



SENTENÇA N.º 8/2017 - 3.ª SECÇÃO **(Proc. N.º 2JRF/2017)**

Relatora: Helena Ferreira Lopes

Descritores: Entidades Reguladoras (ERSE)/Não entrega nos cofres do Estado de receitas/ Reposição por não arrecadação de receitas/ Artigo 60.º da LOPTC/ Aplicação da lei no tempo/ Artigo 2.º, n.º 2 do Código Penal /Natureza ressarcitória da responsabilidade financeira reintegratória/Artigo 12.º do Código Civil.

Sumário:

1. Tendo, posteriormente à prática do imputado facto infracional, entrado em vigor normas que atribuem à ERSE o poder-dever de reverter a favor dos clientes de eletricidade e de gás natural os saldos de gerência, através da dedução dos saldos à tarifa, não podem os Demandados ser condenados em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alíneas a) e d), da LOPTC, por não terem entregado nos cofres do Estado tais receitas, em alegada violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010.

2. É que mesmo que considerássemos que a conduta dos Demandados era, à data, punível - por não terem entregado nos cofres do Estado as receitas resultantes dos saldos de gerência de 2009 - esta terá deixado de o ser, já que a infração financeira sancionatória nos moldes em que a mesma foi desenhada pelo M.P.- face ao disposto nos artigos 50.º, n.º 6, e 49.º-A, dos Estatutos da ERSE, na redação introduzida pelo DL n.º 84/2013 (LN) -, já não existe, havendo agora um poder-dever da ERSE fazer reverter a favor dos clientes de eletricidade e de gás natural os saldos de gerência, sendo tal incompatível com o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei 12-A/2010 (LA), que considerava, dentro de



determinados condicionalismos, que o valor acumulado dos saldos de gerência da ERSE constituíam receitas do Estado.

3. Daí que, por imperativo constitucional (CRP, artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, *a fortiori*) e por imposição jurídico-penal (artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal, aplicável “ex vi” do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC), a consequência seja o não sancionamento retroativo das condutas dos Demandados, antes da entrada em vigor da LN, ou seja, dos artigos 50.º, n.º 6, e 49.º-A, dos Estatutos da ERSE, na redação introduzida pelo DL n.º 84/2013.

4. Atenta a natureza essencialmente ressarcitória/civilista da responsabilidade financeira reintegratória (responsabilidade delitual, semelhante à prevista nos artigos 483.º e seguintes do Código Civil), aplica-se-lhe o artigo 12.º do Código Civil, o que significa que à responsabilidade financeira reintegratória se aplica a lei vigente ao tempo da prática do facto gerador da responsabilidade.

5. O montante que o Ministério Público alega que devia ter sido entregue pela ERSE nos cofres do Estado, foi arrecadado e depositado em conta bancária da ERSE «mantida até hoje junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (I.G.C.P)», tendo o CA de Administração deliberado que, «caso venha a ser definitivamente decidido que esse montante deve ser entregue nos cofres do Estado, a ERSE diligenciará no sentido de promover a transferência do valor em causa e que respeita ao saldo de gerência do ano de 2009».

6. Não podemos, assim, afirmar que não houve arrecadação de receitas por parte da ERSE, sendo que este é um dos pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória tipificada no artigo 60.º da LOPTC, sob a epígrafe “Reposição por não arrecadação de receitas”.



SENTENÇA N.º 8/2017 - 3.ª SECÇÃO (Proc. N.º 2JRF/2017)

1. Relatório.

1.1. O Ministério Público junto deste Tribunal, ao abrigo do disposto nos artigos 57.º, n.º 1, 58.º, 61.º, 63.º, 89.º e ss. da Lei 98/97, de 26/08 (LOPTC), **requereu o julgamento em processo de responsabilidade financeira de (i) Vítor Manuel da Silva Santos (D1)**, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração (CA) da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (doravante ERSE) durante a gerência de 2010; **(ii) José Monteiro Fernandes Braz (D2)**, na qualidade de Vogal do CA da ERSE, durante a mesma gerência; e **(iii) Ascenso Luís Seixas Simões (D3)**, na qualidade de Vogal da ERSE, durante a mesma gerência.

1.2. Para tanto, e em síntese, alega:

I – As funções dos demandados e as respetivas retribuições:

- A IGF procedeu a uma ação inspetiva à ERSE que incidiu sobre o cumprimento das medidas de consolidação orçamental – transição dos saldos de gerência de 2009.
- Durante todo o exercício analisado (1 de janeiro a 31 de dezembro de 2010) os dois primeiros Demandados integravam o Conselho de Administração da ERSE, o primeiro na qualidade de Presidente e o segundo na qualidade de Vogal.
- Por seu turno, o terceiro Demandado e no mesmo Conselho exerceu as funções de Vogal, de 10 de maio a 31 de dezembro de 2010.
- Os três aludidos Demandados, durante a referida gerência auferiram os seguintes montantes, a título de remuneração líquida anual de 146.907,19€, 132.485,12€ e 78.457,19€, respetivamente.



II – O quadro institucional (ERSE):

- A ERSE é, estatutariamente, um instituto público de regime especial (entidade administrativa independente), dotado de autonomia administrativa e financeira e de património próprio que exerce a sua atuação na dependência tutelar do Ministro da Economia e da Inovação. ¹
- Está cometida à ERSE a missão de regulação dos sectores do gás natural e da eletricidade nos termos dos seus Estatutos e no quadro da lei, dos contratos e das licenças existentes (D.L. n.º 97/2002, de 12/04).
- Nos termos dos artigos 27.º e 28.º dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, cit., a ERSE é gerida pelo Conselho de Administração (CA), composto por um presidente e dois vogais.
- **Entre outras matérias, ao CA compete:**
 - . *“Elaborar os planos de atividade e os orçamentos, bem como os relatórios de atividade e contas”;*
 - . *“Administrar o património da ERSE, arrecadar as receitas e autorizar a realização de despesas”* ².
- O projeto de orçamento da ERSE, elaborado anualmente pelo CA, integra-se no Orçamento do Estado (OE) na esfera dos Serviços e Fundos Autónomos (SFA) e está sujeito à aprovação posterior do Ministro da Economia.³

III – Os fundamentos:

- A ERSE não deu cumprimento à medida de contenção da despesa que obrigou à entrega de 85% dos saldos de gerência apurados no final do exercício de 2009 das entidades reguladoras.
- Com efeito, o **n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30/06**, estabeleceu que *“constituem receita do Estado de 2010 85% do valor acumulado dos saldos de*

¹ Cfr. art. 6.º, al. b) do D.L. n.º 208/2006, de 27/10 (Lei orgânica do Ministério)

² Cfr. art. 31.º, n.º 2, als. b) e d) dos Estatutos, aprovados pelo D.L. n.º 97/2002, de 12/04.

³ Cfr. art. 51.º dos mesmos Estatutos.



gerência e resultados transitados no final do exercício de 2009 das entidades reguladoras, designadamente:

(...)

f) *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;*

(...).”

- O quadro seguinte explicita os saldos de gerência da ERSE acumulados nos exercícios de 2008 e 2009:

Unidade: Euros

Saldo da Conta de Gerência 2008 (A)	Saldo da Conta de Gerência 2009 (B)	Saldo = B-A
2.232.033,00	2.878.299,00	646.266,00

Fonte: Mapa dos fluxos de caixa do ano de 2009

- Como se pode observar no quadro anterior, o valor acumulado do saldo de gerência apurado no final do exercício de 2009 foi de € 2.878.299,00.
- Em consequência, a ERSE deveria ter promovido a entrega ao Estado da quantia de € 2.446.554,00, correspondente ao valor acumulado dos saldos de gerência de 2009 (€ 2.878.299), pelo menos até final do ano de 2010, o que não aconteceu até à presente data.
- Numa carta dirigida ao Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento (SEAO), em 01/07/2010, a ERSE veio solicitar a dispensa do cumprimento daquela medida, baseando-se no disposto no artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, cit., que determina que o seu orçamento é financiado pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural.
- Sobre este pedido, a Direção-Geral do Orçamento (DGO) pronunciou-se no sentido seguinte: “ (...) *muito embora o orçamento da ERSE seja financiado exclusivamente pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, de acordo com o parecer do GCOR, (...) não vislumbramos qualquer normativo que fundamente de forma*



clara a não aplicação das normas orçamentais em vigor à ERSE (...). Assim, em nosso entendimento e do GCOR, deverá esta entidade registar no seu orçamento todos os cativos previstos na Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril e no Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, bem como proceder ao tratamento dos saldos de gerência (...), à luz da Lei 12-A/2010, de 30 de junho”.

- Esta informação da DGO recolheu, em 18/10/2010, o seguinte despacho do SEAO: “Visto. A ERSE deve dar cumprimento à Lei 12-A/2010”.
- Não obstante ter sido notificado deste despacho e de duas informações posteriores sobre o assunto, elaboradas pela IGF e sancionadas pelos SEAO (Desp.º sem número – SEAO, de 22/03/2011, que recaiu sobre a Inf.º n.º 339/2011/IGF) e SEO (Desp.º n.º 1477/2012/SEO, de 07/11/2012, exarado sobre a Inf.º n.º 1447/2012/IGF), o CA da ERSE não concretizou a entrega nos cofres do Estado do saldo de gerência apurado no ano de 2009.
- Ora, a ERSE é, como atrás se viu, uma pessoa coletiva de direito público dotado de autonomia administrativa e financeira, de património próprio e independência orgânica e funcional no exercício das suas funções, integrando o OE, na esfera dos Serviços e Fundos Autónomos.
- Deste modo, está obrigada ao cumprimento da Lei de Enquadramento Orçamental (e seus princípios e regras fundamentais), das leis anuais do Orçamento do Estado e seus decretos-leis de execução, bem como noutras leis de cariz orçamental, de que é exemplo a Lei n.º 12-A/2010, de 30/06, que, aliás, indica expressamente a ERSE, na alínea f) do n.º 1 do seu artigo 8.º, como uma das entidades reguladoras abrangidas pela obrigação da entrega de 85% dos saldos de gerência de 2009.
- Assim sendo e porque nos Estatutos da ERSE não existe qualquer disposição especial que contrarie a imposição do citado artigo 8.º, único caso em que o legislador admite uma aplicação diferente dos saldos (cfr. n.º 2 do mesmo preceito legal), a ERSE devia ter entregado nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, ou seja, o referido valor de € 2.446.544,00 em conformidade com a Lei n.º 12-A/2010.
- A não entrega devida nos cofres do Estado do referido montante configura a prática de infrações financeiras imputáveis aos membros do CA da ERSE, ora demandados, que ao longo do tempo, desde 1 de julho de 2010 e até à presente data, não



procederam ou mandaram efetuar a entrega daquele montante nos cofres do Estado.

- Os demandados, quer em razão das suas funções, quer porque o assunto em causa já tinha sido objeto de despacho por parte de dois membros do Governo responsáveis pela área das finanças (com base em recomendações/propostas da DGO e da IGF), de que tiveram conhecimento, tinham o especial dever de conhecer e efetivamente conheciam as normas legais que de forma clara impunham a entrega daquele montante nos cofres do Estado, que constituía receita geral do Estado de 2010.
- Os demandados decidiram voluntariamente não entregar nos cofres do Estado o referido valor, apesar de saberem bem que a não entrega do mesmo violava aqueles normativos e os referidos despachos dos membros do Governo.
- Agiram, pois, os demandados livre e deliberadamente, cientes que esta sua conduta era ilícita, proibida e financeiramente sancionável, conformando-se com tal resultado.

Nesta conformidade, pede que os Demandados sejam condenados

(i) na infração financeira sancionatória p. e p. no artigo 65.º, n.º 1, alíneas a) e d) da LOPTC, e n.º 2, por violação da alínea f) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei nº 12-A/2010, de 30/06 (não entrega nos Cofres do Estado do montante correspondente a 85% do valor acumulado dos saldos de gerência transitados e apurados no final do exercício de 2009), na multa de €2.550;00;

(ii) na infração financeira reintegratória prevista no artigo n.º 60.º da LOPTC, relativamente à mesma situação referida em **(i)**, imputável solidariamente, na reposição, nos Cofres do Estado, do montante de €2.446.554, a que deverão acrescer juros moratórios.

1.2. Os Demandados contestaram, tendo concluído como se segue:

- O financiamento da atividade e funcionamento da ERSE é exclusivamente assegurado pelas entidades por si reguladas, ressalvada uma parte do produto das



- coimas que hipoteticamente se possam aplicar e arrecadar no âmbito das suas funções de fiscalização do setor energético;
- A ERSE não recebe, nem nunca recebeu, quaisquer contribuições ou receitas do Orçamento do Estado;
 - O custo em que as empresas incorrem para financiar o orçamento da ERSE é repercutido nas tarifas da eletricidade e do gás natural suportadas pelos consumidores finais;
 - No final de cada exercício, os saldos de gerência são devolvidos e compensados através da devolução de valor equivalente à tarifa a praticar no ano seguinte;
 - Este mecanismo de financiamento tem não só base jurídica no nosso direito interno como também no direito da União Europeia;
 - Trata-se de um mecanismo cuja razão de ser se funda no estatuto de independência orçamental de que a ERSE goza para poder prosseguir as respetivas atribuições de autoridade reguladora no setor energético;
 - A aplicação cega do regime "*ad-hoc*" de consolidação orçamental constante do artigo 8.º da Lei n.º12-A/2010, de 30 de junho, como pretende a IGF e como resulta do Requerimento Inicial, colide frontalmente com as normas especiais constantes do diploma orgânico da ERSE, interpretadas num sentido conforme com o direito da União Europeia;
 - O legislador foi, aliás, prudente e, estando ciente de que determinadas entidades beneficiam de um estatuto jurídico de independência financeira e técnica, teve o cuidado de prever no n.º 2 do referido artigo uma cláusula de salvaguarda que permitisse precisamente dar resposta a situações como as da ERSE;
 - Acresce que o artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, caso seja aplicado no sentido que é proposto pela IGF e que agora vem igualmente sufragado pelo Ministério Público no Requerimento Inicial, padece ainda de inconstitucionalidade com fundamento na violação do disposto no n.º3 do artigo 8.º, no n.º 2 do artigo 103.º e no n.º 3 do artigo 267.º da Constituição;



- A posição que os ora Demandados tomaram, enquanto membros do Conselho de Administração da ERSE, não só teve em linha a estrita obediência à lei e ao direito vigente como procurou prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos consumidores de energia;
- Tendo em conta que o *exercício* das suas funções como membros do Conselho de Administração deve pautar-se pelo mais elevado critério, os Demandados procuraram sempre esclarecer a IGF e o Governo da forma mais aprofundada e fundamentada, agindo segundo as regras da boa-fé e da transparência e prestando a *máxima* colaboração às entidades atrás referidas;
- Tal como procuraram obter um respaldo adicional para o entendimento sobre a não aplicação à ERSE do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, seja através da consulta realizada junto do **Conselho Consultivo**, órgão de consulta nas deliberações adotadas pelo Conselho de Administração, como através de **parecer jurídico** recolhido junto de ilustres e reconhecidos jurisconsultos.

Termos em que requer que a ação seja julgada totalmente improcedente, e que os Demandados sejam absolvidos dos pedidos de condenação formulados, tanto no que diz à responsabilidade financeira sancionatória e reintegratória.

1.3. Foi realizada audiência de julgamento.



2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. O Tribunal, face à prova documental junta aos autos e às alegações produzidas em audiência de julgamento, responde da seguinte forma à factualidade alegada:

I -

Factos provados:

A) A Inspeção Geral de Finanças (IGF) procedeu a uma ação inspetiva à ERSE que incidiu sobre o cumprimento das medidas de consolidação orçamental – transição dos saldos de gerência de 2009.

(v. Processo n.º 2011/88/A8/21-IGF, apenso aos autos);

B) Durante todo o exercício analisado (1 de janeiro a 31 de dezembro de 2010), os dois primeiros Demandados integravam o Conselho de Administração da ERSE, o primeiro na qualidade de Presidente e o segundo na qualidade de Vogal.

(v. fls. 32 dos presentes autos);

C) O terceiro Demandado, no mesmo Conselho, exerceu as funções de Vogal, de 10 de maio a 31 de dezembro de 2010.

(v. fls. 32 dos presentes autos);

D) Em 7 de março de 2007, o Secretário de Estado do Orçamento autorizou a reversão dos saldos de gerência entre 2003 e 2005 para as entidades concessionárias, no montante M€ 1,2 «no sentido de os fazer repercutir nas tarifas, visando colmatar parcialmente o tarifário atualmente existente», considerando que o



Tribunal de Contas

Não transitada em julgado

artigo 50.º, n.º 3, do DL 97/2002, de 12 de abril, estipula que as contribuições recebidas da entidade concessionária da RNT e da entidade concessionária da rede nacional de transporte de gás natural são incluídas nas tarifas a praticar pelas entidades concessionárias.

(v. Informação 339/2011, da IGF, fls. 3 vº do processo apenso);

E) Os saldos de gerência da ERSE acumulados nos exercícios de 2008 e 2009 eram os seguintes:

Unidade: Euros

Saldo da Conta de Gerência 2008 (A)	Saldo da Conta de Gerência 2009 (B)	Saldo = B-A
2.232.033,00	2.878.299,00	646.266,00

Fonte: Mapa dos fluxos de caixa do ano de 2009

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 3);

F) Os Demandados, nas qualidades acima referidas, decidiram não entregarem nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, ou seja, o valor de 2.446.554,00€, por entender que a alínea f) do n.º 1 artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, que aprovou um conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental, não era aplicável à ERSE, sendo-lhe antes aplicável o n.º 2 do referido artigo 8.º.



(v. factualidade constante das alíneas D), reportada a um antecedente em que os saldos de gerência foram devolvidos, e razões aduzidas pela ERSE descritas nas alíneas G), I), J), L), M) e N) do probatório, justificativas da decisão de não entrega nos cofres do Estado de 85% do saldo acumulado na gerência de 2009).;

G) Em 1 de junho de 2010, a ERSE remeteu ao Senhor Secretário de Estado do Orçamento a sua posição face às iniciativas legislativas aprovadas que obrigavam a congelamentos (artigo 2.º da Lei 3-B/2010, de 28 de Abril) e cativações (artigo 3.º do DL n.º 72-A/2010, de 18 de Julho) nos orçamentos dos serviços autónomos, solicitando que fosse dispensado do seu cumprimento.

Em sua opinião «(...) os estatutos da ERSE (...), aprovados pelo Decreto-Lei 97/2002, de 12 de abril, **no seu artigo 50.º**, são bem claros ao determinarem que o seu orçamento é financiado, unicamente, pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, não permitindo de para ele serem canalizados transferências do Orçamento do Estado. Ao mesmo tempo, está bem claro que, aos montantes das receitas que integram o orçamento da ERSE, não pode ser dado destino diferente, nem sofrer qualquer limitação que não seja, unicamente, o assegurar o cabal cumprimento das atribuições que lhe estão conferidas e o funcionamento dos seus serviços. No momento em que a ERSE prepara o Plano de Atividades e Orçamento para cada ano, fica determinado que o esforço pedido aos consumidores se limita ao mínimo essencial, garantindo-se unicamente que os saldos, a existirem, serão devolvidos aos consumidores tal como aconteceu em 27 de agosto de 2007 no montante de 1.202.589,00 euros, através da incorporação nas tarifas reguladas” (Anexo I);

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 3 v.º e 4);

H) Sobre este pedido, a Direção-Geral do Orçamento (DGO) pronunciou-se no sentido seguinte:

«...a ERSE é uma pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira, criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, está sujeita à aplicação do POCP e ao



cumprimento das regras orçamentais, bem como às previstas no regime jurídico das entidades públicas empresariais. Os seus estatutos preveem a integração da ERSE no Orçamento de Estado, tutelado pelo Ministro da Economia, e quando for caso disso, pelo Ministro das Finanças. A ERSE está sujeita ao regime orçamental e financeiro dos Serviços e Fundos Autónomos da Administração Pública, nos termos da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro.

Por isso, «...a Delegação insiste nos consecutivos atos de incumprimento das normas orçamentais vigentes, por parte da ERSE.

Muito embora o orçamento da ERSE seja financiado exclusivamente pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, de acordo com o parecer do GCOR, (...) não vislumbramos qualquer normativo que fundamente de forma clara a não aplicação das normas orçamentais em vigor à ERSE (...).

Assim, em nosso entendimento e do GCOR, deverá esta entidade registar no seu orçamento todos os cativos previstos na Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril e no Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, bem como proceder ao tratamento dos saldos de gerência, tal como exposto nos pontos 4 e 5 desta informação, à luz da Lei 12-A/2010, de 30 de junho.» (Anexo II).

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4);

H1) Esta informação da DGO recolheu, em 18/Out/2010, o seguinte despacho do SEO “*Visto. A ERSE deve dar cumprimento à Lei 12-A/2010*”.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4; Anexo II);

I) Face ao teor do despacho do SEAO, o Conselho de Administração da ERSE solicitou ao **Conselho Consultivo** uma posição sobre a aplicação do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, que, em 23 de Novembro de 2010, através do seu Presidente, emitiu parecer no sentido de que os saldos de gerência devem reverter para os consumidores.



(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4 e 4vº, e Anexo III);

J) Em 22 de dezembro de 2010, a ERSE comunicou ao SEAO o parecer transmitido pelo Presidente do Conselho Consultivo, solicitando indicação dos procedimentos necessários à libertação dos saldos que permitam a sua inclusão nos próximos períodos tarifários, contribuindo para uma redução da fatura energética das empresas e famílias.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4 e 4vº, e Anexo iv);

K) Sobre este pedido, a DGO pronunciou-se, em 11 de janeiro de 2011, no sentido de *«além de já existir um despacho do Senhor Secretário Adjunto e do Orçamento referindo que a ERSE deverá cumprir a Lei n.º 12-A/2010, não há fundamento legal para que a ERSE seja excecionada do âmbito de aplicação do artigo 8.º, da mencionada lei»*

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4vº, e Anexo v);

K1) Esta informação da DGO obteve o seguinte despacho, em 19 de novembro de 2011 *«À IGF para os devidos efeitos»*.

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4vº, e Anexo v);

L) Após contato efetuado com responsáveis da ERSE no sentido de esclarecer melhor a posição da ERSE, a IGF solicitou, por *e-mail*, em 3 de fevereiro de 2011, resposta às seguintes questões:

- *«...A fundamentação para a não entrega, como receita geral do Estado, do saldo de gerência de 2009, com a indicação concreta da(s) «...normas especiais constantes...» do diploma orgânico da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (n.º 2 do artigo 8.º da Lei 12-A/2010, de 30 de junho) que sustentam a vossa posição»;*



- *Especificação de eventuais normas e decisões comunitárias que obriguem à entrega dos valores dos saldos de gerência aos consumidores (cópia). Nesse caso, solicitávamos que nos indicassem quando pretendem proceder a essa entrega aos consumidores, qual o meio utilizado e qual o valor a considerar...»*

(v. informação n.º 339/2011, junta ao processo apenso a fls. 4vº, e Anexo v);

M) Em resposta à solicitação da IGF, a ERSE, apresentou um **parecer jurídico**, da sociedade “*Paz Ferreira e Associados – Sociedade de Advogados RL*”, subscrito pelos juristas Carlos Baptista Lobo (Doutor em Direito) e Sérgio Gonçalves do Cabo (Mestre em Direito), no qual se conclui:

«1.ª As soluções presentes nas leis do orçamento e nos diplomas de execução orçamental referentes a cativações e reversão de saldos de gerência não têm qualquer razão de ser quanto aos serviços e organismos com autonomia financeira integralmente financiados por receitas próprias que lhes estão consignadas – como é o caso da ERSE – uma vez que a integração do orçamento destes serviços e organismos no orçamento de Estado apenas visa cumprir uma função de legitimação política, de controlo e de consolidação financeira, não lhes retirando a autonomia financeira (patrimonial, orçamental, de tesouraria e creditícia) que estatutariamente lhe foi atribuída e que decorre das Bases da Contabilidade Pública e do RAFE;

(...)

11.ª Sujeitar um orçamento financiado de acordo com os princípios da necessidade e da orientação para os custos às cativações, reservas e limites trimestrais de despesa aplicáveis à execução do orçamento dos serviços integrados ou dos serviços autónomos cujo financiamento depende de transferências do orçamento de Estado, equivaleria a impedir o Conselho de Administração da ERSE de exercer as competências de execução orçamental que decorrem do regime de autonomia financeira a que se encontra submetido (nos termos das Bases da Contabilidade Pública, do RAFE, e da LEO 2001), bem como aplicar a uma entidade reguladora independente e financiada por receitas próprias em função dos respetivos custos,



técnicas de controlo da gestão orçamental concebidas para entidades financiadas por verbas do orçamento de Estado.

12.^a *Tal interpretação das normas do diploma de execução orçamental é incompatível com os artigos 8.º e 11.º das Bases da Contabilidade Pública, com o artigo 52.º do RAFE, com o artigo 47.º da LEO 2001, com os estatutos da ERSE e com os artigos 35.º, n.º 5, alínea a) e 39.º, n.º 5, alínea a) das Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, respetivamente;*

(...)

14.^a *A mobilização dos saldos ou excedentes de execução orçamental da ERSE, não depende de autorização do Ministro das Finanças porque as **receitas em causa não pertencem ao Estado nem lhe podem ser entregues.** (...) uma vez que o princípio da necessidade de financiamento e da orientação para os custos impõe a sua devolução ao mercado e, por conseguinte, a sua repercussão nas tarifas que contêm um excesso tarifário imputável a um desajustamento de execução orçamental;*

17.º *Receitas materialmente consignadas não podem ser usadas para financiar as despesas gerais do Estado, sob pena de ser posto em causa **o princípio da equivalência do tributo;***

(...)

19.^a *Se o Estado pretender criar uma receita fiscal com esta configuração está obrigado a cumprir com as normas constantes do artigo 103.º da Constituição.*

(...);

22.^a *Se as receitas das contribuições pagas em excesso não podem ser retidas pela ERSE, muito menos podem ser retidas pelo Estado e utilizadas para financiar os gastos do Estado.*

23.^a *Caso tal ocorra, a quotização em causa revestirá automaticamente a natureza de um imposto e, não tendo ocorrido a competente autorização parlamentar para a sua cobrança, poderá a ERSE ser alvo de ações de impugnação por parte dos respetivos quotizados – que assumiram a veste de verdadeiros contribuintes fiscais – colocando em causa a conformidade constitucional das suas contribuições com diversos fundamentos de inconstitucionalidade.*



24.^a *A mobilização dos saldos ou excedentes de execução orçamental da ERSE não depende de autorização do Ministro das Finanças porque estão em causa receitas próprio objeto de **consignação orgânica**;*
(...)».

(v. parecer junto ao autos e ao processo apenso);

N) No mesmo sentido, entendeu o Conselho Consultivo da ERSE, que, em parecer, de 14 de abril de 2013, conclui, em síntese, o seguinte:

- *«...os valores que integram os saldos de gerência da ERSE provenientes das tarifas de gás natural e eletricidade devem ser restituídos aos respetivos consumidores, através da devolução à tarifa»;*
- *«...qualquer entendimento diverso do expressado penaliza de forma desproporcionada os consumidores de gás natural e eletricidade que suportam os custos inerentes ao funcionamento e organização da ERSE»;*
- *«O edifício jurídico do sistema energético e regulatório português deve basear-se no princípio de separação de funções entre o Estado e as atividades reguladas, não sendo correta, nem aconselhável, qualquer comunicação de receitas entre ambos (...)*».

(v. Parecer do Conselho Consultivo da ERSE-Plenário n.º 2/2013, subordinado ao tema “Verificação do cumprimento das medidas de consolidação orçamental – transição de saldos de gerência de 2009, e que remete para outros **Pareceres daquele Conselho Consultivo, n.ºs 2/2010, 1/2011 e 1/2012**, fls. 92 a 96 dos autos).

O) O montante que o Ministério Público alega que devia ter sido entregue pela ERSE nos Cofres do Estado por parte da ERSE, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1,



alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de junho, no montante de **2.446.554,00€**, encontra-se depositado em conta bancária da ERSE mantida até hoje junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP, E.P.E. (adiante, IGCP).

(v. fls. 120 e certidão de fls. 121 dos autos);

P) Face à propositura da presente ação, e a solicitação dos Demandados, o Conselho de Administração da ERSE, decidiu, em síntese, o seguinte:

- *«Segundo foi apurado» - «a posição assumida em 2010 pelo Conselho de Administração da ERSE...correspondeu ao entendimento histórico assumido por esta Entidade Reguladora, tendo a decisão sido tomada com base em Parecer jurídico independente, elaborado por reputados juristas, e interpretava fielmente o sentido reiterado das deliberações e recomendações aprovadas pelo Conselho Consultivo da ERSE, que veio a ser expressamente consagrado nos Estatutos da ERSE publicados a 25 de Junho de 2013. Atendendo a que o valor correspondente a 85% do saldo acumulado na gerência de 2009 se mantém depositado no IGCP, à ordem da ERSE, o CA deliberou que, caso venha a ser definitivamente decidido pelo Tribunal de Contas que esse montante deve ser entregue nos Cofres do Estado, a ERSE diligenciará no sentido de promover a transferência do valor em causa no que respeita ao saldo de gerência do ano de 2009.»*

(v. documento de fls. 100 v.º dos autos);

II-

FACTOS NÃO PROVADOS:

Não está provado que os Demandados sabiam que a não entrega do montante de €2.446.554 violava o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, e que a sua conduta era proibida e financeiramente sancionável.



Não está provado que os Demandados, ao não terem entregado nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, se tivessem conformado com a realização de qualquer infração financeira sancionatória.

(v. factualidade constante das alíneas D), F), G), I), J) L), M) e N) do probatório);

III -

FUNDAMENTAÇÃO:

- Os factos provados, **com exceção da alínea F)**, fundamentam-se nos documentos referidos a propósito de cada uma alíneas, sendo que o facto provado na **alínea F)**, como aí se referiu, **fundamenta-se na factualidade descrita nas alíneas D) - em 2007 os saldos de gerência foram devolvidos – G), I), J), L), M) e N) do probatório, aqui, dada por reproduzida.**
- A factualidade dada como não provada fundamenta-se no facto de os Demandados, com os fundamentos descritos nas **alíneas D), G), I), J), L), M) e N) do probatório**, terem entendido que o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010 não era aplicável à ERSE, sendo-lhes antes aplicável o n.º 2 do referido artigo 8.º.



2.2. O DIREITO

2.2.1. Da infração financeira sancionatória imputada aos Demandados prevista no artigo 65.º, n.º 1, alíneas a) e d) da LOPTC, e n.º 2, por violação da alínea f) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30/06.

Dispõe o artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC, no que releva para os presentes autos, o seguinte:

«1 - O Tribunal de Contas pode aplicar multas nos casos seguintes: a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas; d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património».

Por seu turno, o artigo 8.º, da Lei n.º 12-A/2010, na alínea f) do seu n.º 1, e o n.º 2 do mesmo artigo, dispõem o seguinte:

«1 – Constituem receita geral do Estado de 2010 85% do valor acumulado dos saldos de gerência e resultados transitados apurados no final do exercício de 2009 das entidades reguladoras, designadamente:

(...)

f) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

(...)

2 - A aplicação do número anterior será feita sem prejuízo das normas especiais constantes dos diplomas orgânicos das entidades abrangidas».

Refira-se que esta Lei aprovou um conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental tendo em vista a redução de défice excessivo e o controle do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC).



Os Demandados, na qualidade de Administradores da ERSE, decidiram não entregar nos cofres do Estado 85% do saldo acumulado na gerência de 2009, por entenderem não ser aplicável à ERSE o artigo 8, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010, sendo-lhe antes aplicável o n.º 2 do referido artigo 8.º - **v. alínea F), e fundamentação constante das alíneas G), I), J), L), M) e N) do probatório.**

Em síntese, entendia a ERSE que o **artigo 50.º dos Estatutos da ERSE, aprovados pelo DL n.º 97/2002, de 12 de abril**, era claro no sentido de que o seu orçamento era financiado apenas e só pelos consumidores de energia elétrica e de gás natural, não permitindo que deste fossem canalizadas transferências para o orçamento de Estado, sendo que às receitas que integrassem o orçamento da ERSE não podia ser dado destino diferente que não fosse assegurar cabal cumprimento das atribuições que lhe estavam conferidas -**v. alínea G) do probatório.**

Daí que os valores integradores dos saldos de gerência da ERSE provenientes das tarifas de gás natural e eletricidade devessem ser restituídos aos consumidores, através da devolução à tarifa (**v. parecer do Conselho Consultivo da ERSE, parcialmente transcrito na alínea N) do probatório).**

Esta interpretação tem respaldo no artigo **35.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva Comunitária 2009/72/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009⁴, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno de eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE, bem como no artigo **39.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2009/73** do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009⁵, que

⁴ Diz a alínea a) do n.º 5 do referido preceito: «5. A fim de proteger a independência das entidades reguladoras, os Estados-Membros devem, nomeadamente, assegurar que: a) As entidades reguladoras possam tomar decisões autónomas, independentemente de qualquer órgão político, tenham dotações orçamentais anuais separadas, gozem de autonomia na execução do orçamento atribuído e disponham de recursos humanos e financeiros adequados ao exercício das suas obrigações».

⁵ Diz a alínea a) do n.º 5 do referido preceito é idêntica à constante na nota de pé de página que antecede.



estabeleceu regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE.

Com a aprovação, pelo DL n.º 84/2013, de 26 de junho, da terceira alteração aos Estatutos da ERSE, aprovados pelo DL n.º 97/2002, de 12 de abril, ficou claramente estatuído que *«As regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente em matéria de autorização de despesas, de transição e utilização dos resultados líquidos e de cativação de verbas na parte que não dependa de dotações do orçamento de Estado, não são aplicáveis à ERSE»* - v. artigo 49.º- A, dos Estatutos da ERSE, com referência à alteração introduzida pelo DL 84/2013, sob a epígrafe “Regime orçamental de financeiro” - e que *«Caso se verifiquem saldos de gerência, devem os mesmos reverter a favor dos clientes de eletricidade e de gás natural», através da dedução dos saldos à tarifa de acesso, na proporção das contribuições cobradas nos termos da alínea a) do n.º 2»* - v. artigo 50.º, sob a epígrafe “Receitas”, n.º 6, do DL n.º 84/2013, de 25 de junho.

Estas alterações, em concreto, no contexto do referido diploma, vieram, além do mais, *completar a transposição das Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, ao estabelecer expressamente o regime de autonomia e independência funcional desta entidade, sem prejuízo dos poderes constitucionalmente atribuídos ao Governo* (vide antepenúltimo parágrafo do preâmbulo do DL n.º 84/2013).

Também a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a lei-quadro das entidades reguladoras, no artigo 38.º, sob a epígrafe “*Contabilidade, contas e tesouraria*”, no seu n.º 5, estabelece o seguinte:

⁶ O sublinhado é da minha autoria.

⁷ O sublinhado é da minha autoria.



*“Salvo quando provenientes da utilização de bens do domínio público ou tenham origem em transferências do Orçamento Estado, casos em que para este podem reverter, os resultados líquidos das entidades reguladoras transitam para o ano seguinte, **podendo ser utilizados, designadamente, em benefício dos consumidores ou do setor regulado**⁸, nos termos a definir nos estatutos de cada entidade reguladora».*

Estas alterações, decorrentes, além do mais, da transposição das referidas Diretivas para a ordem jurídica portuguesa, mostram, no mínimo, que a interpretação veiculada pela ERSE no sentido da não aplicação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f) da Lei n.º 12-A/2010, àquela entidade, **é uma interpretação possível, dentro das diversas soluções plausíveis em direito permitidas.**

Independentemente da posição que se tome quanto à interpretação e aplicação do artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei 12-A/2012, no que à ERSE se reporta, há uma questão que temos que enfrentar, a saber:

- Tendo, posteriormente à prática do imputado facto infracional, entrado em vigor normas que, sem margem para dúvidas, atribuem à ERSE o poder-dever de reverter a favor dos clientes de eletricidade e de gás natural os saldos de gerência, através da dedução dos saldos à tarifa, **poderão os Demandados ser condenados em responsabilidade financeira sancionatória, por não terem entregado nos cofres do Estado tais receitas?**

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser negativa, uma vez que, mesmo a considerar-se que conduta dos Demandados era, à data, punível - por não terem entregado nos cofres do Estado as receitas resultantes dos saldos de gerência de 2009 - esta terá deixado de o ser, já que a infração financeira sancionatória nos

⁸ O negrito é da minha autoria.



moldes em que a mesma foi desenhada pelo M.P., face ao disposto nos artigos 50.º, n.º 6, e 49.º-A, dos Estatutos da ERSE, na redação introduzida pelo DL n.º 84/2013 (LN), já não existe, havendo agora um poder-dever da ERSE fazer reverter a favor dos clientes de eletricidade e de gás natural os saldos de gerência, sendo tal incompatível com o artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei 12-A/2010 (LA), que considerava que o valor acumulado dos saldos de gerência da ERSE, dentro de determinados condicionalismos, constituíam receitas do Estado (artigo 8.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 12-A/2010).

Estamos, por isso, perante uma questão de sucessão de leis no tempo (artigo 2.º do Código Penal, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória por força do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC).

Daí que, por imperativo constitucional (CRP, artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, *a fortiori*) e por imposição jurídico-penal (artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal), a consequência seja o não sancionamento retroativo das condutas dos Demandados, antes da entrada em vigor da LN, ou seja, dos artigos 50.º, n.º 6, e 49.º-A, dos Estatutos da ERSE, na redação introduzida pelo DL n.º 84/2013.

2.2.2. Da responsabilidade financeira reintegratória imputada aos Demandados, nos termos do artigo 60.º, da LOPTC, com referência à mesma situação referida em 2.2.1.

Dispõe o artigo 60.º da LOPTC, sob a epígrafe “*Reposição por não arrecadação de receitas*”, o seguinte:

«Nos casos de prática, autorização ou sancionamento, com dolo ou culpa grave, que impliquem a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas com violação das normas



legais aplicáveis, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável na reposição das importâncias não arrecadadas em prejuízo do Estado ou de entidades públicas»

Prima facie, importa referir que o não sancionamento das condutas dos Demandados por responsabilidade financeira sancionatória, nos termos em que o foi - v. ponto 2.2.1. deste Acórdão - não é consequencial relativamente à responsabilidade financeira reintegratória.

Na verdade, atenta a natureza essencialmente ressarcitória/civilista da responsabilidade financeira reintegratória (responsabilidade delitual, do tipo da prevista nos artigos 483.º e seguintes do Código Civil), aplica-se-lhe o artigo 12.º do Código Civil, o que significa que a lei que venha regular por forma diferente os efeitos de factos ilícitos só se aplica a factos futuros; ou seja a responsabilidade financeira reintegratória, é, naturalmente, regulada pela lei vigente ao tempo da prática do facto gerador da responsabilidade⁹.

Isto podia significar que o julgador devia conhecer, num primeiro momento, da (in)verificação das infrações por que os Demandados vêm acusados (*in casu*, as infrações relativas às alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 65.º, da LOPTC), e só depois conhecer dos pressupostos próprios da responsabilidade financeira reintegratória (não arrecadação + prejuízo para o Estado).

Não é o que se irá fazer, já que se nos afigura clarividente que houve uma arrecadação das receitas por parte da ERSE, sendo que um dos pressupostos da reposição e da conseqüente condenação dos Demandados é a NÃO ARRECADAÇÃO DE RECEITAS em prejuízo do Estado ou das entidades públicas.



Na verdade, o montante que o Ministério Público alega que devia ter sido entregue pela ERSE nos cofres do Estado, foi arrecadado e depositado em conta bancária da ERSE «mantida até hoje junto da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (I.G.C.P)», tendo o CA de Administração deliberado que, «*caso venha a ser definitivamente decidido que esse montante deve ser entregue nos cofres do Estado, a ERSE diligenciará no sentido de promover a transferência do valor em causa e que respeita ao saldo de gerência do ano de 2009*» - v. alíneas O) e P) do probatório.

Assim, e por falta de um dos pressupostos da responsabilidade financeira reintegratória – não arrecadação de receitas – improcede, a final, o pedido formulado pelo M.P.

3. DECISÃO.

Termos em que julgando improcedente a presente ação, se absolvem os Demandados, nos termos com os fundamentos acima descritos.

Lisboa, 5 de junho de 2017

A Juíza Conselheira

(Helena Ferreira Lopes)

⁹ Cf. João Batista Machado, in “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimado”, Almedina, págs. 233 e 234.