



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

117529

CONCLUSÃO - 05-01-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

SENTENÇA.

I.RELATÓRIO.

1.1. Por decisão de 15 de Abril de 2015, proferida no âmbito do processo de contraordenação n.º 4/2014, a autoridade administrativa **Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos - ERSE** aplicou à arguida **Galp Power, S.A.**, uma coima no montante de 15.000,00€ (quinze mil euros), pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 37.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, republicado, com alterações, em anexo ao Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro, e dos artigos 54.º a 59.º do Regulamento das Relações Comerciais do Sector do Gás Natural (Regulamento n.º 139-D/2013, publicado no Diário da República, 2.ª série – N.º 74 – 16 de Abril de 2013), a título de doloso.

1.2. A arguida, aqui recorrente, **GALP Power, S.A.**, veio apresentar recurso de impugnação judicial (fls. 381 a 424) de decisão administrativa da **Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos - ERSE** (cfr. fls. 251 a 283).

A arguida/recorrente veio invocar os seguintes fundamentos:

- A norma cominatória prevista no art.º 32.º, n.º 2 do RSSE aplicada na decisão final da ERSE, na medida em que estatui que a coima máxima aplicável às contra-ordenações graves pode ascender a 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, padece de inconstitucionalidade material por violação dos princípios da igualdade e legalidade.

- A referida norma viola o princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1 da CRP, porquanto determina que o valor da coima depende do tempo que a ERSE demora a decidir, admitindo, portanto, a prolação de decisões muito díspares relativamente a agentes que pratiquem os mesmos factos, no mesmo momento.

- Por outro lado, ao fazer com que o quantum da medida da coima fique exclusivamente dependente de circunstâncias incertas e futuras, e não da situação existente à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

data da prática dos factos, a norma afronta também o princípio da legalidade, previsto no art.º 29.º, n.º 4 da CRP

- Ao relegar para o exercício anterior à decisão o surgimento dos critérios pelos quais se há-de pautar a definição do limite máximo da coima aplicável, este critério dá azo a que a ERSE possa, mais uma vez no uso de uma discricionariedade que a lei não lhe concede, escolher o momento mais propício para a prolação de uma decisão condenatória, com o natural agravamento que daí decorre a nível da coima concreta a aplicar.

- A decisão recorrida, por sua vez, padece de vários erros na apreciação da prova no que diz respeito ao procedimento em causa de recepção, registo e pedido de levantamento do contador.

- É evidente que, tendo a Recorrente agido com base num erro ocasionado por um lapso de uma funcionária da empresa que lhe presta os serviços de atendimento a clientes, não tinha consciência, nem queria cometer a infracção que lhe é imputada, devendo pois ser liminarmente afastada a hipótese do dolo.

- Ainda que se seguisse de perto a tese da ERSE, de que nos processos de contra-ordenação, para se provar o dolo, basta demonstrar que o visado não tomou as providências adequadas para evitar a conduta infractora, ter-se-ia forçosamente de concluir que a Recorrente não agiu com dolo, porque, na verdade, tomou todas as medidas adequadas para evitar a infracção.

- O facto de a Recorrente ter adicionado um novo controlo aos procedimentos de rescisão, que passou a implicar que um supervisor confirmasse os dados dos clientes (inseridos por um funcionário), não demonstra que as providências organizativas adoptadas pela Recorrente ao nível dos seus procedimentos, não permitiam, à data, minimizar adequadamente os riscos da ocorrência de interrupção indevidas. A Recorrente tinha os procedimentos que lhe pareciam mais adequados, mas, envolvendo a intervenção humana, são naturalmente falíveis.

- A alteração realizada no procedimento de rescisão de contratos de fornecimento de gás e electricidade não revela mais que uma forte consciência da responsabilidade da Recorrente e vontade de cumprir rigorosamente os ditames da lei.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

- Acresce que, se a Recorrente tivesse admitido como possível que uma situação destas poderia ocorrer, teria alterado os seus procedimentos antes, pois, obviamente, é quem mais sai prejudicada com este tipo de erros.

- Não pode, pois, ser dado como provado que a Recorrente agiu, sequer, com dolo eventual, uma vez que, até esta situação ter ocorrido, estava convencida de que o seu procedimento interno de rescisão dos contratos concretamente, os seus procedimentos de identificação e confirmação dos clientes e dos respectivos contratos, eram os mais adequados.

- Acresce que, no específico caso dos autos, o comportamento da funcionária não pode ser imputado à Recorrente, na medida em que aquela agiu contra instruções expressas desta.

- Assim, a inobservância dos deveres de cuidado da funcionária da SIBS ao realizar o registo do pedido de rescisão do contrato, que originou o erro em causa no presente processo, na medida em que consubstancia simultaneamente uma violação de instruções expressas emanadas pela Recorrente, não lhe pode ser imputada, pelo que não pode esta ser responsabilizada sequer pela prática da contra-ordenação a título negligente.

- Por conseguinte, inexistindo um nexo de imputação subjectivo entre o facto e a Recorrente, não se encontra preenchido o tipo contra-ordenacional indicado na nota de ilicitude, devendo o processo ser arquivado sem mais.

- Finalmente, olhando para os factos em causa e para as suas consequências (irrisórias), conclui-se que a coima aplicada é absurdamente elevada.

- Afinal, a Recorrente foi condenada no pagamento de uma coima de € 15.000,00 pelo facto de uma funcionária de uma empresa externa, agindo contra instruções expressas por si emanadas, ter omitido um procedimento obrigatório que conduziu a que errasse na identificação de uma cliente, ocasionando o corte de abastecimento de gás natural de outra cliente durante 1 dia.

- Perante a diminuta gravidade da conduta, a inexistência de prejuízos para o sector, para os consumidores e para a actividade regulatória da ERSE, impunha-se que a ERSE, julgando verificada a prática da contra-ordenação, se limitasse a proferir uma mera admoestação, nos termos do disposto no art.º 34.º do RSSE.

- Mas, optando pela condenação da Recorrente numa coima, sempre se imporá a aplicação de uma coima num valor muito inferior ao que foi fixado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

- Na fixação do montante da coima, devem ser tomados em consideração as circunstâncias elencadas no art.º 32.º do RSSE.

- Em primeiro lugar, quanto à duração da infracção deve relevar-se que foi, como já se referiu, muito curta.

- Em segundo lugar, deve ser ponderado que a alegada infracção não teve qualquer impacto no cumprimento das atribuições da ERSE ou no interesse geral dos sectores regulados.

- Em terceiro lugar, deve considera-se que a Recorrente não retirou qualquer benefício, patrimonial ou não patrimonial, da prática da suposta infração, pelo contrário, suportou os custos de instalação do novo contador de gás e da inspecção obrigatória.

- Em quarto lugar, não pode deixar de sobrepesar a reduzida gravidade da conduta, não só porque foi ocasionada por um erro operacional de uma funcionária externa, que agiu contra instruções expressas da Recorrente, como também porque consubstancia um caso isolado e sem consequências de relevo para a cliente e para o sector económico em questão.

- Em quinto lugar, há que tomar em linha de conta a conduta posterior da Recorrente, que tudo fez para resolver a situação o mais depressa possível, tendo logrado restabelecer o fornecimento de gás natural no prazo de 1 dia.

- Atente-se também que da conduta em causa não sobrevieram quaisquer prejuízos para as clientes.

- Igualmente deve ser tomado em consideração que a Recorrente adicionou um novo controlo aos procedimentos de rescisão, sendo que, desde então, não ocorreu qualquer situação semelhante à dos autos.

- Quanto ao antecedente contra-ordenacional da Recorrente, indicado na decisão final, não deve ser aqui relevado, porquanto se refere a uma contra-ordenação pouco grave e de natureza totalmente distinta da que está em causa neste processo.

- Finalmente, há que considerar a total colaboração prestada pela Recorrente à ERSE neste processo.

- Face a todas estas circunstâncias, conclui-se que o valor da coima aplicada à Recorrente – € 15.000,00 - é manifestamente exagerado e desproporcional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Municipio, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

- Com fundamento nas razões que antecedem, caso o Tribunal venha a julgar que se verifica a prática da contra-ordenação imputada à Recorrente na nota de ilicitude, deverá tomar em linha de conta todos os factos e argumentos supra expedidos e, nos termos dos disposto no art.º 34.º do RSSE, deverá limitar-se a proferir uma admoestação.

- Subsidiariamente, se o Tribunal entender que deverá aplicar uma coima, não poderá deixar de ponderar as circunstâncias atenuantes referidas no art.º 32.º do RSSE, aplicando uma coima perto do seu limite mínimo.

Conclui a arguida/recorrente, requerendo a procedência do recurso com a revogação da coima aplicada, tendo apresentado prova documental e arrolado prova testemunhal.

1.3. A ERSE veio remeter o processo nos termos e para os efeitos do artigo 49.º, n.º 2, do Regime Sancionatório do Sector Eléctrico (RSSE), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, aprovado pela Lei n.º 99/2009 de 4 de Setembro, juntando as respectivas alegações (cfr. fls. 434 a 460).

1.4. O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-ordenações (R.G.CO.), aprovado pelo Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (fls. 463).

1.5. Por ser tempestivo e legalmente admissível, foi admitido o presente recurso de contra-ordenação e designado dia para a realização de julgamento.

1.6. Nada obstando ao conhecimento do mérito dos autos, procedeu-se à realização da audiência de julgamento, com observância do legal formalismo, conforme se alcança das respectivas actas.

1.7. Reaberta a audiência foi comunicada alteração não substancial dos factos e da qualificação jurídica constantes da decisão administrativa, tendo a arguida/recorrente exercido o seu direito de pronúncia.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

2.1.Factos provados.

Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão da mesma, resultaram provados os seguintes factos:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

A) Da decisão administrativa:

1. A **Galp Power, S.A.** é um comercializador de gás natural e de electricidade natural;
2. A Setgás – Sociedade de Distribuição de Gás Natural, S.A. (Setgás) é um operador de rede de distribuição do sector do gás natural.
3. A **Galp Power, S.A.** detinha, a 31-12-2013, no sector do gás natural uma carteira de clientes no mercado liberalizado de cerca de [REDACTED]
4. Por contrato celebrado com [REDACTED] portadora do cartão de cidadão n.º [REDACTED] a arguida/recorrente fornece electricidade e gás natural no local de consumo sito na [REDACTED]
5. Por contrato celebrado com [REDACTED] a arguida/recorrente fornece electricidade e gás natural no local de consumo sito na [REDACTED]
6. Os pontos de consumo dos referidos contratos inserem-se na área de concessão exclusiva da Setgás, S.A. que, na qualidade de operadora de rede de distribuição entrega gás natural às mencionadas clientes.
7. No dia 03-01-2014, [REDACTED] através do e-mail [REDACTED] solicitou à arguida/recorrente a cessação dos contratos de fornecimento de gás natural e de electricidade, indicando como data pretendida o próprio dia 13-01-2014.
8. No dia 08-01-2014, a arguida/recorrente dirigiu pedido ao operador da rede de distribuição, Setgás – Sociedade de Distribuição de Gás Natural, S.A. (Setgás), na plataforma informática de Gestão do Processo de Mudança de Comercializador (GPMC), para que este operador procedesse ao levantamento do contador de gás natural associado ao Código Universal de Instalação (CUI) da cliente [REDACTED] determinando a interrupção do fornecimento.
9. Como fundamento deste pedido, a **Galp Power, S.A.**, alegou a rescisão do respectivo contrato de fornecimento de gás natural por parte da cliente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

10. No dia 09-01-2014, a arguida/recorrente, através da referida plataforma, procedeu ao agendamento do levantamento do contador no local de consumo referido em 4) para o dia 13-01-2014 a realizar pela operadora de rede, Setgás, S.A.

11. Na sequência do agendamento, em 12-01-2014, a Setgás, S.A. enviou uma mensagem escrita para o telemóvel de [REDACTED] com o seguinte teor: *“relembramos que está agendada visita técnica para o dia 13-01 no período horário entre as 16h00 e as 18h. Obrigado”*.

12. A interrupção do fornecimento de gás natural ocorreu em 13-01-2014.

13. No dia 14-01-2014 a cliente [REDACTED] reclamou pessoalmente à arguida/recorrente da interrupção indevida do fornecimento de gás natural.

14. No dia 14-01-2014 a arguida/recorrente submeteu à Setgás, S.A. um pedido de colocação de contador/ligação com inspecção para o CUI da cliente [REDACTED]

15. No dia 15-01-2014 o fornecimento de gás natural foi restabelecido.

16. A arguida/recorrente enviou à cliente [REDACTED] a comunicação escrita de fls. 2 que aqui se dá por reproduzida.

17. A arguida/recorrente sabia, nem podia desconhecer, que era um comercializador de gás natural; que celebrou contrato com [REDACTED] nos termos descritos no ponto 4); que procedeu ao agendamento do levantamento do contador no local de consumo referido em 4), e que permitiu que a Setgás, S.A., em execução do seu pedido, procedesse à recolha do contador e à interrupção de fornecimento de gás natural.

18. A arguida/recorrente quis actuar enquanto comercializador de gás natural; celebrar com [REDACTED] contrato nos termos descritos no ponto 4); dirigir à Setgás, S.A. pedido para levantamento de contador no local de consumo referido em 4); proceder ao agendamento do levantamento do contador no respectivo local de consumo.

19. A arguida/recorrente é um comercializador de energia que tinha o domínio da recepção de pedidos de interrupção de fornecimento, de transmissão de informação e de agendamento junto do operador de rede de distribuição.

20. A arguida/recorrente não agiu com o cuidado devido na análise do registo constante na plataforma Open SGC, tendo enviado o pedido para levantamento do contador



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

ao operador de rede Setgás, S.A. sem verificar que o pedido de rescisão enviado por mail não correspondia aos dados do registo.

21. A arguida/recorrente integra o grupo Galp Energia.

22. No exercício do ano 2013, a arguida/recorrente apresentou um resultado líquido de [REDACTED] e resultados operacionais de [REDACTED] com proveitos operacionais no total de [REDACTED] e gastos operacionais no total de [REDACTED]

23. A arguida assumiu os custos de instalação de novo contador de gás natural e da inspeção obrigatória.

24. A arguida não obteve quaisquer benefícios com a interrupção de fornecimento.

25. A arguida/recorrente foi condenada no processo de contra-ordenação da ERSE n.º 3/2014 pela emissão de facturação sem discriminação montante referente aos custos de interesse económico geral.

*

B) Da defesa:

26. A SIBS foi contratada pela Recorrente para lhe prestar os serviços de front office na gestão dos contratos dos clientes de gás natural e electricidade.

27. A SIBS é responsável pelo canal de atendimento escrito, que assegura todos os contactos com os clientes.

28. A arguida/recorrente não dispõe de um sistema de integração automática na sua plataforma de sistemas de informação dos e-mails recebidos dos clientes nas *mailboxes*, sendo a SIBS que assegura o registo e a gestão dessas comunicações.

29. A SIBS contava com uma determinada funcionária, que prestava estes serviços de *front office* à Recorrente.

30. O e-mail da cliente [REDACTED] de 03/01/2014, com o pedido de rescisão do contrato foi recepcionado pela referida funcionária da SIBS, que deu seguimento ao pedido.

31. Esta funcionária inseriu, por mero lapso, na plataforma Open SGC, os dados de identificação de outra cliente, em lugar de inserir os dados de identificação da cliente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

████████████████████ inseriu os dados de identificação da cliente ██

32. A funcionária da SIBS incumpriu o procedimento interno da arguida/recorrente para a rescisão de contratos de fornecimento de gás natural e electricidade, ao não ter confirmado os restantes elementos de identificação da cliente - o apelido completo, a morada, o CUI, o NIF e o número do contrato.

33. A funcionária da SIBS submeteu o pedido de levantamento do contador de gás natural associado ao CUI da cliente errada.

34. A arguida/recorrente não contactou a cliente antes de proceder ao agendamento do levantamento do contador na plataforma GPMC.

35. A cliente ████████████████████ apenas foi avisada do dia do levantamento do contador no dia 12/01/2014, por sms enviada pela Setgás, que informava que a visita técnica estava agendada para o dia seguinte.

36. De acordo com o procedimento interno da Recorrente à data dos factos, quando os clientes indicam a data pretendida para a rescisão, não são mais contactados pela Recorrente.

37. A cliente ████████████████████████████████████ indicou a data da rescisão do contrato e não foi mais contactada pela arguida/recorrente.

38. A data em que se procedeu ao levantamento do contador não correspondia à data indicada pela cliente porque esta indicou como data da rescisão o próprio dia em que enviou o formulário da rescisão.

39. De acordo com o procedimento interno, quando o cliente indica como data de rescisão uma data muito próxima da data do pedido, e não sendo possível cumprir essa data, a arguida/recorrente agenda o levantamento do contador para a data mais próxima possível, assumindo que o cliente pretende a rescisão com urgência.

40. A sms enviada pelo operador de rede é uma mensagem padronizada, utilizada pelo operador de rede em todas as situações, independentemente do fundamento que conduz ao levantamento do contador.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

41. A arguida/recorrente tomou conhecimento de que a cliente [REDACTED] não queria rescindir o contrato de fornecimento de gás natural no dia 14/01/2014.

42. Se a arguida/recorrente soubesse que esta cliente não tinha pedido a cessação do contrato de fornecimento de gás, nunca solicitaria à Setgás que lhe retirasse o contador e interrompesse o fornecimento de gás.

43. A arguida/recorrente actuou com a convicção de que a solicitação à Setgás de interrupção de fornecimento de gás natural à cliente [REDACTED] tinha por base um pedido desta de rescisão do seu contrato.

44. A cliente [REDACTED] não pediu qualquer compensação à arguida/recorrente.

45. A arguida/recorrente disponibiliza aos seus clientes um formulário para a cessação dos contratos, como o que foi utilizado pela cliente [REDACTED] que contém todos os dados necessários para a sua correcta identificação.

46. O programa informático de gestão de clientes contém toda a informação referente à identificação dos clientes e dos respectivos contratos e ainda o histórico de todos os contactos e intervenções técnicas, permitindo, assim, o cruzamento da informação fornecida pelo cliente com a informação da arguida/recorrente e a confirmação das acções a emprender.

47. Desde o início da prestação de serviços entre a arguida/recorrente e a SIBS em Janeiro de 2013 até Fevereiro de 2014, a arguida/recorrente realizou 6449 interrupções de contratos de fornecimento.

48. Dos registos de interrupções de contratos de fornecimento não consta outro levantamento de contador não solicitado pelo respectivo cliente além do ocorrido em 13-01-2014 quanto à cliente [REDACTED]

*

2.2.Factos não provados.

Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão da mesma, não resultaram provados os seguintes factos:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

49. A cliente [REDACTED] foi contactada telefonicamente pelos serviços da arguida/recorrente em data não apurada mas anterior a 13/01/2014 para agendamento de interrupção do fornecimento de gás natural

50. Nessa mesma comunicação telefónica, a cliente deixou claro que não tinha solicitado qualquer interrupção do fornecimento, tendo-lhe sido dito que resolveriam a situação.

51. O referido em 13) foi feito na pessoa do mandatário da cliente [REDACTED]

52. A arguida/recorrente agiu com consciência de ilicitude dos factos por si praticados.

53. A arguida/recorrente agiu consciente e voluntariamente na comissão da infracção *que lhe é imputada a título de dolo eventual*.

54. A arguida/recorrente sabia, nem podia desconhecer, que a cliente [REDACTED] foi contactada telefonicamente pelos serviços da arguida/recorrente em data não apurada mas anterior a 13/01/2014.

55. A arguida/recorrente quis permitir que o fornecimento de gás natural fosse interrompido no local de consumo referido no ponto 4), apesar de não se verificar caso fortuito ou de força maior, razões de interesse público, de serviço ou de segurança, ou facto imputável ao cliente a a terceiros, nem acordo com o cliente, mesmo após lhe ter sido transmitido telefonicamente pela cliente que não tinha solicitado qualquer interrupção do fornecimento.

56. Desde Maio de 2014 a arguida/recorrente adicionou um novo controlo aos procedimentos de rescisão, que passaram a implicar que o funcionário-supervisor confirmasse os dados dos clientes inseridos por funcionários-assistentes.

*

57. O referido em 31) ficou-se a dever *exclusivamente* à circunstância de a cliente [REDACTED] que endereçou o pedido de rescisão, ter indicado um número de contrato que não correspondia ao seu.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

58. A funcionária fez a pesquisa pelo nome, mas, tendo as duas clientes o mesmo primeiro e último nome (██████████), aquela assumiu que o pedido de rescisão pertencia à cliente ██████████

59. Antes de a cliente ██████████ redigir a reclamação numa loja da Reclamante, já lhe tinha sido comunicado que constava do sistema a informação de que teria solicitado a rescisão do contrato por e-mail.

60. A cliente ██████████ informou a Recorrente e a Setgás de que não havia denunciado o contrato de fornecimento de gás natural após a interrupção deste serviço.

61. A cliente ignorou a sms com o agendamento da visita técnica enviada pela Setgás no dia 12/01/2014, tendo apenas reagido à interrupção do fornecimento quando se apercebeu de que não tinha gás, o que só ocorreu em 14/01/2014.

62. A Recorrente agiu sem consciência da ilicitude dos factos por si praticados.

63. A Recorrente tomou todas as medidas que estavam ao seu alcance para minimizar os efeitos do erro que ocasionou a cessação do contrato de fornecimento de gás natural e electricidade à cliente em causa.

64. A interrupção do fornecimento não terá causado mais que um *pequeno incómodo* para a cliente, uma vez que, desde que reportou o problema, altura em que se apercebeu que estava sem gás em casa, até ao restabelecimento do fornecimento, apenas passou 1 dia.

65. A Recorrente não atribuiu qualquer compensação à cliente, porque esta nunca o pediu, porque, na verdade, não sofreu qualquer prejuízo.

66. A Recorrente dá formação aos funcionários externos antes de começarem a prestar os seus serviços, sendo transmitidas todas as medidas procedimentais e de segurança na gestão dos contratos dos clientes, sendo expressamente transmitido aos funcionários da SIBS que devem sempre confirmar todos os elementos de identificação dos clientes e dos respectivos contratos.

67. É transmitido aos funcionários que devem confirmar os dados de identificação dos clientes e dos contratos, ambos disponíveis na plataforma Open SGC, nos formulários dos pedidos, ou noutras comunicações enviadas pelos clientes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

68. A funcionária da SIBS teve formação procedimental e de segurança ministrada pela Recorrente, tendo recebido as referidas instruções muito recentemente.

*

69. Os procedimentos instituídos, à data dos factos, pela **Galp Power, S.A.**, nos termos em que eram operacionalizados *não permitiam minimizar adequadamente os riscos da ocorrência de interrupções indevidas.*

* * *

*

III.MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO.

O Tribunal formou a sua convicção sobre os factos que eram imputados à arguida/recorrente na decisão administrativa, com base no conjunto da prova produzida em audiência de julgamento, tendo sempre em atenção o disposto no art. 127.º do C.P.P., isto é, considerando o princípio de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção, baseou-se na análise conjugada dos depoimentos das várias testemunhas ouvidas em julgamento e da documentação junta aos autos.

Importa relevar que o *processo contra-ordenacional é, estruturalmente um processo judicializado, legal, equitativo, inquisitório, leal e célere*, valendo quanto à produção de prova *os princípios da publicidade, oralidade, concentração e investigação, sem que vigore o princípio da imediação na sua versão rígida* (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, pág. 146 e 148), admitindo-se, pois, que a produção de prova na fase administrativa mantenha validade, desde que susceptível de oportunidade de impugnação, e que se valore as declarações confessórias do arguido em sede de defesa escrita ou em alegações de recurso.

A produção de prova realizada em audiência de julgamento, em conjugação com os restantes elementos probatórios dos autos, confluíu, sem apelo de dúvida razoável, para a convicção probanda acima consignada nos pontos 1) a 69).

Os documentos constantes dos autos, por não conterem quaisquer elementos susceptíveis de indiciarem a sua falsidade, nem conterem informações inverosímeis e/ou



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

contraditórias, lograram criar no Tribunal a convicção de veracidade do teor dos documentos e factos aí vertidos.

Aproveitamo-nos da instrução documental do processo, nomeadamente a folha e reclamação de fls. 1 elaborada pela cliente [REDACTED] datada de 14-01-2014; comunicação da arguida/recorrente de fls. 2 na qual reconhece a rescisão indevida do fornecimento de gás natural; comunicações electrónicas de fls. 18 a 20 pelas quais se confirma a religação do fornecimento por impossibilidade de outra data; defesa escrita de fls. 40 a 51; comunicação electrónica e formulário de rescisão de contrato pela cliente [REDACTED] de fls. 53 e 54 (ou fls. 137 e 139), dirigida a Galp On, Gás Natural; registo informático de gestão de clientes de fls. 56 (ou fls. 140) relativo à rescisão de contrato imputado à cliente [REDACTED] com descrição do e-mail enviado pela cliente [REDACTED]; registo informático de gestão de clientes de fls. 58 (ou fls. 142) relativo à reclamação por rescisão indevida de contrato da cliente [REDACTED]; registo informático de gestão de clientes de fls. 60 e 62 (ou fls. 144 e 146) com descrição de contactos efectuados pela arguida/recorrente; relatório de gestão e contas de 2013 de fls. 148 a 206; plano de formação inicial da SIBS de fls. 513; procedimento de rescisão de gás e/ou electricidade em vigor desde Janeiro de 2014 de fls. 514 a 525; contrato de prestação de serviços entre a GDP Serviços, S.A. e a SIBS PROCESSOS – Serviços Interbancários de Processamento, S.A. de fls. 526 a 544; anexo I para *business process outsourcing* do canal escrito GN&Power de fls. 545 a 553; anexo II para proposta técnica de canal escrito Gás & Power Galp Energia de fls. 554 a 608; anexo III para proposta comercial BPO canal escrito Gás & Power Galp Energia de fls. 609 a 624; anexo IV para plataformas tecnológicas BPO canal escrito Gás & Power Galp Energia de fls. 625 a 644; anexo V para formação de fls. 645 a 653; procedimento de rescisão de gás e/ou electricidade em vigor desde Janeiro de 2013 de fls. 690 a 700 e junto com o requerimento de 01-12-2015.

Estes elementos documentais, nunca infirmados (aparte o conteúdo da reclamação apresentada), permitem fixar plena convicção quanto à identificação; natureza e objecto social da arguida/recorrente e da Setgás, S.A.; relação contratual estabelecida com as clientes [REDACTED] e [REDACTED]; pedido escrito de resolução de contrato enviado pela cliente [REDACTED]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

inexistência de pedido de resolução pela cliente [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] circunstâncias logísticas (recepção de pedido pelo *front office*, registo na plataforma, análise pelo *back office* e envio de pedido de levantamento ao operador de rede) temporais de interrupção de fornecimento à cliente [REDACTED] agendamento do levantamento; envio de sms pelo operador de rede; recolocação do contador pela arguida/recorrente após conhecimento da situação.

Relevando o exercício do direito de defesa pela arguida, com admissão expressa de factos constantes na decisão administrativa (mormente no que respeita à circunstanciação temporal e motivacional da interrupção de fornecimento, existência de antecedentes contra-ordenacionais e levantamento do contador), o depoimento colaborante, crítico e espontâneo de **Ana Mafalda Costa Ferreira**, responsável pela área de *customer care e experience* da arguida/recorrente, veio corroborar e enquadrar, o acervo documental, atestando, de modo proficiente, a externalização dos serviços de *front office* de recepção de pedidos escritos à SIBS; os procedimentos de análise do pedido no *front office* com registo do pedido; a subsequente recepção desse registo nos serviços de *back office* da arguida/recorrente (não externalizados à data dos factos) e encaminhamento do pedido de levantamento para o operador de rede.

O erro narrativo da testemunha acerca da vigência do contrato de prestação de serviços celebrado com a SIBS e sobre a vinculação dos procedimentos de controlo e validação dos pedidos escritos recebidos pelo *front office*, foi cabalmente esclarecido e dirimido pelo contexto antecedente da data da celebração dos contratos e pelo qual resultava já a actuação da SIBS na prestação de serviços e a existência daqueles procedimentos à data em que foi efectuado o pedido de resolução.

Por outro lado, o depoimento foi absolutamente assertivo na identificação da falta de diligência da funcionária do *front office* na inserção do registo informático, imputando o pedido à cliente [REDACTED] e, principalmente, na intervenção dos serviços de *back office* da arguida/recorrente e na inexistência de análise e verificação do próprio conteúdo do registo, do qual já constava a desconformidade entre a cliente declaratória [REDACTED] e a cliente visada [REDACTED].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

O registo informático de gestão de clientes de fls. 56 (ou fls. 140) relativo à rescisão de contrato imputado à cliente [REDACTED] contém um campo no qual se transcreveu o conteúdo da comunicação electrónica enviada pela cliente [REDACTED] constando do mesmo várias referências ao nome completo da cliente e da titular do contrato.

Sendo certo que esta testemunha assume uma posição de interesse para com a arguida/recorrente, o relato trazido a Tribunal que procurava assinalar a génese causal da interrupção provocada à cliente [REDACTED] nos serviços de *front office* foi feito com suficientes índices de convencimento, especialmente porque, quando foi confrontada com a intervenção dos serviços de *back office*, sobre as alterações de procedimentos nestes serviços (a comercializadora passou a enviar sms confirmativo dos levantamentos a par da operadora de rede como era feito para o sector da electricidade), esta testemunha reconheceu que a adopção de procedimentos de controlo naqueles serviços de *back office* permitem uma maior qualidade, eficiência e conformidade da actuação da arguida/recorrente na relação com os consumidores finais.

O comportamento da arguida/recorrente subsequente do conhecimento da reclamação também foi devidamente elucidado pela referida testemunha e confirmado no depoimento de [REDACTED] dando-se por provados todos os factos da defesa alegados quanto a este aspecto.

Daí que, sopesada a qualidade probatória deste testemunho, assente o valor probatório dos documentos juntos e compreendido o procedimento de gestão dos pedidos de resolução e encaminhamento praticados pela arguida/recorrente à data dos factos, se tenha firmado convicção nos termos consignados nos pontos 20), 33), 41), 42), e 46).

Quanto ao alegado agendamento sem contacto prévio com a cliente [REDACTED] importa dizer que o depoimento realizado por esta testemunha em audiência prejudica que se siga a posição da autoridade administrativa, privilegiando o conteúdo da reclamação sobre a imediação testemunhal e sobre a indiciação documental de que não houve qualquer contacto por inexistência de registo.

Neste segmento, a testemunha começa por referir, repetida e convictamente, que apenas recebeu uma sms no dia anterior, que não deu *importância* nem *ligou*, e que, após a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

percepção de que não dispunha de gás, reagiu junto da arguida/recorrente, nomeadamente pela apresentação de reclamação em loja. Estas declarações foram igualmente acompanhadas de um enquadramento motivacional desenvolvido em torno da ideia de que, tendo hipotético conhecimento prévio do fornecimento, jamais iria aguardar pela interrupção.

Todavia, confrontada com o teor da reclamação, já admite a testemunha que houve efectivamente um contacto telefónico com os serviços da Galp onde lhe havia sido garantido que tal levantamento ou interrupção não iria acontecer.

Esta antagónica dualidade de versões, conjugada com a natural dificuldade da reconstituição memorial, possível anacronismo e confusão entre avisos da interrupção do fornecimento de gás e electricidade, subtrai valor confirmativo da reclamação, implicando que se consigne juízo probatório negativo quanto à existência/inexistência de contactos prévios estabelecidos entre a cliente a arguida/recorrente. Fica um espaço de dúvida não resolvido.

Nesta sequência, a conclusão probatória de que a arguida representou o resultado da sua conduta (interrupção ilícita) e conformou-se com a mesma perde qualquer sustento probatório ou discursivo, desgarrando-a de apoio nesta convicção, soçobrando a omissão do dever de cuidado já enunciado. O envio de pré-aviso, nos termos do art.º 59.º, n.º 2 do Regulamento n.º 139-D/2013, cabe à operadora de rede. Ainda que assim não fosse e se entendesse que a arguida deveria ter enviado um pré-aviso de quebra de fornecimento, a sua omissão apenas exponencia a falta de cuidado e diligência, insuficiente para sustentar factualmente o querer ou a conformação com o acto lesivo. Daí que os factos atinentes ao dolo por conhecimento cognitivo e volitivo tenham resultado não provados – pontos 52) a 56).

Nenhuma outra prova, documental ou testemunha, directa ou indiciária, se fez sobre o novo controlo de procedimentos com supervisão de superior hierárquico (a testemunha **Ana Ferreira** não o confirmou); sobre contactos com mandatário da cliente visada; sobre a exclusiva causalidade do erro da funcionária da SIBS pela errada indicação do número de contrato (contraditório com o incumprimento das obrigações de validação) e sobre contactos precedentes da reclamação.

Depois, provada a falta de cuidado na gestão do pedido no *back office* e eliminado factualmente o dolo, não se pode seguir a conclusão probatória da defesa quanto à falta de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

consciência da ilicitude (a arguida conhecia o regime legal e todos os elementos descritivos constantes do registo na plataforma informática); quanto à tomada de todas as precauções; quanto à qualificação de *pequeno incómodo* e efectiva duração de um dia, sobre a dependência de atribuição de compensação pelo mero exercício potestativo da vontade da cliente; sobre a formação ministrada pela arguida/recorrente (o contrato de prestação de serviços confirma que a formação é dada pela SIBS); sobre a formação de todos os funcionários da arguida/recorrente (os funcionários de *back office* não tinham formação para validação conforme referiu a testemunha **Ana Ferreira**) ou sobre a absoluta inexistência de situações similares (a afirmação pela testemunha **Ana Ferreira** não serve a amplitude de confirmação probatória exigível).

O exercício da defesa da arguida na sequência da alteração não substancial dos factos não tange com a convicção formada quanto aos factos provados, porquanto a adequação dos procedimentos que preside à argumentação quanto à inexistência de culpa ou omissão no dever de cuidado refere-se aos procedimentos no front office.

O dever de cuidado omitido diz respeito à análise do registo constante na plataforma Open SGC e ao envio subsequente do pedido – facto provado **20**). Ou seja, o dever de cuidado omitido diz respeito aos serviços de back office, quando a elaboração e adopção de manuais de procedimentos se dirige aos funcionários de front office.

Daí que o ponto **69**) (comunicado na reabertura da audiência) mereça resultado probatório negativo pelo seu sentido conclusivo.

Os factos provados **47**) e **48**) auferem da prova documental junta pela arguida em 18-12-2015, não infirmada e corroborada pelas afirmações da testemunha **Ana Ferreira** quanto à inexistência de outros casos semelhantes aos factos em apreciação, nada obstando à verosimilhança probanda dos registos apresentados pela arguida/recorrente após a comunicação da alteração não substancial de factos.

As demais alegações do recurso de impugnação revestem carácter argumentativo, conclusivo ou repetitivo dos factos acima vertidos.

* * *

*

IV. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” artigos 4.º, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO.). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

Impõe o presente recurso que se aprecie apenas as seguintes questões:

- O art.º 32.º, n.º 2 do R.S.S.E. não deve ser aplicado por desconformidade com a Constituição da República Portuguesa?

- A arguida agiu em erro?

- A arguida praticou a contra-ordenação prevista e punida pelo art.º 29.º, n.º 1 al W) do R.S.S.E?

- A responsabilidade contra-ordenacional da arguida deve ser excluída nos termos do art.º 37.º, n.º 5 do R.S.S.E?

- Deve ser aplicada à arguida/recorrente a sanção de admoestação?

- Qual a medida da coima a aplicar à arguida?

* *

4.1. Da constitucionalidade do art.º 32.º, n.º 2 do R.S.S.E.

O art.º 32.º, n.º 2 do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO (R.S.S.E.), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, refere que **a coima determinada para as respectivas contra-ordenações previstas no mencionado regime não pode exceder, para cada sujeito infractor, 10 % do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE.**

*

Lê-se no artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.) que *não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*, sendo que a competência da apreciação da constitucionalidade cabe ao Tribunal Constitucional, nos termos dos artigos 223.º, n.º 1 e 277 e seguintes da C.R.P.

O modelo de fiscalização da constitucionalidade introduzido em Portugal com a Constituição de 1976, consagra para os tribunais judiciais comuns um estatuto de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 227/15.0YUSTR

competência para conhecer e decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal fora da ordem judicial – primeiro a Comissão Constitucional e depois o Tribunal Constitucional, a partir de 1982.

Em nome do princípio da essencialidade, o controlo da constitucionalidade como processo especial é garantido, em última instância, por jurisdições também específicas (BLANCO DE MORAIS, Justiça Constitucional, TOMO I, 2ª Edição, Coimbra Editora, pág.133).

No entanto, o Tribunal da causa tem não só o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade e influir na apreciação de mérito da causa judicanda mas também o poder de conformar o próprio sentido da intervenção do Tribunal Constitucional ao limitar o conhecimento *a quem* da norma na sua aplicação ao caso concreto, cuja apreciação e procedência da *inconstitucionalidade nunca se fará em abstracto ou em tese*, pelo que se atribui às partes o direito fundamental de interpor recurso, sem prejuízo do sistema Português possibilitar diferentes graus de relevância do Tribunal Fundamental, designadamente o processo de fiscalização abstracta com vista à declaração com força obrigatória geral, após três decisões de inconstitucionalidade da mesma norma, em acordo com o disposto no art.º 281.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), (neste sentido JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, TOMO VI, Coimbra Editora, pág. 189).

*O art.º 204 da Constituição é, pois, o ponto de partida necessário da fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade) e significa, antes de mais que: a fiscalização pode e deve ser exercida por todos os Tribunais, seja qual for a sua categoria (cfr. art.º 209.º da C.R.P.) – a qual implica a possibilidade de conhecimento oficioso e uma decisão de apreciação e não apreciação com eficácia *inter partes*; por outro lado, a fiscalização dá-se nos «feitos submetidos a julgamento» nos processos em curso no tribunal, incidentalmente e não a título principal, não há acção judicial típica para a constitucionalidade – sendo apenas *admissível que alguém se lhe dirija propondo uma acção tendente à declaração ou à realização de um seu direito e interesse, cuja procedência depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade* (JORGE MIRANDA, ob. cit., pág. 192).*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

O conhecimento em fiscalização concreta pelos tribunais judiciais de primeira instância tem ínsito, pois, uma *questão prejudicial imprópria*, porque se trata de questão cumulada e dependente do julgamento do objecto principal do processo, que o juiz deve conhecer em qualquer fase, ainda que não seja decisão final e desde que se não tenha esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria em causa (neste sentido, JORGE MIRANDA, ob. cit., pág. 193).

Da brevidade desta consideração prévia, somos a concluir que a fiscalização concreta da constituição pelos tribunais judiciais, *ergo* de primeira instância, se firma como uma *competência natural e inseparável* da função jurisdicional, cuja vocação de conhecimento deve ser sindicada sempre que para tal se figure necessário, indissociável do princípio *jura novit curia*, e sempre que tal seja requerido pelas partes, sob o escrutínio do exercício legítimo de defesa, erigindo os Tribunais *a quo* como o principal meio de *garante activo* da Constituição, e promovendo a concretização, no caso concreto, do reduto intransponível do Direito Fundamental, como reconhecido na C.R.P.

*

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base (...) é essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo (JORGE MIRANDA, ob. cit., pág. 7).

Ainda que seja uma operação mais abrangente do que um mero juízo intelectual ou subsuntivo, os termos deste juízo de relação implicam, *prima facie*, um determinada norma constitucional – um instituto, princípio ou disposição, que rege um determinado comportamento do poder público e de entidades públicas, designadamente comportamentos de órgãos do poder político, positivos ou omissivos, subordinados a disposições infraconstitucionais e de Direito interno, de conteúdo normativo geral e abstracto.

A relação entre regra constitucional e comportamento envolve, necessariamente, uma *relação directa de desconformidade*, que se traduz numa *infracção directa* e imediata do acto concreto para com a *norma constitucional de fundo, de competência ou de forma*, por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 227/15.0YUSTR

oposição a uma mera incompatibilidade com um instituto que apenas tenha o seu estatuto principal regulado na Constituição, (neste sentido, JORGE MIRANDA, ob. cit., pág. 12).

Podemos definir inconstitucionalidade de um acto jurídico-público como a desconformidade do mesmo acto com o parâmetro constitucional a que se encontra submetido (BLANCO DE MORAIS, Justiça Constitucional, TOMO I, 2ª Edição, Coimbra Editora, pág.132).

De múltipla excursão doutrinária, a tipologia da inconstitucionalidade pode ser aferida sob diferentes critérios, que induzem a diferentes manifestações do juízo de inconstitucionalidade e consequentes repercussões no meio processual e dimensões do vício de desconformidade, como sejam, entre outras, a natureza do acto inconstitucional; inconstitucionalidade por acção ou omissão; total ou parcial consoante inquine todo o acto ou certos segmentos; originária ou superveniente quanto ao momento de edição das normas constitucionais; pretérita ou presente consoante o momento de vigência do imperativo fundamental; critério da imediaticidade da colisão, directa, indirecta ou subsequente; e, especialmente, no que tange ao conteúdo e ao vício (cfr. obras citadas, páginas 133 a 185 e 33 a 45, respectivamente).

Importante classificação, é aquela que coteja o tipo de vício a sindicar, *considera-se vício de um acto constitucional a ocorrência de um defeito ou de uma deformidade nos pressupostos ou nos elementos do acto, gerada pela desconformidade deste último com um parâmetro inserto na constituição* (BLANCO DE MORAIS, ob. cit., pág.133).

Distingue-se, então, entre inconstitucionalidade material ou interna – quando é ofendida uma norma constitucional de fundo, acarretando a *viciação de elementos objectivos do carácter substancial do acto*, pela violação do *sentido e escopo* da regra constitucional; constitucionalidade formal ou externa – quando sejam preteridas normas de forma *respeitantes à produção e revelação de um acto jurídico* e orgânica quando se trata de norma de competência (neste sentido BLANCO DE MORAIS, ob. cit., pág.138 a 160, concretizando, criticamente, os vários vectores destes vícios).

*

A matéria subjudice diz respeito a desconformidade material com os princípios da legalidade e da igualdade, previstos nos artigos 13.º, n.º 1 - *Todos os cidadãos têm a mesma*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

dignidade social e são iguais perante a lei, e 29.º, n.º 4 - ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido, ambos da C.R.P.

Ora, *prima facie*, apreciando a técnica legislativa da fixação da moldura sancionatória para as contra-ordenações do sector energético que difere do modelo prototípico do intervalo pecuniário, afigura-se-nos que a sua determinabilidade afasta qualquer conclusão pela arbitrariedade da sua aplicação por referência ao momento da concretização (ano anterior à decisão).

Um dos fundamentos para o estabelecimento de ilícitos contra-ordenacionais em matéria de regulação energética é justamente a prevenção de perigos e eventuais prejuízos que possam vir a incidir sobre os consumidores finais, dependentes do aprovisionamento, recepção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de gás natural a garantir pelas entidades que operam na Rede Nacional de Distribuição de Gás Natural.

Importa também referir que o legislador ordinário estabeleceu vários critérios para a determinação das coimas aplicáveis. De facto, nos termos do disposto no artigo 32.º, n.º 1 do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO (R.S.S.E.), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, para determinação da coima aplicável e tendo em conta os direitos e interesses violados, as contraordenações no âmbito da SNGN classificam-se em leves, graves e muito graves, definindo o subsequente artigo 29.º os escalões classificativos de gravidade das contraordenações.

Assim, no presente caso, a coima a aplicar corresponde ao limite mínimo previsto no art.º 17.º do R.G.CO., ex vi art.º 27.º do R.S.S.E., com o máximo previsto no art.º 33.º, n.º 2 do mesmo regime.

Não obstante o que se acaba de descrever, a recorrente argumenta que as normas aplicadas que fundamentaram a aplicação das aludidas coimas “*esta norma determina que o valor da coima depende do tempo que a ERSE demora a decidir, admitindo, portanto, a prolação de decisões muito díspares relativamente a agentes que pratiquem os mesmos factos, no mesmo momento*” e que “*ao fazer com que o quantum da medida da coima fique*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

exclusivamente dependente de circunstâncias incertas e futuras e não da situação existente à data da prática dos factos”.

Ora, o Tribunal Constitucional tem salientado, em diversas ocasiões, que o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão quanto à fixação legal dos montantes das coimas a aplicar, pelas razões explicitadas no Acórdão n.º 574/95 (disponível em dgsi.pt):

“Quanto ao princípio da proporcionalidade das sanções, tem, antes de mais, que advertir-se que o Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18º, nº 2, da Constituição. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há de gozar de uma razoável liberdade de conformação [cf., identicamente, os acórdãos nºs 13/95 (Diário da República, II série, de 9 de fevereiro de 1995) e 83/95 (Diário da República, II série, de 16 de junho de 1995)], até porque a necessidade que, no tocante às penas criminais é - no dizer de FIGUEIREDO DIAS (Direito Penal II, 1988, policopiado, página 271) - "uma conditio iuris sine qua nonde legitimação da pena nos quadros de um Estado de Direito democrático e social", aqui, não faz exigências tão fortes.

De facto, no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais - para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social.”

No mesmo sentido pronunciaram-se, mais recentemente, os Acórdãos n.ºs 62/2011, 67/2011, 132/2011, 360/2011, e 110/2012 (disponíveis em dgsi.pt). A título de exemplo, pode ler-se no Acórdão n.º 360/2011 que:

“(…) o legislador ordinário, na área do direito de mera ordenação social, goza de ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis, devendo o Tribunal Constitucional apenas emitir um juízo de censura, relativamente às soluções legislativas que cominem sanções que sejam manifesta e claramente desadequadas à gravidade dos comportamentos sancionados. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, neste campo, há de gozar de uma confortável liberdade de conformação, ainda que ressaltando



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade.”

Ora, o estabelecimento de um limite máximo referente a 10% do volume de negócios não é arbitrário, antes tem subjacente um critério legal assente na capacidade económica do infractor e não se mostra, em si mesmo, desadequado ou manifestamente desproporcionado relativamente à natureza dos bens tutelados e à gravidade da infração que se destina a sancionar.”

Em relação à circunstância de que tal norma permite uma actuação insidiosa da autoridade administrativa (escolhendo o período mais lesivo para a infractora) merece-nos o devido repúdio, no sentido em que nem se encontra indiciado neste caso um retardamento abusivo da prossecução da acção sancionatória nem a fixação daquele limite máximo impele a essa conclusão, pois que a determinação da coima deve respeitar os demais critérios de apuramento do quantum, corolários dos princípios da culpa, de subsidiariedade e das finalidades das penas.

O limite máximo deriva, portanto, de um factor certo e determinável inerente à actividade económica das pessoas colectiva.

Com efeito, conforme se afirmou no Acórdão n.º 110/2012:

“(…) o legislador pode instituir tratamento diferenciado em relação a pessoas coletivas com base justamente na específica natureza e características dessas entidades no confronto com as pessoas físicas que detenham personalidade individual. Essa fundamental distinção explica que se tenha assistido no âmbito do direito sancionatório, e em especial no domínio do direito de mera ordenação social, a uma progressiva responsabilização das pessoas coletivas, que se tem caracterizado também pelo estabelecimento de coimas de montantes mais elevados do que os determinados para as pessoas singulares em relação ao mesmo tipo de infração. Nesse sentido, o agravamento da moldura abstrata das coimas aplicáveis às pessoas coletivas foi consagrado como princípio geral no Regime Geral das Contraordenações, como ressalta do seu artigo 17º, que prevê como montante máximo da coima € 44 891,81 ou € 22 445,91, em caso de negligência, por contraponto aos limites de € 3 740,98 e € 1 870,49, para as pessoas singulares (cfr. PAULO PINTO



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contraordenações, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, págs. 76-77).

A norma em questão insere-se, por conseguinte, na lógica do sistema e na tradição legislativa adotada em sede de punição de contraordenações, com diferenciação dos limites aplicáveis, consoante se esteja perante pessoas coletivas ou singulares. E como também se assinala no citado acórdão n.º 569/98, essa diferenciação justifica-se pela inexistência de uma igualdade fáctica entre os agentes do ilícito contraordenacional quando se trate de pessoas coletivas e pessoas singulares, e também se explica, numa perspetiva de prevenção geral dos comportamentos ilícitos, pela necessidade de evitar a diluição da responsabilidade individual quando a infração seja imputável a uma entidade com personalidade coletiva.”

Em suma, decorre de todas as considerações precedentes que o legislador ordinário, na área do direito de mera ordenação social, goza de ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis, devendo os Tribunais Comuns emitir juízos de censura somente nos casos em que as soluções legislativas cominem sanções que sejam manifesta e claramente desproporcionais relativamente à gravidade dos comportamentos sancionados.

O entendimento exposto no Acórdão da Relação de Lisboa de 01 de Junho de 2010 e no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, processo n.º 619/2010 3ª Secção, relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral (citando o aresto da Relação) não contende com este entendimento e até o sufraga, salvaguardadas as devidas diferenças sobre o objecto normativo sobre o qual versou e que deixava espaço à conformação hermenêutica da referência ao “último ano”¹:

(...)

2. Sustentou-se, nas alegações desse recurso, que o n.º 1 do artigo 43.º e o artigo 46.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência) “teriam que ser considerados inconstitucionais, por violação do artigo 13.º, n.º 1, da CRP” caso se entendesse que o

¹ Actualmente, o art.º 69.º, n.º 2 do NOVO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, estabelece que *no caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infractoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.* Ou seja, os termos são em tudo idênticos ao art.º 32.º, n.º 2 do R.S.S.E.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

“último ano” aí referido – e cujo volume de negócios determina a moldura da coima aplicável – se não referiria ao ano anterior à infracção.

A esta questão respondeu o Tribunal da Relação de Lisboa por acórdão datado de 1 de Junho de 2010 e nos seguintes termos:

O excesso da coima aplicada na perspectiva desta Recorrente resulta desde logo da interpretação que defende para o preceituado no art. 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, no ponto em que manda atender na quantificação do seu limite máximo aos “10% do volume de negócios no último ano”.

Na leitura que faz, este “último ano” deveria corresponder ao ano anterior à infracção, o que no caso concreto nos reconduziria aos valores de 2005 e não aos de 2006, como efectivamente aconteceu.

Trata-se de disputa para a qual o referido acórdão desta Relação de 07/11/2007, no processo 7251/2007, não deixa de fornecer um contributo relevante: “o ano a considerar para a determinação do limite máximo da coima é aquele em que cessou a prática ilícita”.

Nem vemos que se possa entender de forma diferente.

Posto que tenhamos alguma dificuldade em conceber que a Autoridade da Concorrência possa atrasar ou adiantar um processo com o propósito preconcebido de assim poder fazer variar a expressão quantitativa de uma coima a aplicar, concordaremos que a eleição de um momento objectivo terá pelo menos o condão de conferir àquela definição um outro grau de “certeza”.

Por outro lado, sendo certo que o condicionamento do mercado da concorrência só tem sentido se houver uma razão económica que a justifique, a proximidade da consideração da cessação da conduta ilícita não deixará de espelhar mais fielmente em termos valorimétricos esse mesmo efeito de distorção.

Nessa conformidade, não vemos qualquer viabilidade interpretativa para aquela pretensão de fazer coincidir no caso dos autos o conceito volume de negócios “no último ano”, como o correspondente ao ano de 2005, uma vez que os factos em apreciação apontam para uma consumação portraída genericamente ao longo do ano de 2006.

Assim, na nossa perspectiva, não existe qualquer violência legal e constitucional na interpretação que foi feita quer pela Autoridade da Concorrência quer pelo Tribunal



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

recorrido em relação ao conceito de “último ano” mencionado no referido art. 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

3. É desta decisão que é interposto o presente recurso de constitucionalidade.

(...)

7. Sob apreciação está uma determinada interpretação do regime contra-ordenacional em matéria de concorrência no que respeita à determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima.

Na interpretação do regime legal acolhida pela decisão recorrida, para efeitos da determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, deve entender-se a referência feita, no artigo 43.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a “volume de negócios do último ano” como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita.

Tal significa que, nessa interpretação do regime legal, se procura, através de um critério objectivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstracta da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infracção, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infracção.

Ao fazer repercutir no valor da coima eventuais vantagens auferidas pelo arguido, o regime legal, na interpretação acolhida, visa, desde logo, desencorajar a prática da infracção.

Tal significa que da aplicação do regime legal, na interpretação acolhida pela decisão recorrida, verificar-se-á, necessariamente, uma correspondência entre o benefício económico obtido pela prática da infracção e o valor da coima aplicável.

Assim, o regime legal, na interpretação acolhida pela decisão recorrida, no sentido de que, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstracta da coima, se deve entender a referência feita a “volume de negócios do último ano” como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita, assegura que cada arguido não é penalizado em termos relativamente mais gravosos do que sucede relativamente a outro arguido.

Ao estar directamente relacionada com o benefício económico efectivamente auferido, não se põe relativamente ao critério do cálculo do seu valor qualquer problema de tratamento desigual.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

Tal significa que o parâmetro invocado pela recorrente – o princípio da igualdade – é inidóneo para apreciar, à luz da Constituição, a norma sub judicio.

Por último, diga-se que não faz qualquer sentido a alegação da recorrente de que a aplicação do regime legal, na interpretação acolhida, poderia levar à verificação de situações em que, por vicissitudes processuais, fossem proferidas várias decisões em processos separados relativamente a vários arguidos que tenham participado em determinada infracção anticoncorrencial, podendo suceder que relativamente a cada arguido fossem considerados volumes de negócios diferentes, na medida em que o ano em que houvesse cessado a prática ilícita fosse também diferente.

E não faz qualquer sentido, porque de duas uma: ou a infracção é singular e, nesse caso, não se verifica sequer o cenário imaginado pela recorrente ou a infracção é plural, caso em que a sua tramitação contra-ordenacional é sempre conjunta, existindo uma única decisão relativamente a todos os arguidos no âmbito de um único processo.²

Por conseguinte, o foco daquelas decisões está no factor da certeza jurídica e da determinabilidade, o que vale por dizer que, conjugado com o espaço de livre conformação do legislador, assegurados que estejam aqueles critérios e acautelados que sejam juízos arbitrários na determinação da coima, o artigo 32.º, n.º 2 do R.S.S.E. cumpre os requisitos de conformidade constitucional.

Conclui-se, pois, na senda do Ac. Tribunal Constitucional n.º 591/201, processo n.º 768/2014, 2.ª Secção, Relator: Conselheira Ana Guerra Martins:

Numa jurisprudência uniforme e constante, o Tribunal Constitucional tem entendido que o legislador ordinário goza de uma ampla liberdade de conformação, na definição de crimes e fixação de penas, sendo de considerar violado o princípio de proporcionalidade (artigo 18º, nº 2, da Constituição), apenas quando a sanção se apresente como manifesta e ostensivamente excessiva.

Em direito sancionatório, essa ampla liberdade de legislador ordinário só pode ser maior, quando exercida fora do âmbito criminal, como é o caso do direito de mera ordenação social.

² Nosso destacado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

Tudo visto e ponderado, **não se julga inconstitucional o artigo 32.º, n.º 2 do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro.**

* *

4.2. Do tipo contra-ordenacional e da responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas.

Nos termos do Decreto-Lei n.º 30/2006 de 15 de Fevereiro, que estabeleceu as bases gerais da organização e do funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) em Portugal, bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de recepção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de gás natural e à organização dos mercados de gás natural (cfr. art.º 1.º, n.º 1), são intervenientes no SNGN: *a) Os operadores das redes de transporte de gás natural; b) Os operadores de terminal de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL; c) Os operadores de armazenamento subterrâneo de gás natural; d) Os operadores das redes de distribuição de gás natural; e) Os comercializadores de gás natural; f) Os operadores de mercados organizados de gás natural; g) O operador logístico da mudança de comercializador de gás natural; h) Os consumidores de gás natural* - art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

O operador de rede de distribuição é uma entidade concessionária da RNDGN ou titular de uma licença de distribuição - art.º 30.º do Decreto-Lei n.º 30/2006.

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, reconhecendo-se a separação jurídica com outras actividades, nomeadamente da comercialização - art.º 31.º, n.º 1 e 38.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

Os comercializadores de gás natural podem contratar o gás natural necessário ao abastecimento dos seus clientes, através da celebração de contratos bilaterais ou através da participação em outros mercados, relacionando-se comercialmente com os operadores das redes e demais infra-estruturas da RNTIAT, às quais estão ligadas as infra-estruturas 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 - art.º 39.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

O relacionamento comercial com os clientes decorre da celebração de um contrato de compra e venda de gás natural, competindo aos comercializadores de gás natural exercer as funções associadas ao relacionamento comercial, nomeadamente a facturação da energia fornecida e a respectiva cobrança, bem como o cumprimento dos deveres de informação relativos às condições de prestação de serviço, na observância do Regulamento de Relações Comerciais e do Regulamento da Qualidade de Serviço e constituindo obrigação dos comercializadores de gás natural a manutenção de um registo actualizado dos seus clientes e das reclamações por eles apresentadas - art.º 39.º, n.º 3, 5 e 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

Prosseguindo, o fornecimento de gás natural, salvo casos fortuitos ou de força maior, só pode ser interrompido por razões de interesse público, de serviço ou de segurança, ou por facto imputável ao cliente ou a terceiros, nos termos previstos no Regulamento de Relações Comerciais – art.º 37.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 30/2006 (versão do Decreto-Lei n.º 230/2012 de 26 de Outubro).

Neste seguimento, o Regulamento n.º 139-D/2013 (publicado em Diário da República, 2.ª série, n.º 74, de 16 de Abril de 2013), que visa regulamentar as de Relações Comerciais do Sector do Gás Natural, prevê, no seu art.º 54.º, a casuística da interrupção do serviço prestado pelos operadores das redes que afecte o fornecimento de gás natural, com fundamento em: a) *casos fortuitos ou de força maior; b) razões de interesse público; c) razões de serviço; d) razões de segurança; e) facto imputável ao cliente e f) acordo com o cliente.*

Para o que nos interessa, *o serviço prestado pelos operadores das redes pode ser interrompido por facto imputável ao cliente quando o cliente deixa de ser titular de um contrato de fornecimento ou, no caso de um agente de mercado, de um contrato de uso das redes - art.º 59.º, n.º 1 al. a).*

Todavia, a interrupção do serviço prestado pelos operadores das redes nas condições previstas no número anterior, só pode ter lugar após pré-aviso, por escrito, com uma antecedência mínima relativamente à data em que irá ocorrer - art.º 59.º, n.º 2.

Do pré-aviso referido devem constar o motivo da interrupção do serviço, os meios ao dispor do cliente para evitar a interrupção, as condições de restabelecimento, bem como os preços dos serviços de interrupção e restabelecimento - art.º 59.º, n.º 5.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 227/15.0YUSTR

A interrupção de fornecimento de gás natural, por comercializador de gás natural nos casos não excepcionados ou permitidos por lei, **constitui contra-ordenação muito grave no âmbito do SNGN**, prevista nos termos do art.º 29.º, n.º 1 al. w) do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO (R.S.S.E.), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, e é sancionada com coima determinada nos termos do número anterior não pode exceder, para cada sujeito infractor, 10 % do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE nos termos do art.º 32.º, n.º 2 do R.S.S.E.

A tentativa e a negligência são puníveis nos termos gerais - art.º 30.º do R.S.S.E.³.

O tipo contra-ordenacional pode, então, ser qualificado como contra-ordenação específica própria (qualidade dos autores que fundamenta a ilicitude), **de resultado** (resultado é elemento do tipo, no caso, a interrupção), **sem processo típico** (critério do processo causal), **de tipo simples**, sem prejuízo da verificação de actos preparatórios ou de execução (critério da unidade de acções ilícitas), **de dano** (critério do bem jurídico) tendo-se que verificar efectiva lesão do bem jurídico, **duradouro** (critério da duração da lesão do bem jurídico), em que o **bem jurídico é eminentemente não pessoal** ainda que satisfaça um interesse comunitário essencial (segundo-se a classificação de TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, Almedina, 2.ª Edição, ponto III).

*

Pela prática das contraordenações previstas no R.S.S.E. podem ser responsabilizadas pessoas singulares e, independentemente da regularidade da sua constituição, pessoas colectivas, sociedades e associações sem personalidade jurídica – art.º 37.º, n.º 1 do R.S.S.E.

As pessoas colectivas são responsáveis pelas contraordenações previstas no R.S.S.E. *quando os factos tiverem sido praticados, no exercício das respectivas funções, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores* – art.º 37.º, n.º 2 do R.S.S.E. Não obstante, a *responsabilidade da pessoa*

³ A remissão para os termos gerais deve ser entendida como chamamento do regime de punibilidade da tentativa e da negligência previstos nos artigos 13.º e 17.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. o que, cotejadas com as regras de interpretação teleológica, cumpre, suficientemente, a regra da punibilidade especial na forma negligente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

colectiva é excluída quando o agente actue contra ordens ou instruções expressas daquela - art.º 37.º, n.º 5 do R.S.S.E.

O regime dos ilícitos de mera ordenação social em matéria económica (em especial neste sector regulatório da energia) surge em linha com o abandono progressivo do brocado *societas delinquere non potest*, estendendo a responsabilidade sancionatória às pessoas colectivas⁴ em função de actuações de outros sujeitos e agentes autónomos, ainda que se permitam caminhos de elisão dessa responsabilidade referentes à violação de ordens e instruções (que *cortam* a afectação da actuação ilícita ao interesse da infractora).

O pressuposto para a efectivação da responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas pode sintetizar-se, então, na imputação da actuação representativa e/ou funcionalizada ao interesse daquela pessoa colectiva.

Muito embora o R.G.C.O também não contemple norma semelhante à do art.º 37.º, n.º 5 do R.S.S.E., vem-se aceitando que essa regra corresponde a um princípio de carácter geral do direito contra-ordenacional - veja-se o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º P000112013, de 30-08-2013.

Efectivamente, *a responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas é, pois, delimitada negativamente quando o agente/funcionário/subordinado não tenha actuado no círculo de ordens ou instruções expressas dadas pelo ente colectivo* (neste sentido Ac. RP de 06-06-2012, proc. n.º 4679/11.0TBMAI.P1, relator ARTUR OLIVEIRA).

A justificação desta salvaguarda exculpativa tem que ver, então, com a falta de correspondência entre a vontade da pessoa colectiva e a actuação do agente de facto que viola determinadas ordens e instruções expressas, agindo de modo contraditório com o querer da pessoa jurídica.

⁴ Não cabe aqui a discussão sobre o fundamento político-criminal da responsabilização contra-ordenacional de pessoas colectivas, mas sempre se consignará que tal responsabilidade é, ainda, uma responsabilidade culposa, afastando-se perspectivas de sancionamento por comissão, pelo defeito de organização ou pelo risco. Conforme refere o Prof. Figueiredo Dias, em “*Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*” in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Coimbra Editora, 1998, vol. I, pag.381: *é de rejeitar a ideia de que “no direito penal económico a condenação deve ter lugar, sempre ou as mais das vezes, independentemente de culpa, ou em função de uma simples censura objectiva do facto, ao estilo da doutrina dos jus deserts”, valendo isto também para as pessoas colectivas pois, “através dum pensamento analógico pode e deve considerar-se as pessoas colectivas (no direito penal económico e diferentemente no que deve suceder no direito penal geral) como capazes de culpa”, citado em Ac. RG de 27-10-2008, proc. n.º 1339/08-1, relator FERNANDO MONTERROSO, em dgsi.pt.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

Embora a pessoa jurídica não possa delinquir nem ser castigada como tal, não devem, numa perspectiva politico-criminal, ficar impunes os factos que lhe são atribuíveis em consideração de que a vontade formal que decide uma dada conduta não seja a vontade de indivíduos concretos, mas antes a vontade social – GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português I, Parte Geral, Verbo, 3.ª Edição, pág. 345.

O art.º 37.º, n.º 2 do R.S.S.E. vem, portanto, dar expressão a um critério mais amplo da responsabilidade das pessoas colectivas, corolário de um modelo de imputação representativa/funcional, em superação do modelo de aparente imputação orgânica prevista na letra do art.º 7.º, n.º 2 do R.G.CO., objecto de profusa crítica doutrinária.

A responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas ou equiparadas não tem carácter objectivo, já que pressupõe a prática do facto típico pelos seus “órgãos” no exercício das suas funções, que só terá sentido quando praticada por pessoas singulares. Daí que a expressão “órgãos” deva ser identificada com as pessoas físicas que, enquanto tais, actuam em nome do ente colectivo” – Ac. RP de 21-03-2013, proc. n.º 6334/11.1TBMAI.P1, relator CASTELA RIO, acessível em dgsi.pt.

Para tal, importa *um conceito amplo de órgão, nele se englobando toda aquela pessoa física que age em nome e em representação da pessoa colectiva, no exercício das funções que lhe foram cometidas, e cujos efeitos se repercutem na esfera jurídica daquela. Consequentemente, a pessoa colectiva é responsável pela actuação do seu trabalhador, que agiu em exercício de funções, sob a sua subordinação e segundo as instruções recebidas – Ac. RP de 16-01-2013, proc. n.º 5454/11.7TBMAI.P1, relator JOSÉ CARRETO, acessível em dgsi.pt.*

A imputação por via da actuação individual do trabalhador demanda, por isso, alguns cuidados e de modo a que a responsabilização das pessoas colectivas só ocorra quando os trabalhadores actuem no exercício das suas funções ou por causa delas.

A questão está em saber quem são os “órgãos” da pessoa colectiva. E “órgãos” aqui tem uma maior abrangência do que os centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos. Aqui, a expressão “órgãos” integra os trabalhadores ao serviço da pessoa colectiva ou equiparada, desde que actuem no exercício das suas funções ou por causa delas”. Quando se fala de uma empresa como a da recorrente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

o rosto da mesma são os trabalhadores. São estes que praticam ou omitem os actos susceptíveis de censura contra-ordenacional - Ac. RC de 09-11-2011, proc. n.º 179/10.3TBMMN.C1, relator ALICE SANTOS, em dgsi.pt.

A externalização de serviços na organização empresarial pode oferecer alguns desafios destes requisitos de punibilidade.

As pessoas colectivas ou equiparadas devem ser responsabilizadas pelas contraordenações praticadas pelos seus órgãos nos exercícios das suas funções e também quando cometido em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança, ou quando cometidas por quem aja sob a autoridade das pessoas antes referidas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbam – Ac. RP de 06-06-2012, acima citado, nosso destacado.

Fundamental é a pratica de actos imputáveis à pessoa colectiva *ou, por outras palavras, que integrem a vontade da pessoa colectiva*, recaindo sobre aquela a competente responsabilidade civil, criminal ou sancionatória, *que será, para o Direito, responsabilidade pelos próprios actos e pela própria culpa, que não por actos e por culpa de outrem* (neste sentido Ac. RP de 06-06-2012 em resenha crítica sobre a literalidade cerceadora do art.º 7.º, n.º 2 do R.G.CO.).

De maior importância é, igualmente, a autonomia da responsabilidade e da responsabilização da pessoa singular e da pessoa colectiva, bastando que *a responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva não depende da responsabilização cumulativa de pessoa física, bastando que a conduta seja praticada ou determinada em seu nome por pessoa juridicamente vinculante da vontade colectiva, (...) pelo que não existe qualquer omissão relevante na ausência de identificação dessa pessoa ou pessoas e de não ter sido alvo do processo administrativo. Trata-se de elemento de facto adicional, não indispensável à verificação do ilícito contra-ordenacional, o qual existe desde que seja determinado que a conduta executou a vontade de um – qualquer – titular de órgão ou representante do ente colectivo, (...) e não por iniciativa individual e autónoma de mero agente ou auxiliar – Ac. RG de 25-01-2010, proc. n.º 459/05.0GAFLG, relator FERNANDO VENTURA, em dgsi.pt.*

* *

4.2. Da responsabilidade contra-ordenacional da arguida/recorrente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

Enquadrado o direito e encontrados os factos, procuremos a responsabilização da arguida/recorrente pela subsunção da sua conduta à estrutura do tipo, segmentada numa conduta (comissiva ou omissiva) – *nullum crime sine actione*, legalmente típica - *nullum crime sine lege*, ilícita, *culposa nullum crime sine culpa* e lesiva de interesse juridicamente protegido - *nullum crime sine injuria*⁵.

*

4.2.1. Dos elementos objectivos.

Em primeiro lugar, a posição da arguida/recorrente no SNGN torna-a agente destinatária da infração prevista no art.º 29.º, n.º 1 al. w) do R.S.S.E., pois que assume a qualidade de comercializador de gás natural na relação contratual estabelecida com a lesada [REDACTED] enquanto cliente final (cfr. art.º 3.º al. g) e l) do Decreto-Lei n.º 30/2006).

Em segundo lugar, nessa qualidade de comercializadora de gás natural competia-lhe garantir o fornecimento de gás natural àquela consumidora, assegurando, nomeadamente, a oferta de gás natural em termos adequados às suas necessidades, quer qualitativa quer quantitativamente (cfr. art.º 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006), definindo-se o exercício da actividade de comercialização de gás natural como a *compra e venda de gás natural, a clientes finais ou outros agentes, através da celebração de contratos bilaterais ou da participação em outros mercados* (cfr. art.º 37.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006).

A tudo acresce as obrigações contratualmente vinculativas, cuja prestação essencial para o comercializador é, precisamente, o fornecimento de gás natural.

Em terceiro lugar, verificou-se uma efectiva lesão do direito da cliente final [REDACTED] ao fornecimento de gás natural entre os dias 13 e 15 de Janeiro de 2014, por via da interrupção desse fornecimento determinada pela arguida/recorrente.

Em quarto lugar, a interrupção do fornecimento de gás natural não se deveu a casos fortuitos ou de força maior; a razões de interesse público; a razões de serviço; a razões de segurança; a facto imputável ao cliente e/ou acordo com o cliente.

⁵ Seguindo a lição de SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL HENRIQUES, em *Noções de Direito Penal*, Rei Livros, 2011, 4ª Edição.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

A interrupção do fornecimento ocorreu fora da casuística prevista no art.º 54.º do Regulamento n.º 139-D/2013, mais concretamente pelo errado registo do pedido de resolução contratual de uma outra cliente.

A motivação da interrupção é, então, manifestamente ilícita e desconforme ao regime legal.

Em quinto lugar, o nexo causal da quebra de fornecimento deve ser imputado ao pedido da arguida/recorrente para interrupção dirigido ao operador de rede. Esta é a causa eficiente do resultado e da lesão ilicitamente determinados.

A defesa da arguida vem defender a imputação da quebra do fornecimento à inserção do registo pelos serviços de *front office*.

Ainda que se perceba, naturalisticamente, o encadeamento causal decorrente daquela informação, na sequência da motivação da matéria de facto, o domínio da acção ilícita pertence aos serviços de *back office* da arguida/recorrente que receberam o registo (do qual constava a comunicação electrónica da cliente [REDACTED]) e encaminharam o pedido de interrupção para o operador de rede.

Claro que a interrupção é originariamente potenciada pela falta de cuidado dos serviços de *front office*. Todavia, o controlo final do pedido de interrupção e principalmente a possibilidade da arguida/recorrente ter evitado a interrupção de fornecimento pela mera validação ou confronto dos dados internos do registo (bastaria ler a comunicação electrónica constante do registo informático) cria uma fonte de perigo apta e adequada para a produção do resultado e da lesão.

Se este entendimento padece de razão minguante para o convencimento alheio, o recurso à doutrina seminal é sempre fonte segura de melhor esclarecimento e iluminação.

(...) Como ficou demonstrado, nem a solução da omissão, nem a teoria do nexo ou a consideração de hipotéticas causas de dano são susceptíveis de resolver adequadamente a problemática em análise (...).

Como método de resposta, proponho o seguinte procedimento: examine-se qual a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de acordo com os princípios do risco permitido; faça-se uma comparação entre ela e a forma de actuar do arguido, e comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

conduta incorrecta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim for, existe uma violação do dever que integra na tipicidade (...). Se não houver aumento do risco, o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, conseqüentemente, deve ser absolvido – CLAUS ROXIN, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Coleção Veja Universidade, 3.ª Edição, págs. 256 a 258, nosso destacado.

A pedra-de-toque do aumento do risco surge-nos de evidente e preclara operacionalidade, sopesado o contributo subsidiário da solução preconizada para o Direito Penal (sublinhando, aparte maiores ponderações dogmáticas, que do Direito de mera ordenação social é também Direito sancionatório do facto).

Tentando representar aqueles passos lógicos na situação casuística, sem querer antecipar a apreciação do conhecimento da questão relativa à exclusão de responsabilidade, mesmo que se considerasse que a conduta do funcionário de *front office* eximisse a culpa da arguida/recorrente, o processo causal da interrupção do fornecimento exige que os serviços de *back office* da arguida/recorrente recebam o registo do pedido de interrupção e o encaminhem para o operador de rede.

Esta intervenção dos trabalhadores da arguida, prévia ao pedido de interrupção, é vinculativa para a produção do resultado, no sentido em que aquela actuação pode evitar a lesão. De outro modo, a intervenção do *front office* não é correspectivamente vinculativa para a produção do resultado, no sentido em que aquela actuação depende da intervenção dos serviços de *back office*.

Neste conspecto, também é possível identificar a **conduta incorrecta** dos serviços de *back office*: falta de validação das informações constantes no registo na plataforma Open SGC, designadamente por confronto dos dados inseridos pelo *front office* com o pedido escrito da cliente [REDACTED] presente no mesmo registo.

Uma operação de simples verificação de toda a informação aposta no registo (atente-se que não se exige repetição dos procedimentos de *front office*) bastaria para sinalizar uma desconformidade entre a identidade do cliente declaratório e da cliente visada.

Esta conduta, porque prévia e vinculativa da interrupção, incrementa, de modo decisivo, a probabilidade do risco de interrupção de fornecimento fora dos casos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

legalmente previstos. Noutra perspectiva, o cumprimento da verificação e análise do registo teria uma elevada proporcionalidade de detectar a dirupção entre o cliente declaratório e a cliente visada do subsequente pedido de interrupção.

Daí que a imputação objectiva da conduta ilícita da interrupção deve-se encontrar por referência ao domínio do facto do pedido de interrupção e não no domínio do facto de inserção da informação do pedido de resolução na plataforma informática. Por outras palavras, esta conduta incorrecta (falta de validação dos serviços de *font office*) apenas potenciou o risco de lesão, aumentado e incrementado pela conduta incorrecta dos serviços de *back office* da arguida/recorrente.

Os pressupostos objectivos do tipo contra-ordenacional previsto e sancionado pelos arts.º 29.º, n.º 1 al. w) e 32.º, n.º 2 do R.S.S.E., estão, portanto, preenchidos e verificados.

*

4.2.2. Dos elementos subjectivos.

No que tange ao tipo subjectivo, uma vez que o regime não prevê definições e concretizações do tipo subjectivo, recorre-se às definições legais do Código Penal, ainda que a estrutura axiologicamente neutra dos tipos contra-ordenacionais demande alguma ponderação na remissão para aquele regime (neste sentido crítico cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações, Universidade Católica Editora, pág. 62).

Feita esta advertência, ainda assim, o Código Penal, no seu artigo 15.º, alíneas a) e b) do Código Penal (C.P.), tipifica duas modalidades de negligência: a consciente e a inconsciente.

Estamos no domínio da negligência consciente quando o agente representa como possível a realização de um facto que preenche um tipo contra-ordenacional, mas actua sem se conformar com essa realização, e no domínio da negligência inconsciente quando o agente nem representa sequer tal possibilidade de realização.

Ambas pressupõem, contudo, a omissão de um dever de cuidado, adequado a evitar a realização de um tipo legal de crime, que se traduz num dever de previsão ou de justa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

previsão daquela realização, e que o agente, segundo as circunstâncias concretas do caso e as suas capacidades pessoais podia ter cumprido.

De acordo com o artigo 15.º do Código Penal, para se verificar o tipo de culpa inerente à negligência é necessário que se verifiquem **três elementos**:

- 1) A possibilidade de prever o perigo de realização do tipo;**
- 2) A actuação que não observe o cuidado objectivamente requerido;**
- 3) A produção do resultado típico.**

O que se pune na negligência não é a vontade do resultado que, por definição, falta, mas a violação de certos deveres objectivos de cuidado, postos em conexão com certos resultados proibidos que, em virtude da sua gravidade ou da sua frequência, a lei quer muito particularmente evitar.

É, assim, necessário que o agente tenha omitido um dever de cuidado, que se tivesse sido acatado, teria impedido a produção de um evento danoso em si previsível.

Existe previsibilidade quando o agente nas circunstâncias em que se encontrava podia, tendo em conta as circunstâncias em que o evento se produziu, ter representado como possível o resultado ocorrido.

Assim sendo, em sede do tipo de culpa a negligência pressupõe o não uso da diligência devida, segundo as circunstâncias em concreto, para evitar o resultado.

A negligência consiste, pois, em qualquer das suas modalidades, consciente e inconsciente na omissão de um dever objectivo de cuidado e de diligência: o dever de não confiar, leviana ou precipitadamente, na não produção do facto ou o dever de ter previsto tal facto e de ter tomado as diligências necessárias para o evitar.

Ou seja, na negligência consciente o agente decide empreender certa conduta sabendo que dela pode resultar a prática do facto, mas confia, descuidadamente, que este não se produzirá; na negligência inconsciente o agente decide empreender certa conduta que envolve riscos mas ignora a possibilidade de concretização desses riscos. São esses cuidados que o agente não observa.

Assim, para apurar da negligência há que *“fazer um juízo ‘ex ante’; o aplicador tem de se reportar ao tempo em que os factos ocorreram e pensar como é que o homem médio, nas circunstâncias e com os conhecimentos do agente, teria valorado aquela concreta situação,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

se teria ou não percebido o perigo para o bem jurídico. Em seguida, o comportamento será depois confrontado com a actuação concreta do agente, concluindo-se pela actuação negligente sempre que o agente tenha actuado de modo desconforme à conduta devida naquelas circunstâncias” (Ac. RE de 31-03-2009, proc. n.º 3321/08-1, relator MARTINS SIMÃO, em dgsi.pt).

Pressupondo-se no caso de comportamentos negligentes a violação de um dever objectivo de cuidado, ter-se-á, assim, que estar perante uma previsibilidade objectiva, sendo de imputar ao agente a lesão do interesse comunitário sempre que esta surgir como uma consequência previsível e normal da violação do dever de cuidado.

Deste modo, quanto ao tipo subjectivo de ilícito, para a punição do agente por negligência é necessário que este se encontre em condições de reconhecer as exigências de cuidado que lhe dirige a ordem jurídica e de as cumprir, aferida de acordo com as suas possibilidade e capacidades concretas, sendo necessário ainda que ao agente fosse possível actuar de outro modo.

Neste conspecto, **afigura-se-nos que a matéria de facto provada aporta à decisão concretos elementos que fundamentam a responsabilidade contra-ordenacional a título de negligência, afastado que foi, na respectiva motivação, a existência de representação e de consciência volitiva da produção do resultado da interrupção do fornecimento.**

Vejamos.

Se a autoridade administrativa admite a ocorrência de dolo eventual, os factos provados (decorrentes da decisão administrativa, dos factos alegados pela defesa e da instrução dos autos) versam sobre a possibilidade para a arguida/recorrente de prever o perigo de realização do tipo na qualidade de comercializadora:

20. A arguida/recorrente não agiu com o cuidado devido na análise do registo constante na plataforma Open SGC, tendo enviado o pedido para levantamento do contador ao operador de rede Setgás, S.A. sem verificar que o pedido de rescisão enviado por mail não correspondia aos dados do registo.

(...)

33. A funcionária da SIBS submeteu o pedido de levantamento do contador de gás natural associado ao CUI da cliente errada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

(...)

41. A arguida/recorrente tomou conhecimento de que a cliente [REDACTED] não queria rescindir o contrato de fornecimento de gás natural no dia 14/01/2014.

(...)

42. Se a arguida/recorrente soubesse que esta cliente não tinha pedido a cessação do contrato de fornecimento de gás, nunca solicitaria à Setgás que lhe retirasse o contador e interrompesse o fornecimento de gás.

43. Se a arguida/recorrente soubesse que esta cliente não tinha pedido a cessação do contrato de fornecimento de gás, nunca solicitaria à Setgás que lhe retirasse o contador e interrompesse o fornecimento de gás.

46. O programa informático de gestão de clientes contém toda a informação referente à identificação dos clientes e dos respectivos contratos e ainda o histórico de todos os contactos e intervenções técnicas, permitindo, assim, o cruzamento da informação fornecida pelo cliente com a informação da arguida/recorrente e a confirmação das acções a empreender.

Ou seja, de acordo com os factos assentes, era previsível para a arguida/recorrente ter representado o dever de verificação registo constante na plataforma Open SGC, casual do resultado e da lesão conforme se expôs no ponto antecedente.

Os factos apurados descrevem, de modo suficiente e desenvolvido, a actuação omissiva no cumprimento das obrigações da arguida/recorrente nos serviços de *back office*, enquanto responsável pela gestão da relação contratual de fornecimento de gás natural com os clientes finais.

Assim, os factos provados consignam, em termos suficientes, o domínio de facto por parte da arguida/recorrente da conduta potenciadora da lesão verificada.

O dever de cuidado de referência a observar pela arguida/recorrente – verificação; análise e validação do pedido de resolução registado na plataforma informática antes do envio do pedido - vem suficiente identificado em termos de conteúdo e previsibilidade da conduta, sendo, aliás, manifestamente assumido pela arguida/recorrente na sua defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

O art.º 8.º, n.º 2 do R.G.CO. dispõe que *o erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo*, e o art.º 9.º dispõe, por sua vez, que *age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável* (n.º 1), todavia, *se o erro lhe for censurável, a coima pode ser especialmente atenuada* (n.º 2).

Perante condutas negligentes o tratamento jurídico do erro em processo contra-ordenacional deve ser feito *cum grano salis*.

No direito das contra-ordenações strictu sensu, que incluem as condutas eticamente irrelevantes, o erro sobre ilicitude tem um campo de aplicação muito reduzido, uma vez que o art.º 8.º já prevê o erro sobre proibição como causa de exclusão do dolo.

(...)

O erro sobre a ilicitude no direito das contra-ordenações strictu sensu fica, pois, restringido às seguintes situações típicas; (1) erro sobre a existência e os limites de uma causa de justificação ou exclusão da culpa e (2) o erro sobre a validade da norma (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações, Universidade Católica Editora, pág. 65 e 66)).

Nestes termos, a **arguida/recorrente parece enquadrar a sua situação como erro sobre a ilicitude que exclui o dolo, no sentido em que alega que procedeu ao cumprimento das suas obrigações, designadamente instituindo procedimentos de controlo e validação dos pedidos devidamente transmitidos aos seus funcionários e colaboradores.**

Não obstante, os factos que presidem ao juízo de preenchimento do tipo objectivo baseiam-se apenas na existência de um cumprimento leviano dos deveres de cuidado da arguida/recorrente enquanto comercializadora e que nada têm que ver com a problemática do erro em Direito contra-ordenacional ou com a possível exclusão da responsabilidade de pessoas colectivas, precisamente, porque se imputa uma conduta negligente.

Não pode haver dúvida quanto a esse respeito: **a arguida não actuou em representação volitiva e cognitiva de que estava a interromper o fornecimento de uma cliente final fora dos casos previstos na lei e regulamentação.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

No tipo negligente ocorre sempre, por definição, a preterição de algum dever de cuidado, zelo e diligência, cujo cumprimento tem de ser previsível para o agente ainda que este não queira ou represente o resultado.

Assim sendo, é preclaro e evidente que para a verificação da contra-ordenação do art.º 29.º, n.º 1 al. w) do R.S.S.E. com culpa negligente, o aplicador não pode prescindir da ocorrência de faltas do cuidado e diligência que o agente deve assumir.

O erro de cuidado ocasionado pela funcionária da SIBS é, antes de mais, um erro de execução dos procedimentos de validação e controlo dos pedidos escritos de resolução por facto imputável ao cliente, ainda que lhe seja ínsito a eventualidade de um erro de representação.

Conforme se explicou, **na perspectiva objectiva não é este erro que dá causa à interrupção do fornecimento mas sim o incumprimento dos deveres de cuidado dos serviços de *back office*.**

Portanto, a afirmação da arguida/recorrente de que a *agiu em erro sobre a identidade da cliente* não integra o núcleo da *conduta incorrecta* acima identificada, pois o que releva na imputação objectiva é o incumprimento do dever de cuidado na submissão do pedido de interrupção do fornecimento.

Neste passo lógico não há erro de representação.

A arguida/recorrente, através dos seus trabalhadores, assumiu uma conduta omissiva negligente que aumentou o risco de verificação do resultado.

Neste passo lógico também não há erro de representação sobre o dever de cuidado ou sobre a previsibilidade de ocorrência da lesão.

Ainda que assim não fosse, o **erro sobre a ilicitude não censurável é uma causa de exclusão da culpa** (*apud* teoria limitada da culpa), porquanto o agente, na sua deficiente consciência ético-jurídica, não apreende os valores jurídicos conformes, que lhe permitam orientar-se para a observância do direito. Consiste, então, *numa valoração paralela na esfera do leigo da proibição legal, isto é, numa apreensão do sentido social desvalioso da conduta e não um conhecimento do articulado da lei* (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit. pág. 102).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

A determinação dos limites da consciência da licitude suscita, todavia, acerada problemática no que tange, nomeadamente, à equivalência da ilicitude à imoralidade da acção para a sua concretização prática; à natureza do desvalor jurídico, de Direito ou de ilícito Penal, sendo que FIGUEIREDO DIAS (na dogmática penalista), entende que o ilícito penal é portador de uma diferença qualitativa que o singulariza face às demais manifestações de ilicitude (cfr. FIGUEIREDO DIAS, Doutrina Geral do Crime, TOMO I, Coimbra Editora, págs. 508 e 510); a consciência do ilícito em concreto e não da ilicitude em abstracto como a ausência do princípio, da norma legal ou da proibição positivada, ou o problema da relevância da consciência eventual do ilícito (o agente julga conta com a permissão mas não reputa improvável a proibição).

O iter consequente será o de discriminar os requisitos de ordem prática sobre os quais se concretizará a possibilidade de uma falta da consciência do ilícito como causa de exclusão da culpa, isto é, o quando, onde e como da não censurabilidade do erro.

A primeira aproximação da materialização desta censurabilidade firma-se no recurso à *distinção entre erro vencível e invencível, evitável e inevitável, feita sobre a linha da capacidade de conhecer o ilícito ou mesmo do poder por em tensão a consciência ética* (cfr. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pág. 581). **Trata-se da cognoscibilidade do ilícito, da eventualidade manifesta de poder agir de outra maneira no sentido em que era exigível ao agente conhecer o ilícito, mediante um esforço da consciência ou de uma reflexão axiológica, que, censuravelmente, omitiu.**

Aparte dificuldades práticas concernentes com a sua exequibilidade, na medida em que se torna necessário averiguar do substrato fáctico do esclarecimento e informação, este critério revela-se mais compatível com o *âmbito de ilícitos moralmente fundados*, pois que para outros ilícitos a capacidade de motivação de acordo com a norma dependerá, sintomaticamente, da demonstração de que o poder conhecer a norma se convolou num dever de conhecer o ilícito, *concebendo-o como obrigação, exigibilidade, em suma, segundo um padrão objectivado, de acordo com o que se deve exigir-se deste agente, nesta situação* (cfr. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pág. 583).

Considerando que o mercado do gás natural é objecto de profusa regulação, regulamentação e intervenção legislativa, nacional e comunitária, afigura-se-nos que não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

pode ser assacado ao regime um caracter de absoluta isenção ética, devendo-se antes assumir determinados deveres empresariais inscritos na responsabilidade das pessoas colectivas que actuam como comercializadoras de um serviço de interesse público.

Pelo contrário, este regime vem dotar o sistema garantístico do consumo final de gás natural de uma aturada protecção sancionatória, acometendo às empresas comercializadoras deveres e regras de conduta que superam a mera responsabilidade contratual.

Não há aqui, portanto, o distanciamento axiológico prototípico do Direito-Contra-ordenacional, mas antes uma opção punitiva menos grave de comportamentos potencialmente lesivos de valores comunitários.

Uma diferente polarização da exclusão da culpa pelo erro sobre a ilicitude ergue-se em torno da ideia de *rectitude da consciência errónea como critério da não censurabilidade da falta de consciência do ilícito* (na lição de Figueiredo Dias e sempre no contexto do Direito Penal substantivo), segundo a qual a não censurabilidade verificar-se-á naquelas situações em que a questão da ilicitude se revele discutível e controvertida, não tanto por colação do ideário jusnaturalista ou da evidência de certas valorações, mas porque existe, inerente ao facto típico, um conflito de perspectivas juridicamente relevantes, ou quando a não censurabilidade se repute a uma atitude geral de fidelidade ao Direito, em que o agente tenha actuado com a *consciência positiva* da licitude da conduta.

Guardando a valência, sempre superior, desta concepção, somos a entender que este critério de não censurabilidade *peçoal-objectivo* não promove, inexorável e apoditicamente, factores de concretização da censurabilidade excludentes de outros, especialmente no Direito Contra-ordenacional, contribuindo, outrossim, como perspectiva catalisadora do juízo da ilicitude, a testar em cada contexto e situação.

Sem a pretensão da exaustão e com a desculpabilidade da melhor fundamentação jurídica, o erro sobre a punibilidade em Direito Penal pode beneficiar de outra classificação, quiçá mais simplificadora ou menos exigente.

Neste conspecto, a segunda parte do nº do art.º 16 do Código Penal (C.P.) refere-se aos crimes cuja punibilidade *se não pode presumir conhecida de todos os cidadãos, nem é sempre indesculpável que não o seja (...)* daí o regime mais benevolente da equiparação ao erro sobre o facto. Opera este erro sobre os *crimes artificiais, de criação estatal*, meramente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

proibidos (*mala prohibita*), que não reflectem exigências transversais de dignidade penal incontestável, mas sim opções de valoração social civilizacionais ou culturais (neste sentido cfr. ANTÓNIO VELOSO, *Erro em Direito Penal*, 2ª Edição, 1999. pág.23).

O mesmo entendimento faz, contudo, ressalvas dogmáticas quanto a esta distinção, designadamente uma de natureza restritiva (...) *as pessoas que exercem estavelmente uma determinada actividade (função, profissão) têm um dever reforçado de conhecer as normas jurídicas que regulam essa actividade, não podem ser equiparadas aos restantes cidadãos sob o regime mais benévolo do artigo*, sendo-lhes, antes, aplicável o regime mais severo do art.º 17.º; e uma de natureza amplificativa, *em caso de incriminação nova, deve conceder-se o regime do art.º 16.º sem distinção entre crimes em si ou meramente proibidos, por todo o período necessário para conhecer a norma, independentemente da vacatio legis*, acrescentamos nós, até que a consciência do ilícito se tenha por interiorizada valorativa e axiologicamente, em que a censurabilidade do erro não logrará tolerância (ANTÓNIO VELOSO, *ob. cit.* pág.23 e 24).

O art.º 17.º do Código Penal refere-se aos crimes cuja punibilidade *se pode considerar conhecida e não é desculpável que não seja conhecida de todos os cidadãos normalmente socializados (...) dai o regime mais severo*. Trata-se dos *crimes naturais*, contra bens jurídicos eminentemente pessoais, *crimes em si* (*mala in se*), como seja a maioria dos crimes previstos no Código Penal (neste sentido cfr. ANTÓNIO VELOSO, *ob. cit.* pág.23).

Sobre os casos particulares de erro sobre norma ou erro sobre a punibilidade, destacaríamos o erro de subsunção, o erro de qualificação/valoração e o erro sobre os elementos diferenciadores do tipo (segundo, de perto, a classificação em ANTÓNIO VELOSO, *ob. cit.* pág.28).

Apesar de não ser necessário que o agente conheça o conceito de certos elementos típicos, *o erro de subsunção não ser, em si, relevante para excluir o dolo, pode estar na base de um erro sobre a ilicitude, que é, não um erro de conhecimento (e por isso não está ligado ao tipo de erro, mas um erro de valoração, relevante nos termos do art.º 17.º C. Por exemplo, A por não saber que B era funcionário público não entende que o que está a fazer é desvalioso para o Direito*. (AUGUSTO SILVA DIAS, *Apontamentos de Direito Penal I*, Universidade Lusíada, Lisboa, Outubro de 2002, fascículo XIV, pág. 233).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 227/15.0YUSTR

A doutrina germânica (Roxin e Jeschek, como referenciados em AUGUSTO SILVA DIAS, pág. 234) admite, porém, que em certos casos o erro de subsunção pode excluir o dolo, tudo depende de saber se o sentido social de uma circunstância já é compreensível e compreendida sem o conhecimento do conceito jurídico que a caracteriza – o erro de subsunção deixa o dolo intocado; ou se, pelo contrário, uma concepção jurídica errada impede o autor de compreender o significado essencial do elemento típico – o erro de subsunção que exclui o dolo (ob. cit. pág. 233).

Já o erro de qualificação ou de valoração envolve os casos em que o agente, conhecendo o regime jurídico-penal e a sua punibilidade, faz do facto que comete uma valoração diversa. A relevância deste erro dependerá do espaço em que se deverá conformar a auto-avaliação, uma vez que não há crimes privados ou de estatuição *individualizante*.

O erro sobre os elementos diferenciadores do tipo, parece-nos que se figura tautológico, dado que ou bem que incide sobre elementos situacionais subsumíveis no tipo (objecto e acção) ou bem que incide sobre a existência da própria norma incriminadora. Naquele vale a doutrina do erro sobre o facto típico, neste o regime do erro sobre a punibilidade.

Transpondo para a matéria das Contra-ordenações pela porta do art.º 9.º do R.G.CO., concretizando ao caso *subjudice*, (lembrando o mito de *Anteu*, que para sobreviver necessitava de ter os pés assentes na Terra), a arguida/recorrente reconhece e admite todos os elementos descritivos e exógenos do facto omissivo e comissivo.

A tensão da consciência ou a vencibilidade do erro tem de procurar eco na situação da arguida/recorrente pois as exigências comunitárias no controlo e fiscalização fornecimento de gás natural legitima a conclusão de que a exigência de conhecimento das obrigações se tenha por especialmente preponderante na sua responsabilização.

Subsiste, pois, um dever reforçado de proceder a uma actuação conforme aos seus deveres na qualidade de interveniente no SNGN.

A intermediação de uma outra empresa (responsável pela recepção dos pedidos escritos de resolução e inserção de registo na plataforma informática) não pode tanger com esses deveres porquanto ele se apresenta prevalente daquela intervenção e precedente na sua imputação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

Da alegação da defesa, em nosso entender e perante este quadro, não resulta qualquer situação de erro de subsunção - a arguida não põe em crise a aplicação da norma sancionatória; não resulta qualquer erro de qualificação/avaliação - a conduta correcta em prognose surge imediatamente apreensível uma vez que a arguida reconhece a utilidade de procedimentos de validação e controlo; nem resulta qualquer situação de erro sobre os elementos diferenciadores do tipo - a arguida reconhece que não ocorreu qualquer procedimento de validação e controlo nos serviços de *back office* antes do encaminhamento do pedido.

Sem prejuízo da flutuação da subsunção do erro sobre a ilicitude invocado pela arguida/recorrente, a especialidade do caso *subjudice*, em acordo com os fundamentos compulsados, não permite aceitar qualquer eventualidade ou desculpabilidade do desconhecimento pela intervenção de trabalhadores/colaboradores de *front office* que seja juridicamente relevante para afastar o dolo ou a culpa negligente da arguida/recorrente.

Os pressupostos subjectivos do tipo contra-ordenacional previsto e sancionado pelos arts.º 29.º, n.º 1 al. w) e 32.º, n.º 2 do R.S.S.E., estão, portanto, preenchidos e verificados na forma de negligência inconsciência.

*

4.2.3. Da exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva.

Cabe agora analisar se é de excluir a responsabilidade da pessoa colectiva, conforme argumenta a arguida/recorrente, pelo facto da funcionária da SIBS ter incumprido os procedimentos de validação do pedido escrito apresentado pela cliente [REDACTED] e que originou um registo de dados da cliente [REDACTED] na plataforma informática de gestão de clientes da arguida/recorrente.

Este contexto é enquadrado pela arguida/recorrente como causa de exclusão de culpa ao abrigo do art.º 37.º, n.º 5 do R.S.S.E. com o fundamento de que aquela funcionária havia desobedecido a ordens ou instruções expressas que lhe haviam sido prestadas.

Vejamos, voltando ao caso concreto.

Em primeiro lugar, não vemos obstáculo jurídico à consideração dos procedimentos empresariais (corporizados em manuais de instruções) como ordens e instruções expressas. Ou seja, a inclusão daqueles procedimentos como causa eximente da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 227/15.0YUSTR

culpa. A cultura empresarial e a gestão de empresas em áreas de massificação comercial não são compatíveis com a exigência formalista de que a exclusão de culpa só pode ocorrer quando, para aquele caso, tiver sido emitido um comando especial.

O volume de contactos da arguida/recorrente com os consumidores finais, susceptíveis de configurar, cada um deles, actuação sancionadoramente punível, deve legitimar o aplicador a uma interpretação ampla e actualista do conceito de ordens e instruções.⁶

Em segundo lugar, posto isto, tendo a arguida feito prova de que existia um determinado procedimento relativo ao controlo e validação dos pedidos de resolução contratual, devidamente formalizado e ministrado aos trabalhadores da SIBS, de conteúdo perceptível e que obrigava à confirmação de vários dados de individualização do cliente, temos que estão respeitados os requisitos formais.

Em terceiro lugar, a capacidade eximente da culpa deve resultar do grau da sua vinculação para o trabalhador/colaborador. Aqui vale um **critério material de aptidão vinculativa**. Ou seja, o cumprimento desse procedimento tem de ser mandatário e adequado a prevenir riscos de lesão de bens jurídicos, como sejam, a interrupção ilícita do fornecimento.

Prescrutando aqueles procedimentos de *front office*, temos por claro que o cumprimento do procedimento interno da SIBS para a resolução de contratos de fornecimento de gás natural e electricidade, ao exigir confirmação dos restantes elementos de identificação da cliente - o nome completo, a morada, o CUI, o NIF e o número do contrato, era adequado a evitar, naquele momento, o risco de interromper o fornecimento de gás a um outro cliente.

⁶ Expressão deste entendimento é a presença e importância crescente do compliance empresarial ou institucional, definido como sistema de controlo interno adequado e eficaz com vista a garantir um efectivo cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que as instituições ou empresas se encontram sujeitas, com uma apropriada gestão dos riscos inerentes às actividades desenvolvidas. Remete-se para a lição e resenha da problemática exposta em *Relevância dos mecanismos de "Compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes*, TERESA QUINTELA DE BRITO, Revista Anatomia do Crime n.º 0 2014.

Por outro lado veja-se o que já se preconizava na recomendação n.º R (88) 18 do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 20.10.1988 Recomendação n.º R(88)18, respeitante à responsabilidade das empresas pessoas morais pelas infracções cometidas no exercício das suas actividades, nos termos da qual *a empresa deve ser exonerada de responsabilidade sempre que a sua direcção não esteja implicada na infracção e tenha adoptado todas as medidas necessárias para prevenir a sua comissão*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

Em quarto lugar, a exclusão da culpa da pessoa colectiva por inobservância de ordens e instruções expressas (procedimentos internos) depende da **existência de uma relação de subordinação entre o agente incumpridor e a infractora imputável**.

Neste ponto, entendemos que, no presente caso, não se verifica uma efectiva subordinação entre a arguida/recorrente e a funcionária da SIBS porquanto aqueles serviços de *front office* eram realizados em outsourcing com outra pessoa colectiva, com absoluta externalização funcional e sem que a arguida/recorrente assumisse perante aquela funcionária em específico uma posição de superioridade jurídica.

Este argumento vale se levarmos em conta que, não obstante ocorrer a prestação de um serviço em nome e no interesse exclusivo da arguida/recorrente, a emissão da ordem e da instrução depende de uma outra vontade colectiva, sujeita apenas aos deveres de responsabilidade contratual estabelecidos entre a arguida/recorrente e a SIBS na prestação desse serviço de gestão *front office* dos contratos dos clientes de gás natural e electricidade.

Atente-se que esta posição não fere com a imputação objectiva de actos praticados por agentes representantes da pessoa colectiva, como sejam as situações em que a infractora recorre, na totalidade, à externalização dos seus serviços de *front* e *back office* e em que estes actuam exclusivamente em nome e por conta da pessoa colectiva. O que se discute aqui é saber se a violação de uma ordem, formulada e emitida por pessoa juridicamente distinta do agente infractor pode consubstanciar exclusão da culpa contra-ordenacional, sempre sem prejuízo da responsabilidade civil a aferir pelo incumprimento de um determinado contrato de prestação de serviços.

Em quinto lugar, e de modo mais decisivo, **o incumprimento da ordem/instrução expressa tem de esgotar a fonte de risco para a produção do resultado, ou, por outras palavras, a actuação do trabalhador/colaborador incumpridor tem de esgotar o domínio do facto**.

Ora, ainda que não se concorde com a aplicação do critério da subordinação, **considerando** que foi a arguida que enviou o pedido de interrupção à operadora de rede; considerando que, da mera análise do registo informático, era perceptível para os serviços de *back office* a desconformidade entre cliente declaratório e cliente visado; **considerando** que era possível que a arguida/recorrente cuidasse e diligenciasse pelo controle e validação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

daquele registo no *back office*; **considerando** que essa omissão aumentou o risco de verificação do resultado; **considerando** a inexistência de ordens/instruções expressas de validação das informações constantes no registo da plataforma informática nos serviços de *back office*, **o desrespeito dos procedimentos de controlo e validação dos pedidos de resolução de contratos no *front office* não esgotou a fonte de risco para a produção do resultado.**

Em sexto lugar, a efectiva ocorrência de casos deve funcionar apenas como factor indiciário de síntese entre os critérios enunciados de aptidão vinculativa e de esgotamento da fonte de risco. Não se trata de um critério de determinação da capacidade eximente dos procedimentos de *compliance*, mas serve para sinalizar, evidenciar e revelar a apetência desses mecanismos de prevenção de actos lesivos.

Isto é, a eficácia de um determinado procedimento de controlo ou de *compliance* estará directamente relacionado com a inexistência ou a baixa incidência de concretizações do risco ou do perigo face ao universo de situações.

Todavia, a inexistência de procedimentos adequados para prevenir a ocorrência de quebras de fornecimento ilícitas - mormente a inexistência de validação do pedido de resolução no *back office* - impede que se retire importância à inegável inexistência ou ocorrência ínfima de concretizações do perigo assinalado⁷.

Em conclusão, entendemos que os factos provados não permitem que se conclua pela exclusão da culpa da arguida/recorrente ao abrigo do art.º 37.º, n.º 5 do R.S.S.E.

*

Por conseguinte, assentes os factos e preenchidos os elementos objectivos e subjectivos do tipo, **a arguida/recorrente praticou, com culpa negligente, uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 29.º n.º 1 alínea w) do R.S.S.E.**

* *

4.3. Da sanção de admoestação.

⁷ Por outro lado, o incumprimento de procedimentos legais tangentes com o controlo da fonte de risco sinaliza, simétrica e correspectivamente, a inoperatividade dos critérios enunciados de aptidão vinculativa e de esgotamento da fonte de risco.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

A arguida/recorrente defende, ainda que subsidiariamente, a aplicação de admoestação ou mesmo de uma coima desde que perto do “*limite mínimo*”.

A ERSE considerou que, atendendo à culpa da arguida e à gravidade da infração, não é suficiente para prevenir a prática de futuros ilícitos contra-ordenacionais a aplicação de uma sanção de admoestação.

*

O art.º 34.º do R.S.S.E. prevê a aplicação de admoestação aos ilícitos contra-ordenacionais do sector energético nos mesmos termos: *quando a infração for de reduzida gravidade, for sanável e da mesma não tenham resultado prejuízos para o sector regulado em causa, para os consumidores e para a atividade regulatória da ERSE, esta pode limitar-se a proferir uma admoestação (n.º 1), sendo proferida por escrito, não podendo o facto que lhe deu origem voltar a ser apreciado como contraordenação (n.º 2).*

Ainda aqui se trata de um poder dever, de uma faculdade vinculada à verificação dos respectivos pressupostos materiais e formais (FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, pág. 607).

A aplicabilidade desta verdadeira sanção depende da verificação de pressupostos de ordem formal e material.

O critério de admoestação é exclusivamente preventivo, isto é, o tribunal deve apurar se esta pena é adequada á satisfação das necessidades de prevenção especial de socialização ou a prevenção geral, que constituem as finalidades da prevenção (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, pág. 209).

*

Sem tanger com a óbvia admissibilidade da aplicação da sanção de admoestação às contra-ordenações previstas no R.S.S.E., afigura-se-nos que a duração da interrupção e o juízo de gravidade que lhe está ínsito; o prejuízo advindo para o consumidor pela quebra de fornecimento arbitrária e o grau de culpabilidade negligente verificado no caso, impele o aplicador à escolha de uma sanção mais gravosa do que a sanção de admoestação, e legitima o entendimento de que apenas a aplicação de uma coima, materialmente relevante, poderá impedir o cometimento de novos incumprimentos do dever de cuidado nos procedimentos de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.OYUSTR

validação de interrupção de fornecimento, contribuindo para uma maior pedagogia e responsabilidade de outros operadores na mesma situação.

Face a tudo aquilo que foi considerado, este Tribunal entende que além da culpa demonstrada, a natureza da contra-ordenação confrontada com as finalidades de prevenção especial negativas e geral positivas e negativas, reveladas na situação em análise, não justificam que se faça uso da sanção de admoestação, crendo-se que a solene censura a proferir oralmente não se reputaria adequada à responsabilização contra-ordenacional da arguida/recorrente.

Improcede, portanto, este fundamento.

* *

4.4. Da medida da coima.

A contra-ordenação prevista pelo art.º 29.º, n.º 1 al. w) do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO (R.S.S.E.), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, é sancionada com coima que não pode exceder, para cada sujeito infractor, 10 % do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE nos termos do art.º 32.º, n.º 2 do R.S.S.E.

*

Determinada a moldura abstracta da coima a aplicar a cada uma das contra-ordenações praticadas pela arguida/recorrente, a dosimetria a aplicar há-de respeitar, à semelhança do que sucede com a condenação penal, da compreensão de que toda a sanção tem de ter como *suporte axiológico-normativo*, uma culpa concreta, significando que não há sanção sem culpa, sendo esta o *pressuposto-fundamento como o limite máximo da mesma sanção*.

A questão da determinação da coima constitui uma operação cuja responsabilidade se reparte entre o legislador e o aplicador da coima, seja autoridade administrativa ou o juiz (SIMAS SANTOS E LOPES DE SOUSA in “Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral, 5ª Edição, Janeiro 2006, Vislis Editores, pág. 204).

O art.º 32.º, n.º 1 do R.S.S.E. aponta vectores de concretização e determinação da coima aplicável, nomeadamente a duração da infração; o impacto da infração no cumprimento das atribuições da ERSE e do interesse geral dos sectores regulados; os benefícios



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

patrimoniais e não patrimoniais de que hajam beneficiado as entidades infractoras em consequência da infração; o grau de participação e a gravidade da conduta da entidade infractora; o comportamento do infractor na eliminação das práticas faltosas e na reparação dos prejuízos causados; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes contra-ordenacionais do visado pelo processo e a colaboração prestada à ERSE até ao termo do procedimento.

Se o agente retirou da infração um benefício económico calculável, superior ao limite máximo da coima, e não existirem outros meios de o eliminar, pode este elevar-se até ao montante do benefício, não devendo, todavia, a elevação exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido - art.º 32.º, n.º 8 do R.S.S.E.

O art.º 18.º do R.G.CO., ex vi art.º 27.º do R.S.S.E., refere também a *gravidade* (grau de violação; perigo de violação; interesses ofendidos; bens jurídicos lesados e eficácia dos meios utilizados); a *culpa do agente* (grau da intensidade; grau de violação dos deveres impostos ao agente; fins e motivos determinantes; conduta e personalidade do agente; *a situação económica do agente* (condições pessoais e influência material da sanção) e *benefício económico* (importa não o valor do dano mas o benefício obtido).

Na determinação da medida concreta da coima, deverão ser consideradas todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo legal convocado, deponham quer a favor quer contra o agente.

Na operação de determinação do *quantum*, não podem deixar de se ter em conta um conjunto de circunstâncias elencadas na própria decisão condenatória, nomeadamente:

- Gravidade reduzida pela duração temporal da interrupção, pela actuação da arguida/recorrente na reparação da lesão e pela inexistência de outros prejuízos para a cliente;
- Intensidade reduzida da culpa negligente em função do incumprimento dos procedimentos de controlo e validação nos serviços de *front office*;
- Inexistência de impacto significativo no cumprimento das atribuições da ERSE e no interesse geral dos sectores regulados;
- Inexistência de benefícios patrimoniais e não patrimoniais para a arguida/recorrente em consequência da infração;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

- Comportamento da arguida/recorrente no restabelecimento do fornecimento, suportando os respectivos encargos de instalação de novo contador de gás e de inspecção obrigatória;
- As finalidades de prevenção geral assumem especial acuidade, na vertente prevenção geral negativa, inculcando na sociedade a responsabilização efectiva da arguida/recorrente, bem como na vertente positiva, assegurando a confiança geral na garantia da boa e eficiente realização das finalidades de regulação e supervisão do sector energético;
- Não existem finalidades de prevenção especial atendíveis;
- Os antecedentes contra-ordenacionais da arguida/recorrente, assumindo-se o carácter primário no que diz respeito a infracções no âmbito do SNGN;
- A colaboração prestada pela arguida/recorrente durante a fase administrativa;
- O volume de negócios da arguida/recorrente, a sua situação financeira e a quota no mercado liberalizado de gás natural;
- A inexistência de outros casos semelhantes aos dos autos;
- O decurso de quase dois anos desde a prática dos factos.

O limite máximo da coima corresponde a metade de 10 % do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE, nos termos do art.º 17.º, n.º 4 do R.G.CO., por remissão do art.º 30.º do R.S.S.E.

Pelo exposto, **ponderados os elementos determinantes da medida da coima, atendendo à moldura abstracta prevista para a infracção em causa, julga-se adequado à sua conduta, proporcional à sua culpa e realizando plenamente as exigências de prevenção a condenação da arguida/recorrente na coima de 5.000,00€ (cinco mil euros).**

* * *

*

V. DECISÃO.

Pelo exposto, nos termos das disposições legais e fundamentos mencionados, **decido julgar parcialmente procedente o presente recurso de impugnação deduzido pela arguida/recorrente Galp Power, S.A. e, em consequência, aplico à arguida/recorrente Galp Power, S.A. a coima de 5.000,00€ (cinco mil euros) pela prática de uma contra-**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 227/15.0YUSTR

ordenação prevista no artigo 29.º, n.º 1, al. w) do REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro; improcedendo os demais fundamentos do recurso.

*

Sem custas.

Comunique a presente decisão à **ERSE**, nos termos do n.º 4 do artigo 70.º do R.G.CO., por via do art.º 27.º do R.S.S.E.

Notifique.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, ds.

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Processo: 227/15.0YUSTR	Recurso (Contraordenação)	122940
-------------------------	---------------------------	--------

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifica-se que, nos presentes autos de Recurso (Contraordenação) n.º 227/15.0YUSTR, a dita sentença que antecede, transitou em julgado em 18-01-2016.

Santarém, 26-01-2016.

O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro