

## COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE LEI N.º 88/XII/1.ª

(Regime sancionatório do setor energético)

### **0. Preâmbulo**

As empresas associadas da AGN concordam que é importante para a boa saúde do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) a existência de um regime sancionatório. Não compreende, no entanto, o exagero e a desproporção das sanções num setor tão regulado como é o do Gás Natural, temendo que este regime possa vir a desincentivar a desejada concorrência no setor, afastando não só novos entrantes, como dificultam a própria operação das empresas reguladas.

### **1. Introdução**

A Proposta de Lei n.º 88/XII/1.ª segue, de muito perto, o processo sancionatório relativo a práticas restritivas previsto no novo Regime Jurídico da Concorrência aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (cfr. artigos 13.º e seguintes da Lei n.º 19/2012).

Com efeito, muitas das soluções agora previstas na referida Proposta de Lei encontram ali a sua clara fonte inspiradora. Esta solução legislativa é, em nosso entender, altamente criticável uma vez que se trata de domínios (concorrência e regulação de energia) que têm preocupações, bem como objetivos diferentes.

Assim, se bem se perceba que face aos comportamentos que estão em jogo e às suas consequências em matéria de livre funcionamento do mercado, a Autoridade da Concorrência possa aplicar coimas cujo montante é determinado em função do volume de negócios do infrator, já não se percebe, face ao particular contexto do setor energético, que se fixem iguais montantes (ou, nalguns casos, até superiores), com base nos mesmos critérios, quando estão em causa comportamentos punidos pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

Efetivamente, admitir semelhante analogia é tratar de forma igual realidades que são manifestamente diferentes. Basta pensar que o âmbito de atuação da ERSE é muito mais abrangente no setor energético do que o âmbito de atuação da Autoridade da Concorrência, precisamente porque num caso está em causa uma regulação *ex-ante*

(que se caracteriza por definir as regras do jogo), enquanto no outro estamos perante uma regulação *ex-post* (que só atua perante a existência de uma infração). Convirá ainda referir que parte da fileira do Gás Natural se manterá a operar num regime regulado (transporte, distribuição, terminal de GNL e armazenagem).

Deste modo, tratar de maneira igual as infrações cometidas no âmbito do setor da energia que é um setor regulado, em que a intervenção do regulador se caracteriza essencialmente por ser disciplinadora e orientadora de comportamentos (veja-se, aliás, a extensão dos comportamentos tipificados como contraordenação na Proposta de Lei), com as infrações cometidas em setores não sujeitos a regulação, cuja disciplina específica é apenas o livre funcionamento do mercado (e que, portanto, não estão sujeitos a um controlo tão detalhado da parte de um regulador sectorial) não se afigura, do ponto de vista legislativo, correto.

O tratamento das infrações deve ter em conta, portanto, a diferença de gravidade existente entre os comportamentos praticados no âmbito de um mercado regulado (por natureza, mais controlado e também mais protegido) dos comportamentos praticados em regime de livre concorrência (por natureza, mais graves e com consequências mais nefastas para o funcionamento da economia).

A não ser assim, a presente Proposta de Lei corre o risco de acabar por funcionar como um verdadeiro entrave à entrada de novos operadores no mercado de energia e com isso dificultando a implementação da concorrência neste setor.

Para além destas observações de carácter mais geral, permitimo-nos destacar ainda, no entanto, os seguintes aspetos da Proposta de Lei que, em nossa opinião, deverão ser revistos.

São eles:

**a) Conflito de competências em matéria sancionatória**

Da análise do elenco de contraordenações que podem ser punidas pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) parece resultar que algumas das práticas tipificadas fazem parte das competências da Direcção Geral de Energia e Geologia (DGEG), nomeadamente em matéria de segurança (cfr., por exemplo, art. 29.º, n.º 1, alíneas d), l), t) da Proposta de Lei).

**b) Montante das coimas**

Os montantes máximos das coimas previstos no artigo 32.º, números 2, 3 e 4 da Proposta de Lei são manifestamente exagerados, sendo claramente violadores dos princípios da justiça e da proporcionalidade.

Semelhante previsão parece, aliás, não ter em devida conta o fato de existir uma diferença de dimensão entre os diversos operadores do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) e a respetiva faturação ou volume de negócios. O determinante para o cálculo do montante da coima deveria ser, assim, ao invés, a gravidade da infração e as suas consequências para o funcionamento do sistema e não unicamente a situação económica do infrator.

Deste modo, em alternativa, dever-se-ia considerar o benefício económico do infrator ou o dano causado ao sistema, quando quantificáveis, multiplicando-se o mesmo por duas ou mais vezes de forma a fixar o montante máximo da coima. No caso de não serem quantificáveis deveriam, tal como noutros setores regulados, ser fixados montantes máximos pecuniários das coimas em função da gravidade da situação.

A questão dos elevados montantes das coimas é ainda tanto ou mais gravosa quando 40% do produto das coimas é destinado à ERSE, de acordo com o art. 50.º, n.º 1, al. b) dos seus Estatutos, o que poderia criar incentivos incorretos pela coincidência entre o decisor e o beneficiário da multa.

O que escrevemos sobre o elevado montante das coimas aplica-se igualmente em relação ao montante máximo previsto para a sanção pecuniária compulsória (art. 36.º da Proposta de Lei). Com efeito, trata-se, pelos mesmos motivos, de um montante claramente excessivo.

### **c) Tipificação das contraordenações**

O elenco de contraordenações previstas na Proposta de Lei levanta-nos algumas dúvidas, sobretudo considerando o fato de algumas previsões serem demasiado vagas, necessitando, em nossa opinião, de ser melhor concretizadas em nome do princípio da tipicidade.

Os nossos comentários são os seguintes:

- i) Contraordenações muito graves – SNGN (art. 29.º, n.º 1 da Proposta de lei)  
- alínea m) – dever-se-iam excepcionar os casos em que a decisão da ERSE foi impugnada judicialmente;

- ii) Contraordenações graves – SNGN (art. 29.º, n.º 2 da Proposta de lei)
- alínea a) – acrescentar “desde que solicitadas previamente”;
  - alínea b) – densificar o conceito de “imprecisa”;
  - alínea h) – densificar o conceito de “graves deficiências”;
  - alínea j) – dever-se-ia acrescentar a seguir a “dever de apresentação de proposta de fornecimento”, “para as quais disponha de oferta no seu portfolio comercial, dentro da área geográfica da sua atuação”;

Propõe-se igualmente a passagem das contraordenações referidas no art. 29.º, n.º 1, alíneas o) a q) (falta de colaboração com a ERSE) como contraordenações muito graves para contraordenações graves, devendo acrescentar-se, no final de cada alínea, a seguinte formulação “e desde que a mesma ponha em causa, fundamentadamente, o exercício das funções da ERSE”.

- iii) Contraordenações leves – SNGN (art. 29.º, n.º 3 da Proposta de lei)

Em relação às contraordenações leves, e dada a sua menor relevância, dever-se-ia prever sempre uma notificação prévia da ERSE para a entidade em incumprimento promover a sua correção, só se devendo levantar a contraordenação no caso de o infrator não proceder à sua correção no prazo fixado pela ERSE para o efeito.

- alínea g) – densificar o conceito de “transparência comercial”;

Uma nota final para referir, quanto a este ponto, que persistem ainda algumas diferenças entre o elenco de contraordenações previsto para o SEN (Sistema Elétrico Nacional) e o respetivo elenco para o SNGN que deveriam ser, quando possível, harmonizadas.

#### **d) Reincidência**

As regras sobre reincidência previstas no art. 31.º, números 1 e 2 são desproporcionadas na medida em que se aplicam indiscriminadamente a infrações leves, graves e muito graves. Com efeito, não deveria relevar para efeito de reincidência o fato de o infrator ter sido condenado anteriormente por uma

contraordenação leve, da mesma forma que não deveria ser também punido como reincidente quem cometer uma infração leve depois de ter sido condenado por uma infração muito grave ou por uma infração grave com dolo. A reincidência deveria operar apenas entre infrações graves e muito graves.

## **e) Prescrição**

No caso das contraordenações leves deveria ser prevista, no art. 39.º da Proposta de Lei, a prescrição de um ano, como acontece no regime geral das contraordenações

## **f) Recursos**

Relativamente ao disposto no art. 46.º, n.º 2 da Proposta de Lei, embora esta norma seja idêntica à norma prevista no Regime Jurídico da Concorrência (art. 84.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012), a mesma parece-nos inconstitucional, nomeadamente se a decisão de arquivamento impuser condições ilegais ou exageradas não se dando hipótese ao infrator de reagir através da via do recurso.

Por outro lado, é nossa opinião que a regra geral em matéria de recursos deveria ser o efeito suspensivo e não, como consta do art. 46.º, n.º 4 da Proposta de Lei, o efeito meramente devolutivo.

Aliás, mesmo mantendo a atual redação da norma, não se percebe a razão de não atribuir igualmente efeito suspensivo ao recurso de uma decisão que aplique a sanção acessória prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 35.º da Proposta de Lei.

## **g) Proibição de *reformatio in pejus***

A possibilidade que a lei reconhece ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no art. 50.º da Proposta de Lei de, em caso de recurso de uma decisão da ERSE que tenha fixado uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, poder aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória, sem qualquer outra especificação, viola, em nossa opinião, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* previsto no art. 409.º do Código de Processo Penal, de acordo com o qual quando o recurso tenha sido interposto pelo arguido, o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

## **h) Outras questões**

Para além das observações que fizemos nos números anteriores, merecem ainda reparo os seguintes aspetos da Proposta de Lei:

- i) Art. 2.º, n.º 1 – a bem da clarificação, dever-se-ia eliminar do n.º 1 a expressão “administrativas”;
- j) Art. 3.º - para se evitarem denúncias sem fundamento dever-se-ia prever a publicitação das mesmas, bem como dos seus autores;
- ii) Art. 10.º, n.º 1, al. a) - substituir “interrogar” por “inquirir”

## **2. Em conclusão:**

- a) Defende-se um tratamento diferenciado do regime sancionatório do setor energético relativamente ao processo sancionatório relativo a práticas restritivas previsto no novo Regime Jurídico da Concorrência;
- b) Propõe-se uma clara divisão de competências em matéria sancionatória, nomeadamente entre a ERSE e a DGEG;
- c) Em relação ao elenco das contraordenações previsto na Proposta de Lei defende-se uma maior concretização de alguns conceitos previstos em algumas das alíneas que são demasiado vagos ou indeterminados (cfr. alínea c) *supra* com algumas propostas concretas de redação);
- d) Propõe-se a alteração do art. 39.º da Proposta de Lei de forma a que o prazo de prescrição das contraordenações leves passe a ser de um ano, tal como acontece no regime geral das contraordenações;
- e) Propõe-se a alteração do art. 46.º, n.º 4 da Proposta de Lei de forma a que: “O recurso tem efeito suspensivo”.

## **Normas que poderão ser consideradas inconstitucionais:**

- f) Art. 32.º, números 2, 3 e 4 – montantes das coimas  
Propõe-se a alteração do critério de determinação das coimas no sentido de o mesmo passar a considerar, em vez do volume de negócios do infrator, o benefício económico do infrator ou o dano causado ao sistema, multiplicando-se o mesmo por duas ou mais vezes de forma a fixar o montante máximo da coima. Caso contrário, a manterem-se os montantes máximos atualmente previstos, os mesmos correm o risco de ser considerados inconstitucionais por violação dos princípios da proporcionalidade e da justiça;

g) Art. 31.º, números 1 e 2 da Proposta de Lei – reincidência

Propõe-se a alteração destas normas no sentido de apenas considerar haver reincidência em relação a infrações graves e muito graves, sob pena de a manter-se a atual redação da norma a mesma poder vir ser declarada inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade;

h) Art. 46.º, n.º 2 da Proposta de Lei

Propõe-se a alteração desta norma de forma a que passe a constar o seguinte:  
*“Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento que não imponham condições”;*

i) Art. 50.º da Proposta de Lei, parte final

Em sua substituição dever-se-á acrescentar num novo número 2 o seguinte:  
*“No caso de o recurso ter sido interposto pelo arguido, o tribunal não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes”.*

