



S.

R.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Comentários do Conselho Superior do Ministério Público à Proposta de Lei n.º 88/XII (GOV) que aprova o regime sancionatório do sector energético, transpondo, em complemento com a alteração aos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), as Directivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelecem as regras comuns para o mercado interno da electricidade e do gás natural e revogam as Directivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003.

Na sequência da solicitação formulada pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão Parlamentar de Economia e Obras Públicas ao Conselho Superior do Ministério Público para que emitisse parecer sobre a Proposta de Lei n.º 88/XII (GOV) supra identificada, serve o presente para expôr as principais considerações sobre a matéria em apreço no quadro das respectivas atribuições e competências legalmente estatuídas.

I - Enquadramento e considerações gerais:

De acordo com a respectiva exposição de motivos, a Proposta de Lei em análise visa contribuir para um melhor funcionamento da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, nomeadamente suprimindo a necessidade de actualização do regime sancionatório, a qual se tornou premente após a reformulação legislativa operada nos anos mais recentes no sector energético quer a nível nacional, quer a nível comunitário.

A formalização do Pacote de Assistência Económica e Financeira entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, e em particular a execução dos compromissos plasmados no respectivo Memorando de Entendimento, reforçaram essa mesma necessidade de actualização do quadro sancionatório numa perspectiva de aperfeiçoamento do cabal funcionamento do sector de electricidade e do gás natural.



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste contexto, o mérito e a oportunidade da iniciativa legislativa em apreço afiguram-se pertinentes, sendo importante, contudo, proceder a um exacto escrutínio dos termos de transposição das Directivas que a Proposta de Lei em análise visa concretizar. Com efeito, importa, por um lado, verificar se a Proposta de Lei em causa assegura efectivamente as condições mínimas de harmonização que subjazem aos objectivos das Directivas em causa, nomeadamente no que se refere ao papel do regulador sectorial, bem como das respectivas competências e, por outro, tratando-se de matéria de natureza sancionatória, verificar igualmente a observância dos princípios elementares do ordenamento jurídico nacional neste domínio.

No que se refere em particular à transposição complementar que a Proposta de Lei em análise visa efectuar da Directiva que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade (Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) e da Directiva que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural (Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), importa sobretudo atender aos artigos 36.º e 37.º da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e aos arts. 40.º e 41.º da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, na medida em que são estes preceitos, de entre o enquadramento sectorial respectivo que as Directivas citadas estabelecem, aqueles que versam sobre os objectivos gerais das entidades reguladoras (art. 36.º Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e art. 40.º da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) e acima de tudo estabelecem as obrigações e competências das mesmas (art. 37.º Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e 40.º da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho).

Do elenco de obrigações e competências previstas, constam, entre outras, a obrigação de assegurar o cumprimento das obrigações emergentes das referidas Directivas, monitorizar o grau e a eficácia de abertura do mercado e de concorrência, bem como a obrigação de fiscalizar a ocorrência de práticas contratuais restritivas. Nesse sentido, ambas as Directivas determinam (art. 37.º, n.º 4 Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e 40.º, n.º 4 da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) que *“os Estados Membros devem assegurar que as entidades reguladoras sejam dotadas de competências que lhes permitam exercer de modo eficiente e rápido as obrigações a que se referem os n.ºs 1, 3 e 6...”*, podendo, para o efeito, conduzir inquéritos e dispôr dos poderes de instrução necessários, bem como *“impor sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas”* às empresas que não cumpram as obrigações legalmente impostas.

É, pois, no quadro comunitário específico destes objectivos, obrigações e competências que a Proposta de Lei deve ser analisada.



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

II - Comentários específicos:

Capítulo I – art. 3.º (processamento de denúncias)

O processamento de denúncias (art. 3.º) segue tramitação idêntica ao disposto no art. 8.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) recentemente aprovada. Com efeito, decorre do n.º 1 deste preceito que a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE) *“procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas...”*. Todavia, apenas deverá proceder *“à abertura de processo de contraordenação se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem”*.

Acresce, ainda, que o n.º 4 do preceito legal em análise refere que a ERSE pode manter inalterada a sua posição quanto à insuficiência de fundamentação da denúncia ou inexistência de razões para atribuir prioridade no processamento das denúncia em causa se as observações apresentadas pelo autor da denúncia nos termos do n.º 2 em nada contribuírem para alterar a posição inicialmente adoptada pela ERSE.

Embora não pondo em causa o princípio da legalidade que deve reger o exercício da acção penal (art. 2.º do Código de Processo Penal) e contra-ordenacional (art. 2.º do Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, 244/95, de 14 de Setembro, e 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro), a verdade é que o n.º 4 do preceito legal em análise parece aflorar também um princípio de oportunidade, que se traduz na possibilidade da entidade reguladora sectorial estabelecer prioridades no processamento de denúncias. Tal prerrogativa pode dar azo a uma hieraquização de queixas que se afigura perigosa, pois é difícil de escrutinar, susceptível de gerar eventuais discriminações e de potenciar ainda mais a conflitualidade pondo em causa uma efectiva realização da justiça. Neste contexto, permanecendo a intenção legislativa de manter esta possibilidade, urge fixar critérios legais claros e objectivos que permitam um escrutínio rigoroso desta disponibilidade que aqui se pretende conferir à ERSE.

Capítulo II – art. 8.º (notificações)

Não obstante a exposição de motivos referir que se *“esclarece a aplicação subsidiária do regime geral do ilícito de mera ordenação social”*, a qual se encontra, aliás, devidamente consagrada no art. 4.º da Proposta de Lei, a



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

verdade é que o n.º 1 do art. 8.º da mesma Proposta refere, estranhamente, que as notificações devem ser efectuadas nos termos do Código de Processo Civil. Atendendo à natureza sancionatória da matéria em causa e considerando que o regime geral das contra-ordenações é aqui aplicável de forma subsidiária, deveria ser este o diploma legal referido no art. 4.º da Proposta de Lei o normativo aplicável, bem como o Código de Processo Penal, visto que este permanece subsidiariamente aplicável ao regime geral das contraordenações nos termos do respectivo art. 41.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro e respectivas alterações.

Ao especificar a notificação postal, o n.º 6 do art. 8.º em análise parece admitir a possibilidade de outras formas de notificação e com prazos diferentes, designadamente no que se refere à utilização de outros meios de comunicação como o correio electrónico ou o fax. Todavia, face ao contributo que a utilização de tais meios de comunicação pode transportar para a celeridade processual, afigura-se importante clarificar os meios de comunicação susceptíveis de serem utilizados neste domínio e em que termos se consideram efectuadas as respectivas notificações quando recorrendo a tais meios.

Poderes de inquérito e de inspecção (art. 10.º):

As alíneas a) e b) deste preceito referem a possibilidade da ERSE, no exercício dos respectivos poderes sancionatórios, *“interrogar a entidade regulada e demais pessoas envolvidas...”* e/ou *“inquirir quais outras pessoas, pessoalmente ou através de representantes legais...”*.

Compreende-se a referência à representante legal no caso de interrogatório ou inquirição de pessoas colectivas, mas estranha-se que tal possibilidade seja extensível a pessoas singulares. Trata-se, pois, de matéria que urge clarificar e ajustar em coerência com a natureza pessoal do próprio depoimento e com as regras de inquirição consagradas no art. 138.º do Código de Processo Penal, cujo n.º 1 estabelece que *“o depoimento é um acto pessoal que não pode, em caso algum, ser feito por intermédio de procurador”*.

Busca domiciliária (art. 11.º):

Tal como na Lei da Concorrência recentemente aprovada (Lei n.º 19/2012, de 9 de Maio), a presente Proposta de Lei prevê também que a entidade reguladora do sector energético e do gás natural possa efectuar buscas domiciliárias. Não obstante a natureza sancionatória do projecto de diploma



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

em apreço, a verdade é que o disposto no preceito legal em análise afigura-se menos rigoroso quanto aos pressupostos para a realização de tais buscas e, nessa medida, menos garantístico do que o regime estabelecido nos artigos 174.º e seguintes do Código de Processo Penal. Com efeito, o n.º 2 do art. 11.º descreve os elementos a integrar o requerimento da ERSE dirigido ao juiz de instrução, devendo aquele “...mencionar a gravidade da infracção investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da entidade envolvida e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardas no domicílio...”. Face ao regime estabelecido no Código de Processo Penal e sem prejuízo de estarmos perante direito de mera ordenação social, tal não deve implicar uma redução das garantias de defesa no que se refere aos meios de obtenção de prova, e em particular no que se refere à realização de buscas domiciliárias. Neste contexto, é essencial rever o preceito em apreço, tornando-o mais exigente no que se refere à fundamentação e suficiência dos indícios para a realização de buscas, inspirando-se, para o efeito no regime geral estabelecido no Código de Processo Penal.

Acresce, que o artigo 13.º é pouco claro em relação ao titular do direito de autorizar a realização de buscas e apreensões, podendo estas ser ordenadas pelo Ministério Público ou, quando expressamente previsto, pelo juiz de instrução. Para além da epígrafe do art. 13.º não ser coerente com o conteúdo estatuído na norma em apreço, é essencial que se defina com rigor a quem compete autorizar e realizar as buscas ou apreensões previstas na presente Proposta de Lei. Tal clarificação é crucial para uma boa aplicação da lei e para evitar a incerteza e insegurança jurídicas em matéria tão sensível.

Art. 22.º (Segredos de negócio)

O n.º 5 do preceito em análise não é claro quanto às consequências de uma eventual divergência entre a entidade visada pelo processo de contraordenação e a própria ERSE no que se refere à natureza confidencial de determinada informação de negócio. Com efeito, não obstante tais divergências e a possibilidade conferida à entidade visada de se pronunciar, parece ficar reservado à ERSE a última palavra sobre a classificação de tal informação, não se exigindo, contudo, qualquer fundamentação acrescida caso tal decisão última seja divergente da posição manifestada pela entidade visada e apesar do potencial sancionatório em causa. Acresce, que da possibilidade de discordância da ERSE prevista no n.º 5 do art. 22.º da Proposta de Lei, não resulta necessariamente um direito de utilizar tal informação no processo ou de forma pública, sendo, por isso, importante clarificar tal prerrogativa.



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Capítulo III (Contraordenações e sanções)

Contraordenações (art. 28.º e 29.º)

O disposto nos artigos 28.º e 29.º parece enquadrar-se no disposto na alínea d) do n.º 4 do art. 37.º da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e na alínea d) do n.º 4 do art. 41.º da Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, as quais estabelecem que os *“...Estados-Membros devem assegurar que as entidades reguladoras sejam dotadas de competências que lhes permitam exercer de modo eficiente e rápido as obrigações...”* vertidas nas Directivas em causa, enunciando que para tal devem as referidas entidades reguladoras possuir diversas competências mínimas, designadamente *“Impor sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas às empresas de electricidade que não cumpram as obrigações que lhes incumbem por força da presente directiva ou de quaisquer decisões juridicamente vinculativas relevantes da entidade reguladora ou da Agência, ou propor a um tribunal que imponha essas sanções. Isto abrange competências para impor ou propor a imposição de sanções até 10 % do volume de negócios anual do operador da rede de transporte ou até 10 % do volume de negócios anual da empresa verticalmente integrada ao operador da rede de transporte ou à empresa verticalmente integrada, consoante o caso, por incumprimento das suas obrigações ao abrigo da presente directiva;”*

Assim, os arts. 28.º e 29.º visam concretizar o quadro sancionatório e o elenco de competências mínimas que permitam à entidade reguladora sectorial exercer efectivamente os respectivos poderes e sobretudo assegurar o bom funcionamento dos mercados em causa. Neste contexto, importa referir que, enquanto algumas infracções se encontram rigorosamente tipificadas (e.g. art. 28.º, n.º 1 a), d), f)), outras há, cuja tipificação se afigura algo incipiente, que, porventura, nem mesmo as melhores práticas regulatórias poderão concretizar e dissipar eventuais controvérsias quando tais normas venham a ser aplicadas (e.g. art. 28.º, n.º 1 h). Urge, pois, densificar a caracterização de tais tipos por forma a privilegiar uma aplicação correcta das sanções previstas.

Capítulo IV (Recursos)

Art. 50.º (Controlo pelo tribunal competente)



S.

R.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Este preceito da Proposta de Lei parece pôr em causa um princípio basilar que norteia tanto o processo penal, como o direito de mera ordenação social – a proibição de *reformatio in pejus*. Neste contexto, sendo o código de processo penal e o regime geral das contraordenações os diplomas enformadores desta Proposta de Lei, é com estranheza que se constata o disposto na parte final do n.º 1 do art. 50.º desta Proposta de Lei. Ao estabelecer-se a possibilidade de redução ou aumento da coima ou sanção pecuniária compulsória por parte do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em sede de recurso, a Proposta de Lei parece pôr seriamente em causa em causa uma das principais garantias do exercício de direito de recurso, e nessa medida de defesa, asseguradas pelo ordenamento jurídico nacional. É imperioso que tal possibilidade seja revista e ajustada em consonância com os diplomas legais supra citados que lhe servem de referência.

III - Nota final:

Em suma, o Conselho Superior do Ministério considera pertinente a iniciativa legislativa proposta, a qual é corolário de um processo de harmonização europeu e visa suprir algumas insuficiências que subsistem no sector energético e do gás natural. Sucede, porém, que a Proposta de Lei em apreço comporta alguns vícios formais e substantivos que importa sanar e aperfeiçoar, bem como algumas imprecisões que importa clarificar nos termos acima descritos.

Lisboa, 28 de Outubro de 2012

Nuno Soares de Oliveira

(Vogal)