



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

Processo n.º 2831/2015

Requerente: Custódia

Requerida: SA

1. Relatório

1.1. A requerente, referindo que a requerida lhe solicita o “pagamento adicional” da quantia de € 289,73, que corresponderia a “uma indemnização de potência”, referente ao período de consumo entre 12/03/2013 e 07/10/2015, devido a alegada manipulação do Dispositivo Controlador de Potência (DCP), pede, impugnando o “quantitativo” exigido e invocando, de todo o modo, a caducidade da dívida de que a requerida se arroga sujeito activo, que se declare a inexistência desta.

1.2. A requerida apresentou contestação escrita. Alega que, por ocasião de vistoria técnica, realizada em 07/10/2015, verificou que o DCP “estava desselado e que havia sido alterada a regulação da potência para 10,35 KVA (valor superior à potência contratada de 4,6 KVA), imputando tal facto à requerente. Por causa disso, diz também a requerida, sofreu dois tipos de prejuízos: por um lado, deixou de receber os “encargos de potência” correspondentes à potência realmente utilizada (a diferença entre a potência contratada e a potência elétrica de que efectivamente beneficiou a requerente), que computa em € 219,03; por outro lado, despendeu € 70,70 em encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia.

2. O objecto do litígio

O objecto do litígio (ou o *thema decidendum*)¹ corporiza-se na questão de saber se assiste ou não à requerida o direito de crédito que invoca contra a requerente. Trata-se de um caso típico de uma acção de simples apreciação negativa.

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



*Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto*
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

3. As questões de direito a solucionar

Considerando o objecto do litígio, o pedido deduzido pela requerente e a contestação da requerida, há duas questões a resolver, subsidiariamente ordenadas: a questão de saber se, admitindo a sua existência, caducou o direito que a requerida invoca; a questão de saber se se verificam os respectivos pressupostos constitutivos.

4. Fundamentos da sentença

4.1. Os factos

4.1.1. Factos admitidos por acordo

Com relevo para a decisão da causa, consideram-se admitidos por acordo os seguintes factos:

- a) a requerida exerce, em regime de concessão de serviço público, a actividade de distribuição de energia eléctrica em alta, em média e em baixa tensão;
- b) a requerida abastece de energia eléctrica a residência da requerente, o prédio situado no Porto, correspondente ao local de consumo n.º 3255183;
- c) a potência contratada entre a requerente e o seu comercializador de electricidade era, em 07/10/2015, de 4,6 Kva, depois de, a solicitação da requerente, ser alterada em Março de 2013, altura em que era de 10,35 KVA

4.1.2. Factos provados

Julgo provados os seguintes factos:

- a) em 07/10/2015, o DCP ligado à instalação eléctrica da requerente estava desselado e regulado à potência de 10,35 KVA – facto que julgo provado com base no documento de fls 30 (auto de vistoria) e nos depoimentos prestados por Tiago e Jorge (funcionários da empresa subcontratada pela requerida), que realizaram a vistoria e elaboraram o auto correspondente (documento de fls. 30) e mostraram conhecimento pormenorizado e circunstanciado dos aspectos essenciais de tal diligência;
- b) o último período de facturação em que houve diferença entre a potência contratada e a potência utilizada terminou em 07/10/2015 – facto que julgo provado com base no documento de fls. 6, da autoria da requerida;



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

c) a requerente, até 07/10/2015, pagou habitualmente, sem atrasos, as facturas de electricidade emitidas pelo respectivo comercializador – facto que julgo provado com base nas declarações prestadas pela requerente em audiência de julgamento;

e) a requerente pagou, antes do fim de Novembro de 2015, a factura referente ao período de consumo de energia eléctrica em que se inclui o dia 07/10/2015 – sendo obrigatória a periodicidade mensal da facturação (art. 9.º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais) e sabendo-se, da experiência quotidiana, que as facturas se vencem, em regra, dentro do mês seguinte à sua emissão e que, por outro lado, a requerente pagou todas as facturas (ver alínea anterior), pode concluir-se (arts. 349.º e 351.º do Código Civil) que a requerente pagou a factura relativa àquele período de consumo antes do fim de Novembro de 2015.

4.1.3. Factos não provados

Não considero provado o facto de ter sido a requerente a desselar o DCP e a alterar a regulação de potência. A requerida não indicou nenhum meio de prova que o tivesse por objecto.

Assim como não alegou o facto indiciário em que se baseia a presunção estabelecida no art. 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro: o facto de “*o procedimento fraudulento ser detectado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização eléctrica*”.

Como acontece com qualquer presunção (art. 349.º do Código Civil), a prova inferencial (por meio, precisamente, da inferência, do desconhecido a partir do conhecido, em que consiste a presunção) do facto presumido depende da prova do facto indiciário. Não estando, por conseguinte, provado o facto indiciário (e não tendo sido directamente provado o facto indiciado), não pode julgar-se, por via presuntiva, provado o facto legalmente presumido.

Note-se, por outro lado, que a imputação ao consumidor do procedimento fraudulento depende do seu apuramento e determinação na inspecção prevista no art. 2.º/1 do Decreto-Lei n.º 328/90. Daí que, no art. 3.º/1 do mesmo diploma se estabeleça que os direitos atribuídos ao distribuidor apenas surge “*se da inspecção referida no artigo anterior se concluir pela existência de violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica por fraude imputável ao consumidor*”.

Esta “inspecção” é configurada pelo legislador como um procedimento autónomo que deve ser finalizado com uma decisão (susceptível de ser revogada pela autoridade administrativa competente que realize uma vistoria a requerimento do consumidor) que

INSTITUIÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

determine a existência de fraude e a sua eventual imputação ao consumidor. É nesse procedimento autónomo que opera, desde logo, a presunção estabelecida no art. 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 328/90.

No caso, não há nos autos nenhum elemento instrutório que evidencie que a inspecção ao local de consumo tenha dado origem a uma decisão que tenha imputado à requerente a autoria da danificação do selo do contador. A carta de fls. 9 (enviada pela requerida à requerente) apenas afirma a detecção da danificação do contador, nada dizendo a respeito da sua específica imputação subjectiva.

4.2. Resolução das questões de direito

4.2.1. A questão da caducidade

4.2.1.1. Dentro do universo das excepções, mas distinguindo-se dos factos impeditivos, modificativos e extintivos, destacam-se os chamados “factos preclusivos” (de que são exemplos paradigmáticos a prescrição e a caducidade), “cujo efeito é o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando averiguar da sua existência (...). Invocada a caducidade, o direito a ela sujeito não pode mais ser exercido, o que torna inútil a discussão sobre a sua existência anterior” e determina a “prioridade lógica” do seu conhecimento na sentença².

Importa, pois, começar pela apreciação da questão da caducidade suscitada pela requerente, que invoca o n.º1 do art. 10.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de Julho).

Na norma do art. 10.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, o legislador prevê dois mecanismos extintivos dos direitos de crédito do prestador do serviço (ou do fornecedor do bem – como sucede no caso da electricidade): a prescrição; e a caducidade.

São diversos os âmbitos de aplicação de cada uma daquelas hipóteses extintivas: a *prescrição* refere-se ao crédito (dir-se-ia *originário*) que tem por objecto o preço correspondente ao serviço prestado ou ao bem fornecido; a *caducidade* refere-se ao crédito (dir-se-ia *derivado* ou *secundário*) que tem por objecto a *diferença* entre o *valor já pago* pelo

² José Lebre de Freitas/Montalvão Machado/Rui Pinto, CPC Anotado, Volume 2.º, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 333-334, e José Lebre de Freitas, A Confissão no Direito Probatório, Coimbra Editora, 1989, p. 402.



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

utente e o valor correspondente ao serviço realmente usado ou à quantidade do bem realmente consumido – situação que ocorre, tipicamente (mas não exclusivamente – o legislador usa a expressão “qualquer motivo” para, com largueza, identificar as hipóteses originadoras do “crédito à diferença”), quando a facturação se baseia em estimativas de consumo ou quando a medição registada pelo contador, devido a avaria ou a violação da sua integridade, não reflecte a quantidade do consumo real.

Por serem diversos os âmbitos de aplicação de cada uma daquelas hipóteses extintivas, são distintos, também, os momentos iniciais (*dies a quo*) de contagem dos prazos que ambas pressupõem: enquanto que o prazo de *prescrição* começa a contar a partir da prestação do serviço (ou fornecimento do bem), o prazo de caducidade inicia-se no momento do “pagamento inicial” (art. 10.º/4 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais).

No caso dos autos, o crédito de que a requerida se arroga titular (cuja inexistência o requerente pretende que seja declarada) tem como objecto as “diferenças” entre, por um lado, os montantes anteriormente pagos pela requerente ao comercializador, que emitia as suas facturas no pressuposto de uma potência eléctrica (que exprime a capacidade de recepção de energia numa certa unidade de tempo) de 4,6 KVA, e, por outro lado, os que teria pago se se considerasse a potência, realmente disponível, de 10,35 Kwa.

É seguro, portanto, que o crédito invocado pela requerida está sujeito a caducidade.

É certo que não se trata, propriamente, de uma diferença relativa à quantidade da energia eléctrica (até porque nenhuma das partes põem em causa a fidedignidade do contador); trata-se, diversamente, de uma diferença que tem por objecto o “preço da potência”, que é um dos factores que contribuem para a determinação da tarifa de uso da rede de distribuição (arts. 27.º e 74.º do Regulamento Tarifário).

Creio, todavia, que o art. 10.º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais (que abrange todos os “serviços essenciais”, e não apenas o fornecimento de electricidade) se aplica a todas as diferenças susceptíveis de se reflectirem na factura a pagar pelo consumidor; ou, pelo menos, a todas as diferenças que, não tendo por objecto as quantidades consumidas, variam em função delas (como sucede com as diferenças relativas à potência eléctrica). A razão de ser da solução legislativa é, precisamente, a de sujeitar a um prazo de caducidade curto o direito à diferença em relação aos montantes liquidados nas facturas apresentadas aos consumidores – pois que são esses montantes que são pagos (e o pagamento do valor facturado é, como se viu já, o *dies a quo* do prazo de caducidade). O facto de o legislador se referir ao “consumo efectuado” explica-se pelo facto de, em regra, ser essa a grandeza que determina o montante

INSTITUIÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA



*Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

facturado. No caso da energia eléctrica, o funcionamento do princípio da aditividade tarifária (art. 20.º/12 do Regulamento Tarifário) acaba por determinar que a factura apresentada ao consumidor final possa reflectir, para além do preço da energia consumida, em sentido próprio, o valor das chamadas “tarifas de acesso”, que incluem as tarifas de uso das redes e a “tarifa de uso global do sistema” (art. 123.º do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Eléctrico).

4.2.1.2. Não estando sujeito a prescrição (mas a caducidade), o crédito da requerida não cabe, naturalmente, na previsão do art. 498.º do Código Civil. A idêntica conclusão se chegaria mesmo que o legislador não adoptasse, expressamente, a solução da caducidade. Na verdade, o crédito à diferença entre, por um lado, o preço da potência contratada e o preço da potência realmente disponibilizada não deriva da prática do facto ilícito da manipulação do DCP (não é, por outras palavras, um crédito contraposto a uma obrigação de indemnizar); consiste, isso sim, num dos efeitos jurídicos principais do contrato de uso da rede (art. 70.º do Regulamento das Relações Comerciais): o direito do distribuidor à tarifa de uso da rede de distribuição preço, que incorpora o “preço de potência”³.

Isto mesmo é confirmado por **duas proposições normativas do Decreto-Lei n.º 328/90. Em primeiro lugar**, a que se colhe no seu art. 1.º/1, segundo a qual “qualquer procedimento fraudulento susceptível de falsear (...) a potência tomada (...) [c]onstitui violação do contrato de fornecimento”⁴. O não pagamento integral do preço da “potência tomada” é, pois, segundo o próprio legislador, tratado como incumprimento de uma obrigação contratual – e não como violação dos “deveres delituais genéricos” (geradora da obrigação indemnizatória estatuída no art. 483.º do Código Civil). **Em segundo lugar**, a que se encontra no n.º 2 do art. 3.º, que atribui ao fornecedor de electricidade o direito ao valor correspondente ao consumo “irregularmente feito” mesmo “quando o consumidor não seja o autor do procedimento fraudulento ou por ele responsável”. O facto de o legislador não fazer depender tal direito (do fornecedor) da verificação dos pressupostos gerais nucleares da obrigação de indemnizar (a prática de facto ilícito e culposo) mostra que o consumidor, quando paga o valor

³ Ver, infra, o ponto 4.2.2., com mais pormenores sobre o relacionamento contratual dos vários sujeitos intervenientes no sector eléctrico.

⁴ As considerações desenvolvidas no ponto 4.2.2. permitem compreender por que razão o legislador, então em 1990, pressupunha que o operador da rede de distribuição era sujeito do contrato de fornecimento de energia eléctrica celebrado com o consumidor – algo que, no quadro do direito hoje vigente, deixou de ser admissível.



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

do consumo real, cumpre o seu dever principal de prestação, e não uma qualquer obrigação de indemnizar (muito menos uma obrigação extracontratual de indemnizar).

4.2.1.3. Está assente (ver lista dos factos julgados provados) que a requerente pagou, até ao fim de Novembro de 2015, a factura referente ao período de consumo que inclui o dia 07/10/2015. Os autos mostram, por outro lado, que o requerimento inicial entrou no secretariado do tribunal arbitral em 03/12/2015. Considerando que o *dies a quo* do prazo da caducidade prevista no art. 10.º/2 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais corresponde ao pagamento efectuado pelo utente, e que o pagamento é feito mensalmente, reportando-se ao período de facturação antecedente, em 03/12/2015, estava caduco o crédito à diferença em relação a todos os pagamentos feitos até 03/06/2015.⁵ Assim, procede apenas parcialmente a excepção de caducidade, uma vez que a pretensão da requerida abrange pagamentos feitos após essa data.

4.2.2. O sujeito passivo da obrigação de pagar a tarifa de uso da rede de distribuição (que integra o preço da potência) não é o consumidor: é o comercializador

Sem prejuízo da procedência parcial da excepção de caducidade (que, sem mais, apenas determinaria a procedência parcial do pedido), importa salientar que há uma outra dimensão jurídico-normativa do caso que determina a procedência total do pedido da requerente: de acordo com o quadro jurídico em vigor, o sujeito passivo da obrigação de pagar a tarifa de uso da rede de distribuição (que integra o preço da potência – que é o que está em causa nos autos) não é o consumidor; é, diversamente, o comercializador (sem prejuízo da possibilidade da sua repercussão económica na tarifa de venda da energia eléctrica).

A exacta compreensão do que se acaba de dizer, assim como dos vínculos que conectionam as partes, aconselha algum desenvolvimento sobre dois pontos: (i) a caracterização da rede de relações jurídicas em que se entrecruzam, de acordo com o quadro jurídico em vigor, as actividades dos sujeitos que se movimentam no sector eléctrico,

⁵ Considerando que tem por objecto a diferença entre o montante pago e o montante que deveria ter sido pago, por referência ao correspondente período de facturação, e que o *dies a quo* do prazo de caducidade corresponde à data do pagamento, o direito do fornecedor desdobra-se, em bom rigor, ao menos para o efeito da aplicação da norma que prevê a caducidade, em tantos créditos quantos os pagamentos realizados pelo consumidor.



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

produzindo, transportando, distribuindo, comercializando e consumindo electricidade, (como se a *rede* dos cabos por onde transita a corrente eléctrica, articulada em torno de ligações e interligações, se projectasse numa rede de vínculos jurídicos); (ii) a referência ao *princípio da separação* entre as várias actividades do sector eléctrico.

I. O *produtor* relaciona-se com o *operador da rede de transporte*, com o *comercializador* e até com o *consumidor* final. O operador da rede de transporte, para além da relação que estabelece, a montante, com o produtor (cuja produção recebe), relaciona-se, a jusante, com os *operadores das redes de distribuição*. O operador da rede de distribuição em AT e MT, para além do vínculo que o conecta com o transportador, relaciona-se com os operadores das redes de distribuição em BT. Estes, por seu turno, relacionam-se juridicamente com os *comercializadores* e até com o *consumidor* final. O *comercializador*, por fim, acha-se envolvido em relações jurídicas com o distribuidor, o produtor e o consumidor.

Tendo em consideração o seu *objecto* principal, as relações jurídicas de que são sujeitos os vários intervenientes no sector eléctrico reconduzem-se a uma de duas modalidades: trata-se de relações jurídicas que têm por objecto ora o *uso das redes* (de par, acessoriamente, com a *prestação de serviços* de gestão e conservação da rede de cujo uso se trata), ora a própria *electricidade*. Na primeira modalidade, integram-se, sobretudo, as relações jurídicas em que um dos sujeitos é um dos operadores de rede (relações que podem ter, do outro lado, outro operador de rede, um produtor, um comercializador ou um consumidor). À segunda modalidade reconduzem-se as relações entre quem compra e entre quem vende (ou revende) a electricidade.

A *fonte* das relações jurídicas que assim se estabelecem entre os vários sujeitos que agem no mercado da electricidade é, em regra, o *contrato*. No caso das relações que têm por objecto o *uso* das redes, os contratos de que procedem serão de *tipo locativo* (com a “mistura” de elementos próprios do tipo da *prestação de serviços*)⁶. São de locação, portanto, os

⁶ São, pois, carecidas de rigor terminológico as expressões legislativas “venda do acesso à rede”, “compra e venda do acesso à rede” e “compra dos serviços de gestão global da rede” que proliferam no Regulamento das Relações Comerciais do Sector Eléctrico (RRCSE). Mais apropriadas (ainda que contraditórias com as expressões “venda do acesso à rede”, “compra e venda do acesso à rede”) são as referências aos “*contratos de uso das redes*” constantes dos arts. 70.º e 81.º do RRCSE, a propósito das relações entre os comercializadores e os operadores de rede. Do que se trata, no caso das relações jurídicas que têm por objecto o uso das redes, é de um contrato em que uma das partes (o operador de rede) se obriga a proporcionar à outra o gozo das infraestruturas que tem a seu cargo para o fim de nelas fazer transitar a electricidade e de nelas criar pontos de ligação (de recepção e de entrega de electricidade). Por conseguinte, é de *locação* (num *misto* com ingredientes de *prestação de serviços*) que se trata, e



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

contratos celebrados entre os comercializadores e os operadores de rede, assim como os que entre estes se estabelecem. No caso das relações cujo objecto se concretiza na própria electricidade⁷, os contratos que estão na sua origem assimilam as notas típicas da compra e venda. São de compra e venda, por conseguinte, os contratos celebrados entre o produtor de electricidade e o comercializador, e entre este e o consumidor final⁸.

Porventura “numa base ficcionada e de grande artificialismo”⁹, a *comercialização*¹⁰ é autonomizada e separada, enquanto elo distinto da “cadeia de valor”, das actividades fundamentais de produção, transporte e distribuição. Tratando-se de um nível específico da “cadeia de valor”, *jurídica e economicamente diferenciada* dos restantes “elos”, a comercialização não constitui, todavia, uma etapa real do percurso físico que leva a electricidade das instalações de produção ao local de consumo. Este, em regra, está ligado à rede de distribuição¹¹, e não a qualquer instalação de “armazenamento” daquele que a vende ao cliente final. A electricidade, ao contrário do que acontece com outros bens essenciais (como a água ou os combustíveis), não é susceptível de armazenamento em quantidades

não de compra e venda. Quando haja, entre o adquirente da electricidade e o correspondente vendedor, a interposição de mais do que um operador de rede (por exemplo, quando o consumidor compre electricidade que, para chegar às suas instalações, tenha de passar pela rede de transporte e por várias redes de distribuição), parece que o operador de rede a montante *cede* ao operador a jusante a sua *posição contratual* locativa, o qual, por sua vez, a cede ao operador de rede que se lhe segue e este ao comercializador, que, enfim, a transmite ao consumidor final (parece ser a esta cadeia de transmissões do direito de uso da rede a que se refere a expressão legislativa “compra e venda do acesso à rede”). Assim, por exemplo, o comercializador adquirente de electricidade que transite, antes de chegar às instalações do consumidor, por três redes diversas (transporte, distribuição em AT e distribuição em BT) celebra com o distribuidor imediatamente ligado ao consumidor não só um contrato de locação da rede, mas também um acordo de cessão da posição que este adquirira na relação com o operador de rede anterior e da posição que este, por seu turno, adquirira do operador antecedente. Esta sucessão de transmissões do direito de uso da rede articula-se, de resto, com o princípio da *aditividade tarifária*.

⁷ Considerando a electricidade como uma coisa “corpórea imaterial”, ver *Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2007, p.220*.

⁸ A este respeito (e ao invés do que sucede, como vimos, com as relações jurídicas que têm por objecto o uso das redes), os textos legais são apropriados e expressivos, servindo-se de termos como “compra” e “venda” de electricidade ou “contrato de fornecimento de energia eléctrica”.

⁹ Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações, Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, p. 99.

¹⁰ Actividade que o legislador, no art. 42.º/2 do Decreto-Lei n.º 29/2006, define como aquela que “consiste na compra e venda de electricidade, para comercialização a clientes finais ou outros agentes, através da celebração de contratos bilaterais ou da participação em mercados organizados”.

¹¹ Embora o legislador admita o estabelecimento de “linhas directas” entre as instalações de produção e os locais de consumo [art. 3.º-w) do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art. 19.º do Decreto-lei n.º 172/2006], assim como o fenómeno da “produção distribuída”, consistente na “produção de electricidade em centrais ligadas à rede de distribuição” [art. 3.º-dd) do Decreto-Lei n.º 29/2006].



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

suficientes para abastecimento público, sendo simultâneos os momentos da produção e do consumo (*Gleichzeitigkeit von Einspeisung und Entnahme der Elektrizität*)¹².

O contrato de uso de rede celebrado entre o comercializador e o operador de rede é, verdadeiramente, um contrato a favor de terceiro (art. 443.º/1 do Código Civil), sendo o terceiro o consumidor de electricidade. É a qualificação mais ajustada ao que resulta, creio, do disposto no art. 10.º/1 do Regulamento da Qualidade do Serviço do Setor Eléctrico (RQSSE), segundo o qual “*os operadores das redes são responsáveis pela qualidade de serviço técnica, perante os clientes ligados às redes independentemente do comercializador com quem o cliente contratou o fornecimento*”¹³. Trata-se, porém, de um contrato a favor de terceiro que incorpora um elemento específico e diferenciador, que o afasta do figurino geral do instituto: o promissário (no caso, o comercializador) responde (em termos semelhantes àqueles em que o comitente responde perante o comissário) pelo cumprimento das obrigações do promitente (no caso, a requerida). É precisamente esta a solução adoptada no art. 9.º/1 do RQSSE: “*Os comercializadores e os comercializadores de último recurso respondem pelos diversos aspetos da qualidade de serviço junto dos clientes com quem celebrem um contrato de fornecimento, sem prejuízo da responsabilidade dos operadores das redes com quem estabeleceram contratos de uso das redes e do direito de regresso sobre estes, nos termos estabelecidos no RARI, no RRC, no Artigo 58.º, Artigo 59.º e no Artigo 60.º*”.

II. Tradicionalmente (desde logo ao tempo da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 328/90), a comercialização estava associada à distribuição de energia eléctrica, em correspondência com a realidade infra-estrutural da ligação da rede de distribuição (sobretudo da rede em baixa tensão) aos locais de consumo. A situação alterou-se com a privatização e liberalização do mercado da electricidade, que obrigou à introdução de regras que, visando eliminar os fenómenos de *verticalização económica*, impõem (de modo a garantir a ausência de discriminação no acesso às redes, que constitui condição *sine qua non* de um regime verdadeiramente concorrencial) a *separação* (*unbundling*, *Entflechtung*, *decloisonnement*) entre certas actividades e certos operadores, em termos de “proibição de acumulação de missões a desempenhar pelo mesmo sujeito económico”.

¹²Jan Dinand, Egon Reuter, *Die Netz AG als Zentraler Netzbetreiber in Deutschland, - Zur Verbesserung des Wettbewerbs im Strommarkt*, Springer, 2006, p.3.

¹³ O facto de o legislador impor directamente ao operador de rede a obrigação de qualidade técnica mostra que este não é um mero auxiliar (art. 800.º do Código Civil) no cumprimento das obrigações do comercializador – diversamente, é também ele um verdadeiro e próprio devedor.



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

Na verdade, o legislador, no art. 25.º/1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, institui um regime de estrita “separação jurídica e patrimonial” (*full ownership unbundling*)¹⁴ entre a actividade de transporte de electricidade e as actividades de produção e de comercialização, impedindo a sua concentração *vertical* sob o domínio de um mesmo sujeito operador.

No que diz respeito à actividade de distribuição de energia eléctrica, o legislador, ainda assim, não é tão severo, ficando-se pela exigência da sua “separação jurídica” (*legal unbundling*). Com efeito, nos termos do art. 36.º/1 do Decreto-Lei n.º 29/2006, “o operador de rede de distribuição é independente, no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões de outras actividades não relacionadas com a distribuição” – acrescentando o art. 43.º que “a actividade de comercialização de electricidade é separada juridicamente das restantes actividades”.

É, assim, claro que, segundo a actual arquitectura normativa do SEN, o distribuidor de electricidade não pode vendê-la – actividade que apenas é permitida (mais: que lhes está reservada) aos produtores e aos comercializadores. É exactamente por isso, também, que o art. 20.º do Regulamento Tarifário do SEN, aprovado pela ERSE, restringe os “proveitos permitidos” ao distribuidor aos que são obtidos através da tarifa de uso das redes de distribuição, excluindo qualquer remuneração pela comercialização de energia eléctrica – actividade cujo exercício lhe está vedado.

III. No caso, a pretensão da requerida tem por objecto o preço de potência, que, como se viu já, é um dos componentes integradores da tarifa de uso da rede de distribuição. Ora, a tarifa de uso da rede de distribuição é objecto de um crédito (emergente do contrato de uso de rede celebrado com o comercializador) cujo sujeito passivo não é o consumidor: é, sim, o comercializador (pois que, justamente, é este que celebra, com o distribuidor, sujeito activo do crédito, o contrato de uso da rede). É precisamente esta a solução que, de qualquer modo, resulta do disposto no art. 44.º/3 do Decreto-Lei n.º 29/2006: “*Os comercializadores de electricidade relacionam-se comercialmente com os operadores das redes às quais estão ligadas as instalações dos seus clientes, assumindo a responsabilidade pelo pagamento das tarifas de uso das redes e outros serviços, bem como pela prestação das garantias contratuais legalmente estabelecidas*” (norma que constitui manifestação do princípio da *aditividade tarifária*).

¹⁴ Suzana Tavares da Silva, Direito da Energia, p. 91.



*Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

A regra não é (nem se apresentam argumentos para que o fosse) afastada em caso de viciação do contador ou de outros procedimentos fraudulentos. Atesta-o, desde logo, o disposto no 31.1. do Guia de Medição e Leitura, que determina que cabe ao operador da rede de distribuição determinar, em caso de procedimento fraudulento, os montantes devidos para “efeitos de acerto de faturação”. “Facturação” que, obviamente, é da “competência” do comercializador. De resto, a solução decalca a que já se encontra consagrada no art. 131.º do RRCSE, que identifica o uso de procedimento fraudulento como uma das hipóteses de “acerto de faturação” – isto é, de acerto das facturas emitidas, ao utente, pelo comercializador.

Ou seja, o legislador não abdica, em caso de acertos decorrentes de procedimentos fraudulentos, do princípio da aditividade tarifária: o distribuidor cobra ao comercializador e este, por sua vez, acertando a faturação, cobra ao consumidor final¹⁵.

Em suma, a requerente não é devedora do preço de potência, mas apenas da tarifa de venda da electricidade, que, segundo o princípio da aditividade tarifária (ligado ao princípio de separação de actividades em que assenta a arquitectura normativa do sistema eléctrico), pode repercutir economicamente, entre outras, a tarifa de uso da rede distribuição, em cuja composição entram os preços de potência¹⁶.

4.2.3. A questão dos danos relativos à “detecção e tratamento” da viciação do DCP

Diversamente do preço de potência, que integra a tarifa de uso da rede de distribuição, é já de natureza delitual o direito ao ressarcimento dos danos causados pela violação da integridade do contador. Do que se trata aqui é da lesão de um bem objecto de um direito

¹⁵ O disposto no ponto 31.3 do Guia de Medição não põe em causa o que diz no texto, na medida em que só se refere a energia “comprovadamente identificada e registada em cada ano”, e não a energia estimada na sequência da detecção do procedimento fraudulento. Nessas hipóteses (em que a energia já foi considerada em períodos anteriores), não faria realmente sentido imputá-la, de novo, a carteiras de comercializadores. Diga-se, de todo o modo, que, ainda que assim não fosse, as orientações do Guia de Mediação sempre teriam de ceder perante as prescrições do art. 131.º do RRCSE e a norma do art. 44.º/3 do Decreto-Lei n.º 29/2006, que lhe são hierarquicamente superiores.

¹⁶ Uma vez que a requerida é, em face do comercializador, credora do valor da tarifa de uso da rede correspondente ao consumo e potência reais de energia eléctrica, não há lugar, por força do princípio da subsidiariedade consagrado no art. 474.º do Código Civil, à aplicação do instituto (invocado pela requerida) do enriquecimento sem causa (mesmo que se verificassem os seus “pressupostos positivos”) – reconhecendo esse direito de crédito (cujo devedor é o comercializador), “(...) a lei faculta ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído” (art. 474.º).



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

absoluto (o direito de propriedade), que se localiza no núcleo central da “situação de responsabilidade” delitual prevista na primeira parte do art. 483.º/1 do Código Civil. A propriedade, assim como os direitos absolutos de aproveitamento económico exclusivo e os direitos de personalidade, estão, como é sabido, no cerne da protecção delitual-civil (a chamada responsabilidade civil “extracontratual”). As despesas necessárias à detecção e à remoção da lesão infligida a um bem delitalmente protegido constituem (como sucede com o contador de electricidade), decerto, danos cujo ressarcimento é imposto pela norma do art. 483.º/1 do Código Civil.

No caso, no que concerne ao invocado direito ao ressarcimento dos danos ligados à lesão da integridade do contador, a pretensão da requerida tem de improceder, uma vez que, em face dos factos julgados não provados, falta um dos pressupostos constitutivos essenciais da “situação de responsabilidade delitual” recortada no n.º1 do art. 483.º do Código Civil: a prática, pela requerente, de um facto que pudesse ser causa (mesmo apenas causa *sine qua non*) do dano alegado – fosse ele a violação da integridade da violação do contador ou o furto ou “consumo ilícito de electricidade”.

4.2.4. Pela mesma razão referida em 4.2.3., diga-se ainda que mesmo que admitisse a sua natureza delitual (art. 483.º do CC), inexistente também o crédito relativo à tarifa de uso de rede (ou a parte dele correspondente ao preço de potência).

Pode, contudo, ir-se um pouco mais além na argumentação: mesmo que, admitindo a qualificação normativa defendida pela requerida, se pudesse imputar à requerente a prática de um “evento lesivo”, a sua pretensão enfrentaria dificuldades insuperáveis quanto aos requisitos do *dano* e da *ilicitude*.

Desde logo (no plano do *dano*), a requerida nunca seria titular do direito ao ressarcimento de um dano consistente no valor da energia eléctrica “apropriada” ou “furtada” (ou consumida sem ser medida pelo contador), uma vez que não é (nem pode ser) a “proprietária” da energia apropriada: o proprietário da energia que circula na rede é o comercializador (ou, eventualmente, o produtor).

Note-se, por outro lado (agora no plano da *ilicitude*), que, justamente porque há um contrato de uso da rede de distribuição que vincula a requerida ao comercializador, não é ilícito o uso da rede para a circulação da energia eléctrica que chega à instalação de consumo: tal contrato (de estrutura locativa) tem justamente o efeito de legitimar o uso da rede gerida e



Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

explorada pela requerida¹⁷. A falta de fidedignidade dos registos do contador, resultante da sua viciação, apenas implica, quanto à requerida (que, insiste-se, não é proprietária da electricidade que “corre” na rede), a correcção do valor da tarifa de uso da rede – a correcção, afinal, do valor da prestação a que, contratualmente, tem direito^{18 19}

¹⁷ O uso da rede apenas seria ilícito se não houvesse, de todo, contrato de uso de rede ou, pelo menos, quanto à requerente, contrato de fornecimento de energia eléctrica.

¹⁸ Convém acentuar este ponto: a requerida tem o direito de exigir ao comercializador (assim como, porventura, por força da actuação do princípio da aditividade tarifária, tem o dever de pagar aos operadores que se situam a montante na rede de transporte e distribuição) a tarifa de uso da rede correspondente à quantidade real (ainda que estimada) e à potência da energia eléctrica por ele vendida à requerente. A requerida não deixa de ter esse direito pelo facto de o consumo real não ser registado no contador ou a potência real ser superior à contratada. Tal facto, por outras palavras, não transforma um direito de crédito, de fonte contratual, numa pretensão indemnizatória delitual. O específico dano que resulta da viciação do contador não é a extinção, em face do comercializador, do direito à tarifa de uso da rede; é a própria lesão da integridade do contador e os custos da sua reparação ou substituição – é exactamente este o regime consagrado no Decreto-Lei 328/90, de 22 de Outubro.

¹⁹ O entendimento em que assenta a sentença não constitui, creio, nenhum incentivo a práticas fraudulentas de viciação dos contadores de electricidade.

Em primeiro lugar, não vai nele implicada ou envolvida a ideia de que o consumidor não tem de pagar a energia realmente consumida e os custos associados ao seu transporte, distribuição e comercialização, mas apenas aquela que seja falsamente registada por equipamentos de medição viciados. Não é esse, repete-se, o meu entendimento. O que digo (ver, no texto, o ponto 4.2.5.) é que o consumidor deve pagar ao comercializador a “tarifa de venda da electricidade, que incorpora e repercute, entre outros, todos os custos inerentes à produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade – comercializador que, por seu turno, deve pagar ao distribuidor (na “relação interna” que com ele mantém) os proveitos que lhe cabem, como contrapartida do uso da rede.

Creio, em segundo lugar, que a solução perfilhada na sentença, para além de respeitar a lógica interna do princípio da aditividade tarifária, é a única que, em bom rigor, promove a eficiência alocativa no sector eléctrico e evita “fugas ou perdas de valor”. Na verdade, quando a viciação dos contadores determina a necessidade de corrigir, por estimativa, a determinação da energia realmente consumida, só através do correspondente acerto da factura apresentada pelo comercializador ao consumidor se torna possível considerar (repercutindo-os no acerto) todos os custos adicionais (na medida do consumo real adicional) ocorridos nos vários elos da cadeia de valor do sector. De outro modo, de duas uma: ou o consumidor apenas suporta os custos adicionais da distribuição (na medida em que só o operador de distribuição o demande); ou cada um dos operadores, cada um de per si, terá de accionar o consumidor para obter a sua parte.

Parece-me, em terceiro lugar, que as eventuais consequências sancionatórias de quaisquer práticas fraudulentas de manipulação dos equipamentos de medição (sejam elas criminais ou outras) não alteram a natureza nem os sujeitos das relações obrigacionais primárias que se estabelecem entre os diferentes sujeitos do SEN ao longo da cadeia de produção, transporte, distribuição, comercialização e consumo de energia eléctrica.

Considero, enfim, que qualquer outra solução geraria assimetrias e quebras valorativas que, em última análise, redundariam no tratamento desigual do que é valorativamente idêntico. Seria o que sucederia se, em relação ao consumidor, o crédito (objectivamente, o mesmo crédito) relativo à tarifa de uso da rede de distribuição fosse ora sujeito a caducidade de 6 meses (se repercutido num “acerto” exigido pelo comercializador) ora sujeito a prescrição de 3 anos (se isoladamente exigido pelo distribuidor, sob o *nomen* de “indemnização”).

INSTITUIÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA



*Centro de Informação de Consumo
e Arbitragem do Porto*
TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO

5. Decisão

Nestes termos, com base nos fundamentos expostos, julgando a acção totalmente procedente, declaro que a requerente não deve à requerida a quantia de € 289,73.

Notifique-se

Porto, 12 de Junho de 2016,

O Juiz-árbitro

(Paulo Duarte)