

Aplicabilidade da obrigação de barramento selectivo de comunicações previsto no artigo 45.º da Lei das Comunicações Electónicas a contratos anteriores à entrada em vigor de Lei n.º 51/2011

1. Questão:

O n.º 3 do artigo 45.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro (LCE) determina que:

«As empresas que oferecem redes de comunicações electrónicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagens, incluindo SMS (short message service) ou MMS (multimédia messaging service), devem garantir, como regra, que o acesso a estes serviços se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser activado, genérica ou selectivamente, após pedido escrito efectuado pelos respectivos assinantes».

A exigência de assegurar o barramento do acesso a estes serviços não estava contemplada na anterior redação da LCE, nem na legislação aplicável ao acesso e exercício da actividade de prestador de serviços de valor acrescentado aprovada pelo Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio¹. Aquele regime, apesar de prever o barramento do acesso aos serviços de audiotexto (com excepção dos serviços de televoto), apenas contemplava a obrigação de assegurar o barramento do acesso aos serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagens (SVA's) a pedido do consumidor (artigo 10.º.n.º 3 introduzido pelo Decreto-lei n.º 63/2009).

Perante este facto algumas entidades têm vindo a questionar se a exigência de assegurar o barramento do acesso aos SVA's é aplicável a todos os contratos de acesso a redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público/contratos celebrados com prestadores do serviço telefónico móvel ou apenas aos contratos celebrados após a entrada em vigor da Lei n.º 51/2011 que altera

¹ Posteriormente alterado pela Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março.

o artigo 45.º da LCE prevendo a obrigação de barramento de acessos aos SVA's – 14 de Setembro de 2011.

2. Aplicação das obrigações fixadas nos nºs 1 e 3 do artigo 45.º da LCE aos contratos celebrados antes de 14 de Setembro de 2011

2.1. A dúvida quanto à aplicabilidade das obrigações de barramento previstas no artigo 45.º da LCE aos contratos celebrados antes de 14 de Setembro de 2011 é alegadamente originada pela ausência de uma previsão expressa que refira que aquela regra é aplicável a todos os contratos, bem como pelo facto de a Lei n.º 51/2011 não ter previsto um período transitório para que as empresas de comunicações electrónicas promovam o cumprimento da exigência de barramento agora fixada e obtenham o necessário pedido escrito de acesso aos SVA's por parte dos respectivos assinantes.

Porém, a ausência das disposições acima referidas não permite concluir pela não aplicabilidade da obrigação estabelecida pela Lei n.º 51/2011 aos contratos em execução celebrados em momento anterior à entrada em vigor daquela Lei.

Como refere a Prof. Maria dos Prazeres Beleza² «...sempre que se coloca um problema de aplicação da lei no tempo, por se sucederem regimes legais diferentes potencialmente aplicáveis a relações jurídicas duradouras, a sua solução implica uma indagação sucessiva sobre a existência de normas de direito transitório sectorial ou de direito transitório geral – como é o regime fixado no artigo 12.º do Código Civil – para, na sua falta, recorrer aos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência».

Assim, não existindo disposição de direito transitório sectorial, importará atender ao que resulta do “direito transitório geral” e, neste caso, ao que dispõe o artigo 12.º do Código Civil. Aquela disposição, que estabelece no seu n.º 1 um princípio geral da não retroactividade da lei prevendo que esta só se aplica para o futuro, vem explicitar no seu n.º 2 que: «[q]uando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa factos novos; mas quando dispuser directamente sobre o conteúdo de

² Parecer publicado na Colectânea de Jurisprudência (STJ), 1993 – I –págs. 273 e ss.

certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor» (agora destacado).

É a regra estabelecida na segunda parte do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil que deve reger a aplicação no tempo das alterações promovidas pelo n.º 3 do artigo 45.º da LCE.

Com efeito, o artigo 45.º da LCE estabelece uma obrigação que recai sobre todas as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público e que, forçosamente, se reflectirá sobre o conteúdo de todas as relações jurídicas iniciadas com a celebração de contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas que se mantenham em execução, não se justificando, porque a lei não o determina, um fracionamento de regimes consoante o contrato tenha a sua origem antes, ou depois da entrada em vigor das alterações produzidas pela Lei n.º 51/2011.

Trata-se de uma medida legislativa que impõe uma obrigação sobre as empresas prestadoras de serviços para promover a adequação de todas as relações contratuais no sentido de um reequilíbrio que é pretendido pelo legislador.

Sobre este tipo de intervenção e o reflexo nos contratos da sucessão de leis no tempo refere Baptista Machado:

«...É tradicional contrapor ao “estatuto legal” o “estatuto contratual” e admitir a especificidade das regras transitórias aplicáveis aos contratos. Estes estarão submetidos, em princípio, à lei vigente no momento da sua conclusão, a qual será competente para os reger até à extinção da relação contratual. É notório o contraste entre um tal regime com o princípio da aplicação imediata da LN [lei nova] nos restantes domínios jurídicos.

Por isso não falta quem fale de “sobrevigência” da LA [lei antiga] no domínio das situações de origem contratual»³.

³ Baptista Machado, J. – Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador, Ed. Almedina, 19.ª reimpressão, pags. 237 a 240.

Porém, refere o mesmo autor,

«...a eficácia da política económica e social supõe medidas de conjunto extensíveis a todas as situações jurídicas em curso. Daí que, quer a chamada “ordem pública económica de protecção” (medidas legislativas destinadas a tutelar os interesses da parte contratual mais fraca), quer a chamada “ordem pública económica de direcção” (medidas de dirigismo económico destinadas a modificar a estrutura ou a equilibrar a conjuntura económica) pesam cada vez mais fortemente sobre as relações contratuais. (...)

Na sociedade hodierna também no domínio dos contratos surge um fenómeno de massificação através dos contratos de adesão (seguros, transportes, fornecimentos vários, etc.) em que uma das partes dita, por assim dizer, cláusulas à outra através de “contratos-tipo”. Daí que se exija cada vez mais a intervenção do legislador em defesa da parte mais fraca. (...)

Muitas vezes a lei nova tem por objectivo reequilibrar as convenções que, em razão das perturbações políticas e sociais ou circunstância económicas imprevisíveis, viram a sua economia interna também perturbada e, por isso, se tornaram injustas. Em tais casos não fará sentido a não aplicação imediata da lei nova».

A alteração promovida ao n.º 3 do artigo 45.º da LCE constitui evidentemente uma intervenção do legislador destinada a tutelar os interesses da parte contratual mais fraca, a reequilibrar uma relação contratual e, como se extrai do que refere Baptista Machado, não pode deixar de se aplicar a todas as relações contratuais, mesmo as constituídas antes da sua entrada em vigor.

De igual modo é plenamente válido para a situação em análise o que é referido no parecer da Procuradoria-Geral da República⁴ n.º 11/2003 sobre a aplicação da lei nova a situações já constituídas - *«...a ratio legis que está na base desta regra da aplicação imediata é: por um lado, o interesse na adaptação à alteração das condições sociais, tomadas naturalmente em conta pela nova lei, o interesse no*

⁴ Parecer n.º 11/2003, publicado no Diário da República n.º 130, 2.ª Série, de 5 e Junho de 2003.

ajustamento às novas concepções e valorações da comunidade e do legislador, bem como a existência da unidade do ordenamento jurídico, a qual seria posta em causa e com ela a segurança do comércio jurídico, pela subsistência de um grande número de situações duradouras, ou até de carácter perpétuo, regidas por uma lei há muito abrogada; por outro lado, o reduzido ou nulo valor da expectativa dos indivíduos que confiaram, sem bases, na continuidade do regime estabelecido pela lei antiga uma vez que se trata de um regime puramente legal e não de um regime posto na dependência da vontade dos mesmos indivíduos».

2.2. O recurso aos vários elementos da interpretação para reconstruir o pensamento do legislador, também conduz à conclusão de que as exigências fixadas no n.º 3 do artigo 45.º da LCE se aplicam a todos os contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas e não apenas aos que foram celebrados após a entrada em vigor da Lei n.º 51/2011.

Como ponto prévio importa assinalar que a solução consagrada no n.º 3 do artigo 45.º não estava preconizada na proposta de lei que o Governo endereçou à Assembleia da República⁵.

Dos Diários da Assembleia da República e dos demais documentos que se encontram disponíveis sobre os trabalhos parlamentares que antecederam a aprovação deste diploma (proposta de lei n.º 3/XII) não constam elementos que explicitem as razões que especificamente determinaram a opção do legislador relativamente aos barramentos previstos no artigo 45.º.

Porém, na primeira discussão na generalidade, representantes dos vários grupos parlamentares assinalaram a importância de assegurar um reforço da proteção dos utilizadores e consumidores dos serviços⁶ e, no âmbito da discussão da especialidade

⁵ A proposta de lei apenas previa a obrigação de os prestadores de serviço de suporte barrarem o acesso aos serviços de valor acrescentado baseado no envio de mensagens a pedido do seu assinante.

⁶ Veja-se a este propósito discussão na generalidade da proposta de lei n.º 3/XII (1ª) no Diário da Assembleia da República, I série – 8/XII, de 28.07.2011

sob proposta do Grupo Parlamentar do PS, foi aprovada por unanimidade a redacção conferida ao n.º 3 do artigo 45.º da LCE⁷.

Considerando estes elementos relativos aos trabalhos parlamentares, importa atender aos demais elementos que permitem reconstruir o pensamento legislativo.

Com efeito, historicamente, as alterações ao artigo 45.º da LCE surgem num contexto de significativa contestação à cobrança de SVA's a assinantes de serviços de comunicações electrónicas que alegam não ter solicitado aquelas prestações. Uma boa parte dos referidos serviços são muitas vezes prestados a menores que, na maior parte dos casos, não têm a percepção dos encargos decorrentes da recepção dos conteúdos fornecidos através dos SVA's nem possuem capacidade jurídica para, por si só, contratar a sua prestação. Num significativo número de casos, os legais representantes dos menores desconhecem que estes solicitam a contratação de tais serviços, sendo também um facto que muitas vezes aqueles serviços são solicitados sem que quem os subscreve se aperceba do que está a contratar.

É evidente que a razão que determinou a intervenção do legislador foi assegurar a protecção dos contraentes mais desprotegidos exigindo que a possibilidade de utilizar os serviços de comunicações electrónicas para receber SVA's apenas possa ocorrer após pedido escrito do assinante. Não há nesta intervenção qualquer intenção de proibir a prestação dos SVA's; o que se pretende é assegurar que a possibilidade de lhes aceder corresponde à vontade efectiva do assinante do serviço de comunicações electrónicas.

Assinala-se que há uma inequívoca identidade entre os factos que estão na origem da intervenção agora promovida e os que estiveram na base das alterações legislativas aprovadas em 2001 que determinaram que fosse imposto aos prestadores de serviços telefónicos uma obrigação de garantir, como regra, o barramento do acesso aos serviços de audiotexto, cujo acesso, a partir de então, só poderia ser activado,

⁷ Cfr. pags 4 e 188 e ss. do Diário da Assembleia da Republica, II Série-A, n.º 17-XII, de 05 de Agosto de 2011.

genérica ou selectivamente, após requerimento expresso efectuado nesse sentido pelos respectivos clientes – vd. artigo 10.º da Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto⁸.

À semelhança do que sucedeu em 2001, também agora o legislador agiu para pôr termo às situações de contratação de serviços que não fossem expressamente solicitados e é incompreensível que, agindo com este objectivo, tivesse a intenção de que as obrigações agora fixadas apenas fossem aplicáveis aos contratos celebrados a partir de 14 de Setembro de 2011.

Por outro lado, admitir que no n.º 3 do artigo 45.º o legislador apenas quis estabelecer uma obrigação de barramento (por defeito) nos contratos celebrados a partir de 14 de Setembro de 2011 implicaria admitir que o legislador pretendeu consagrar um regime injustificadamente fracturante⁹, infundadamente discriminatório e de complicada supervisão, sendo certo que não se identificam quaisquer razões lógicas para sustentar a diferença de regimes.

Assim, não existe nenhum argumento lógico ou racional que possa ser usado para fundamentar que o n.º 3 do artigo 45.º da LCE apenas seja aplicável aos contratos celebrados a partir de 14 de Setembro de 2011 ou para justificar a consagração de uma diferença de regimes quando os modelos de negócio apresentam paralelismos tão evidentes.

A intenção do legislador terá obedecido a uma lógica de uniformização de regimes dos SVA's e destes com o regime dos serviços de audiotexto, que já eram objecto de uma obrigação de barramento por força do n.º 1 do artigo 45.º (obrigação que é estendida a todos os prestadores de serviços de comunicações electrónicas).

A solução é de resto lógica e visa assegurar que na relação estabelecida entre o prestador de serviço de comunicações electrónicas e o seu assinante não se produzem efeitos que por este não são expressamente solicitados, dado que quer a

⁸ <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=952271>

⁹ A este respeito assinala-se que de acordo com os dados estatísticos recolhidos pela ANACOM, o número de estações móveis/equipamentos de utilizador activos e com utilização efectiva no segundo trimestre de 2011 atingiu aproximadamente 12 milhões - vd. relatório sobre os serviços móveis – 2.º trimestre de 2011 em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1097349> Não foi seguramente a intenção do legislador adoptar uma solução que, discriminatoriamente, impeça os referidos 12 milhões de assinantes de beneficiar da solução que, por ser considerada mais adequada foi consagrada no n.º 3 do artigo 45.º da LCE.

recepção dos conteúdos/ SVA's, quer o seu pagamento é intermediado pelo prestador de serviços de comunicações electrónicas.

3. Necessidade de prever um período transitório para a implementação das medidas destinadas a dar execução à obrigação imposta pelo legislador.

A adequada implementação das obrigações estabelecidas no n.º 3 do artigo 45.º da LCE pressupõe que as empresas que oferecem redes de comunicações públicas e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público adoptem um conjunto de acções necessárias a dar cumprimento às exigências estabelecidas na lei. Ao contrário do que sucedeu no passado¹⁰, quando estende a obrigação de assegurar o barramento do acesso aos SVA's, o legislador não fixou um período transitório para que aquela exigência fosse cumprida.

Não pode a ANACOM, sem que a lei lhe permita, conceder às empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público um período transitório ou uma moratória para assegurar o cumprimento de uma obrigação que, de acordo com a lei, deve ser imediatamente implementada. Aquelas obrigações vigoram desde a publicação da Lei n.º 51/2011 e vinculam as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público desde 14 de Setembro de 2011.

Assim, quando detectar o incumprimento das obrigações de barramento previstas no artigo 45.º da LCE a ANACOM não poderá deixar de instaurar o adequado processo para o sancionar nos termos previstos na alínea p) do n.º 2 do artigo 113.º da LCE¹¹.

O n.º 4 do artigo 45.º da LCE estabelece que a ARN pode fixar os elementos necessários exigíveis para fazer prova da legitimidade para requerer o barramento ou o desbloqueio dos serviços de audiotexto e de valor acrescentado.

¹⁰ O artigo 16.º da Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto, que fixou a obrigação de assegurar o barramento do acesso aos serviços de audiotexto prevê que «[R]elativamente aos contratos que tenham sido celebrados antes (...), os prestadores de serviços de suporte, (...), deverão, no prazo máximo de 90 dias a contar desta data, barrar gratuitamente o acesso aos serviços de audiotexto, com excepção dos serviços de televoto, mais devendo remeter aos respectivos clientes os instrumentos necessários para que possam solicitar, querendo, o acesso genérico selectivo a estes serviços».

¹¹ O que não obstaculiza que, em sede própria, os destinatários da obrigação demonstrem que aquela exigência não pode ser cumprida no prazo estabelecido para o efeito, afastando assim a responsabilidade contra-ordenacional.

Trata-se de um poder que, caso a ANACOM considere adequado, lhe é admitido exercer. No entanto, a implementação das obrigações previstas nos n.ºs 1 a 3 do artigo 45.º da LCE não está dependente de uma intervenção da ANACOM nos termos do que prevê aquele n.º 4, não tendo até à presente data ocorrido quaisquer factos que reclamem uma intervenção do regulador nos termos deste número.

Os n.ºs 1 e 3 do artigo 45.º da LCE exigem que o desbarramento do acesso aos serviços de audiotexto e de SVA's seja assegurado mediante pedido escrito efectuado nesse sentido pelo assinante do serviço de comunicações electrónicas. Este pedido deve ser apresentado, por escrito (não estabelecendo a lei qualquer exigência relativa ao suporte daquela declaração¹²), junto do prestador de serviço de comunicações electrónicas através do qual se acede/recebe serviços de audiotexto/SVA's, competindo a este verificar se o pedido é apresentado pelo seu assinante.

¹² É à empresa que oferece redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público que compete fazer prova de que a exigência estabelecida na lei foi cumprida.

Para encontrar este ficheiro no site www.anacom.pt siga este caminho ou cole a URL (link) abaixo no campo address do seu navegador (browser), e pesquise por "aplicabilidade_barramento51_2011.pdf"

[Página Inicial](#) >

Url: <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=2>

Publicação: 27.12.2011
Autor: ANACOM