderia ser feito por terceiro, o que retira, desde logo a feição de fornecimento em termos de monopólio regional, local ou nacional ao fornecimento dos autos.

Ainda que se pudesse considerar a Ré como consumidora final e por conseguinte uma “utente” nos termos daquela Lei, importaria caracterizar o fornecimento desse gaz como o de um serviço público essencial. Não vem demonstrado, não é alegado que a Autora seja concessionária de um serviço público de fornecimento de gaz; também não vêm alegados factos que permitam caracterizar a actividade da Autora como de serviço público: a Autora importa e comercializa produtos derivados do petróleo (alínea A) dos factos assentes). Não se demonstra que o faz em regime de monopólio.

Não resulta dos factos provados que a Autora seja uma prestadora de serviço público de fornecimento de gaz sujeita aos mencionados princípios de universalidade, igualdade, continuidade, mencionados na Exposição de Motivos da Proposta de Lei.

Não está assim minimamente caracterizado o “serviço público essencial”, por parte quer da actividade da Autora quer da prestação em concreto dos autos.

Ainda que se considerasse, o que se não concebe pelas razões acima referidas, aplicável a Lei 23/96 de 26/07 não seria aplicável o prazo prescricional que entendemos ser extintivo previsto no art.º 10.º, dessa Lei, porquanto o que está em causa nesta acção não é o pagamento do preço do serviço prestado, antes as consequências contratualmente previstas para a resolução com justa causa do contrato (art.º 7 do contrato, fls. 9), e como bem se diz na sentença, já não está em causa o cumprimento do contrato, o interesse contratual positivo, mas sim os deveres da Ré subsequentes à resolução contratual, o ressarcimento ou a indemnização pelo interesse contratual negativo situação não contemplada na prescrição presuntiva de dois anos do art.º 317 nem na prescrição extintiva de 5 anos da alínea g) do art.º 310 do CCiv, razões pelas quais o prazo de prescrição é o ordinário de vinte anos previsto no art.º 309 do CCiv.

Soçobra assim a 1.ª apelação da Ré.

Saber se a sentença violou o disposto no art.º 8 da Lei 23/96 de 26/07 que proíbe os consumos mínimos, sendo consequentemente nula a cláusula contratual que impõe tais consumos e se ocorre a desproporcionalidade da mesma cláusula com a consequente redução do montante indemnizatório a fixar

Relativamente ao art.º 8.º da Lei 23/96 de 26/07, porque, já o dissemos acima,

esta Lei não tem aplicação ao caso concreto, pelas razões referidas, também não há que levar em conta a proibição da imposição e cobrança de consumos mínimos do art.º 8.º da mesma Lei.

As partes acordaram efectivamente na obrigação da Ré consumir anualmente o mínimo de 250T de gases de petróleo liquefeito a fornecer pela Autora nos termos contratuais (art.ºs 1.º/1 e 3/1/b do Contrato). Estas cláusulas não foram impostas, como sugerido na contestação, pela Autora BP, já que as mesmas foram precedidas de conversações e negociação o que resulta da resposta dada ao art.º 1.º da Base Instrutória. Aliás, a elaboração do art.º 1.º da Base Instrutória foi justificada no despacho saneador nos seguintes termos: “(...) A Ré defende que é abusivo o conteúdo da cláusula 3.ª, n.º 1, alínea b), pois impõe contratualmente o consumo, tendo a Autora alegado que o contrato foi precedido de negociações, tendo as partes chegado a um consenso(...) Assim carecendo de prova se a cláusula ora posta em crise resultou da não negociação como alega a Autora ou se foi imposta à Ré como esta afirma, os autos não contêm os elementos necessários para que se possa conhecer da alegada existência da cláusula abusiva, pelo que se passará à selecção da matéria de facto.”

O regime do DL 446/85 de 25/10 tem o seu campo de eleição nos conhecidos contratos de adesão, pré-formatados por uma das partes e relativamente ao qual não há qualquer tipo de negociação prévia das cláusulas gerais ou específicas - isto resulta linearmente do art.º 1 do diploma em causa.

A resposta dada ao art.º 1.º da Base Instrutória permite afastar a aplicação da mencionado DL 446/85, tal como se decidiu na sentença.

Uma empresa que se dedica à importação e comercialização de produtos derivados do petróleo, nele abrangido o gaz de petróleo liquefeito é sem sombra de dúvida uma empresa comercial que para os efeitos do art.º 230, n.º 2, do Código Comercial (doravante designado pela sigla CCom) pratica actos de comércio objectivos quer de aquisição quer de comercialização (que num sentido lato engloba a venda ou revenda) desses produtos derivados do petróleo. E embora “o contrato de fornecimento” não seja um típico contrato especial do comércio, como tal previsto no CCom, o mesmo tem algumas afinidades com outros contratos ali previstos designadamente com o contrato de compra e venda comercial (art.º 463 do CCom), ainda que a ele se não reconduza na íntegra.

O contrato de fornecimento de gaz é um contrato legalmente atípico, com o natural contributo de tipos já conhecidos e consagrados na lei, e não de um contrato típico de compra e venda.

Considerando, portanto, os efeitos e as obrigações principais típicas que emergem de um contrato de compra e venda - cujo efeito essencial consiste na transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito, incumbindo ao vendedor entregar a coisa e ao comprador pagar o preço - é necessariamente inadequado o regime legal desse contrato tipo para regular a relação contratual em causa duradoura no tempo e com especificidades de contrato de prestação de serviços por parte da Autora no tocante à instalação para receber o gaz.

De todo o modo, face às cláusulas do contrato em análise, a resolução deste é plenamente permitida, válida e eficaz, sem prazo admonitório.

Os factos provados mostram um motivo de resolução por justa causa de tal contrato duradouro, já que é de todo evidente a existência de uma justificada perda de confiança por parte da Autora na capacidade da Ré para um exacto cumprimento futuro do programa contratual (cfr. *Baptista Machado. Rev. Leg. Jur., ano 118, pág. 276, que também refere em Obra Dispersa, Vol I, Associação Jurídica de Braga, pág. 132*). Tendo em conta o conteúdo particular do contrato em causa, não há dúvida de que o cumprimento da obrigação de um consumo anual, revestia primordial importância, sendo certo que a Ré em 2000 adquiriu à Autora 107.280 Kgrs, muito abaixo dos 250.000 Kgs a cujo consumo se obrigara e depois, rompendo a fidelização em 2001, deixando de consumir o gás fornecido pela Autora.

A par da obrigação de exclusividade, esta era a obrigação principal que para a Autora emergia do contrato, determinante da contrapartida que a Ré recebeu

(PTE 2.000.000,00 acrescida de 17% de IVA com a finalidade de promover o fomento das vendas - art.º 1/3 e- e gás correspondente a PTE 4.000.000,00 acrescido de IVA –art.º 1.º, n.º 4).

A Ré recebeu no dia 21/05/96 a quantia de 4.000.000\$00 ou € 19.951,91 –alínea D) dos factos assentes como contrapartida do assim clausulado, mas a partir de 2001 deixou de comprar a quantidade de gaz a que se tinha comprometido.

A Ré recorrente violou, culposamente, a obrigação de consumo de gaz nos termos previstos no contrato que celebrou com a A.

Tal violação contratual positiva grave implica a existência num contrato duradouro de uma "justa causa de resolução".

É desproporcional a indemnização contratualmente fixada e sentenciada, tendo sido violado o disposto nos art.ºs 810 e 813 do CCiv

Estamos sem dúvida no tocante ao art.º 7, n.º 2, alíneas a) e b) no campo da cláusula penal (não sujeita ao DL 446/85, de 25/10 como bem se diz na sentença recorrida, formalmente válida atento o disposto nos art.ºs 810 e 219 do CCiv).

Pede a Autora no âmbito do art.º 7, n.º 2, alínea a) a quantia de € 147.092,03 que é o proporcional às toneladas de gaz não adquiridas: 1.600 toneladas - 1.043,598X margem de comercialização média do último ano do contrato.

Por essa cláusula a BP irá receber por via da resolução contratual o preço de todo o petróleo que seria fornecido à Ré como se o mesmo tivesse realmente sido fornecido. Mas já dissemos que não estamos no domínio do DL 446/85, não podendo falar-se em nulidade de cláusula contratual abusiva, conclusão a que a sentença recorrida também chegou.

O art.º 812 do CCiv permite a redução equitativa da cláusula penal “quando for manifestamente excessiva.”

Tem o instituto da cláusula penal tal, como ele é disciplinado no direito português, uma dupla função cominatória, sancionatória (convencendo as partes ao cumprimento pontual do contrato), por um lado e ressarcitória (em que as partes salvo convenção em contrário, estipulam um valor fixo invariável, a *forfait* da indemnização a favor de qualquer dela ou de uma delas no caso de incumprimento imperfeito, defeituoso ou definitivo do contrato pela outra), por outro.^[2]

Alguns autores costumam integrar a cláusula penal no campo mais vasto das convenções sobre responsabilidade a par das convenções de exclusão (proibidas nos termos do art.º 809 do CCiv) de agravamento e de limitação de responsabilidade.

No caso em concreto não nos parece estarmos em face de qualquer cláusula de agravamento ou limitativa da responsabilidade (circunstância em que ao credor incumbia o ónus de alegação e prova dos respectivos danos até ao valor convencionado), pois as partes estipularam um montante fixo, determinável (por via de recurso ao valor de comercialização média do último ano do contrato) de indemnização para o caso de resolução com justa causa do contrato, o que dispensa o credor de provar os danos efectivos e a sua extensão. Se bem, que como se diz na sentença, a celebração do contrato envolveu custos, já acima referidos, e que do ponto de vista do fornecedor, que os suportou, pressupõem um retorno acautelado pelos quantidades parcelares e totais de fornecimento do gaz. Mais do que o ónus de alegação e prova dos factos fundadores da excessividade da cláusula por parte da Ré (art.º 342, n.º 2 do CCiv), o Tribunal está limitado pelo principio processual do pedido, ou seja, aquela redução equitativa não pode ser determinada oficiosamente, tem de ser expressamente pedida e fundamentada, é claro.^[3] E não resulta dos autos que a Ré o tenha feito.

IV- DECISÃO

Tudo visto, acordam os juizes em julgar improcedentes ambas as apelações e confirmar as decisões de saneador e final.

Custas pela Ré recorrente.

Lxa. 20 /09/07

João Miguel Mourão Vaz Gomes

Jorge Manuel Leitão leal

Américo Joaquim Marcelino

[1] Constituição da República Portuguesa Anotada, por Gomes Canotilho e vital Moreira, Coimbra editora, 2007, anotação ao art.º 86.

[2] Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, 1987, 250/252 e entre outros o Acórdão do STJ de 11/10/05 , relatado pelo ilustre Conselheiro Afonso Correia, in C.ªJ.ª ASTJ, Ano XIII, T.III, pág. 62

[3] Entre outros os Acórdão do STJ de 17/02/1998 in BMJ 474-457, da Relação de Lisboa de 14/12/04 in C.ª J.ª Ano XXIX, tomo V pág. 112. Segundo alguma jurisprudência bastaria que o Réu na sua contestação, não tendo expressamente pedido a redução das penas convencionadas, tivesse impugnado o dever de as satisfazer na sua totalidade, o que consubstanciando uma modificação do contrato traria implícito o pedido de redução, situação que vem retratada no Acórdão di STJ de 14/02/1975 in BMJ 244/261, entendimento esse, que, conforme resulta do Acórdão da Relação citado não é pacífico. De todo o modo no caso que nos ocupa, não houve sequer alusão a tal modificação contratual.
