

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Diana Rafaela Barroso Rosas

**A ANÁLISE DA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE
ENERGIA NOS TRIBUNAIS ARBITRAIS**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela
Professora Doutora Sandra Passinhas e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

MARÇO de 2023



DIANA RAFAELA BARROSO ROSAS

**A análise da apropriação indevida de energia nos
tribunais arbitrais**

**The analysis of energy misappropriation in arbitration
courts**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)*

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2023

AGRADECIMENTOS

“O querer e o trabalho transformam o sonho em realidade”, já dizia o Diretor João Alvarenha do Colégio que frequentei. Se é verdade que a vontade e o esforço nos levam a algum lado, também é igualmente verdade que quando todos torcem por nós e nos apoiam, não há como falhar. Por isso, estas são as pessoas que merecem o meu mais sentido agradecimento:

*Aos meus pais, pelo trabalho em equipa, por serem o meu porto de abrigo.
Aos meus avós e tio-avô, pelo apoio, pela notinha dada às escondidas, pela força que o olhar e o abraço de cada um me deu.
Ao David, que sempre acreditou em mim, pelo colo.
Às minhas amigas, companheiras de batalha, por serem casa em Coimbra.
À minha psicóloga, porque o curso não se faz sem sanidade mental.
À Doutora Sandra Passinhas, que me entusiasmou com a sua sabedoria e que suscitou em mim a curiosidade de investigar sobre este tema.
A todos os que me prepararam o caminho.*

Resumo

A dissertação que aqui se expõe tem como intuito alertar para a possibilidade de existir um vício gerador de inconstitucionalidade presente no art. 262.º, n.º 2 do Regime da Energia Elétrica e do Gás Natural (Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Nacional Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944 e a Diretiva (UE) 2018/2001). Estabelece, então, o referido artigo que *“a pessoa singular a quem seja imputado o benefício por [apropriação indevida de energia] pode, por sua opção expressa, submeter o litígio à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar”*. Note-se que a lei prevê o recurso à “arbitragem necessária” no âmbito dos serviços públicos essenciais, fazendo parte desses serviços o fornecimento de energia elétrica.

Por conseguinte, o n.º 2 do art. 262.º do Decreto-Lei n.º 15/2022 fez soar alguns alarmes. Podemos estar perante um crime de furto de energia elétrica (de acordo com os arts. 203.º e 204.º do Código Penal) que se consumou com a apropriação indevida de energia. Posto isto, ao investigar um facto que pode materializar-se num crime de furto, o tribunal arbitral está a pronunciar-se sobre uma matéria para a qual não tem competência, uma vez que nos termos do art. 211.º, n.º 1 da CRP, a competência para apreciar questões em matéria criminal cabe aos tribunais judiciais. Por este motivo, no nosso entender, esta norma padece de um vício gerador de inconstitucionalidade, mais concretamente um vício material. Assim sendo, deve ser objeto de uma fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, honrando-se, então, o supremo parâmetro de validade de todas as normas jurídicas – a Constituição da República Portuguesa.

Palavras-chave: serviços públicos essenciais; arbitragem obrigatória; energia elétrica; furto; competência dos tribunais.

Abstract

The purpose of the dissertation presented here is to draw attention to the possibility of the existence of a defect that leads to the unconstitutionality of article 262, no. 2 of the Electricity and Natural Gas Regime (Decree-Law no. 15/2022, of January 14, which establishes the organization and operation of the National Electricity System, transposing Directive (EU) 2019/944 and Directive (EU) 2018/2001). The aforementioned article then establishes that "the natural person to whom the benefit is attributed for [misappropriation of energy] may, at his or her express option, submit the dispute to the legally authorized consumer dispute arbitration centers, including with regard to the monetary amount to be paid." Note that the law provides for the use of "necessary arbitration" in the scope of essential public services, and the supply of electricity is part of those services.

Therefore, paragraph 2 of art. 262 of Decree-Law 15/2022 set off some alarm bells. We may be facing a crime of theft of electricity (according to arts. 203 and 204 of the Criminal Code) that was consummated with the misappropriation of energy. Having said that, by investigating a fact that may materialize in a crime of theft, the arbitral tribunal is ruling on a matter for which it has no jurisdiction, since under the terms of art. 211, no. 1 of the CRP, jurisdiction to hear criminal matters falls to the judicial courts. For this reason, in our opinion, this rule suffers from a defect that gives rise to unconstitutionality, more specifically a material defect. As such, it should be subject to a successive abstract constitutionality review, in order to honor the supreme parameter of validity of all legal rules - the Constitution of the Portuguese Republic.

Keywords: essential public services; mandatory arbitration; electric power; theft; jurisdiction of the courts.

Índice

Introdução	7
I – Os serviços públicos essenciais e a “arbitragem necessária”	9
1. Os serviços públicos essenciais	9
• Utente vs. Consumidor	11
1.1. A Lei n.º 6/2011, de 10 de março: a resolução de litígios e “arbitragem necessária”	13
II – Serviço de fornecimento de energia elétrica	19
1. O contrato de fornecimento de energia elétrica	19
2. Serviço de fornecimento de energia elétrica e a apropriação indevida de energia ...	21
III – A apropriação indevida de energia e o Direito Penal	22
1. Apropriação indevida de energia	22
2. Crime de Furto	22
2.1. Enquadramento jurídico	22
2.2. Análise Jurisprudencial	28
3. Outros crimes: breve referência	29
4. Integrar a energia elétrica no conceito de “coisa móvel” para efeitos penais viola o princípio da legalidade?	32
5. Crime vs. Litígio de consumo	33
IV – Questão de Constitucionalidade	39
Conclusão	46
Bibliografia	48

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AIE	Apropriação Indevida de Energia
Art.	Artigo
Al.	Alínea
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CNIACC	Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo
CRP	Constituição da República Portuguesa
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Cfr.	Conferir
DAR	Diário da Assembleia da República
EMJ	Estatuto dos Magistrados Judiciais
LDC	Lei da defesa do Consumidor
LSPE	Lei dos Serviços Públicos Essenciais
DR	Diário da República
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
P.	Página
PP.	Páginas
Proc.	Processo
RRC	Regulamento das Relações Comerciais
SS	Seguintes
Vol.	Volume

Introdução

JORGE MIRANDA escreve que “[i]nerente ao Homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder”. Por isso, “forçoso se torna reconhecer existir algo de específico e de permanente no sistema que permite (e só permite) explicar e fundar a validade e efetividade de todas e cada uma das suas normas”¹. É este o peso da Constituição.

A Constituição ocupa uma posição hierarquicamente superior relativamente às demais normas do ordenamento jurídico. A Lei Fundamental constitui o supremo parâmetro de validade de todas as normas jurídicas, sendo que estas devem adequar-se e ser lidas à luz da Constituição. É “a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico”². Portanto, em respeito pelo Texto Constitucional, devemos adotar uma postura vigilante e zelar pelo seu cumprimento.

Ora, esta dissertação tem o propósito de alertar para a possibilidade de existir um vício gerador de inconstitucionalidade presente no art. 262.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro (que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Nacional Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944 e a Diretiva (UE) 2018/2001). Este artigo estabelece que “*a pessoa singular a quem seja imputado o benefício por [apropriação indevida de energia] pode, por sua opção expressa, submeter o litígio à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar*”. Note-se que a lei prevê o recurso à “arbitragem necessária”³ no âmbito dos serviços públicos essenciais, fazendo parte desses serviços a eletricidade.

O n.º 2 do art. 262.º do Decreto-Lei n.º 15/2022 fez soar alguns alarmes. Podemos estar perante um crime de furto de energia elétrica (de acordo com os arts. 203.º e 204.º do CP) que se consumou com a apropriação indevida de energia. Posto isto, ao investigar um

¹ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição, 2020, cit. p. 9.

² JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7.ª Edição, cit., p. 888.

³ Apesar de o art. 15.º da LSPE fazer referência na sua epígrafe à “arbitragem necessária”, mais adiante, explicaremos a preferência pela expressão arbitragem obrigatória.

facto que pode materializar-se num crime de furto, o tribunal arbitral está a pronunciar-se sobre uma matéria para a qual não tem competência, uma vez que nos termos do art. 211.º, n.º 1 da CRP, a competência para apreciar questões em matéria criminal cabe aos tribunais judiciais.

Sendo assim, cumpre-nos discorrer acerca desta problemática. Começaremos por explicar a necessidade da criação do instituto da “arbitragem necessária” no âmbito dos serviços públicos essenciais. De seguida, explicaremos que a apropriação indevida de energia pode corresponder a factos que podem preencher um tipo ilícito sancionado pelo Código Penal e, que assim sendo, não se pode confundir com um conflito de consumo. Para isso, recorreremos às diversas considerações da Doutrina e da Jurisprudência, que no fundo se podem sintetizar numa questão: a energia é “coisa móvel” para efeitos do crime de furto? Após estas ponderações, é feito um exercício de comparação da norma do art. 262.º, n.º 2, com as prerrogativas da Constituição, concluindo-se pela necessidade de submeter a referida norma a uma fiscalização abstrata sucessiva.

I – Os serviços públicos essenciais e a “arbitragem necessária”

1. Os serviços públicos essenciais

O consumo é visto nos dias de hoje como fruto de uma vida económica que, com a globalização, assumiu contornos mais veementes. A publicidade é presença assídua na vida dos cidadãos, provocando desejos, muitas vezes impulsivos, de aquisição de diversos bens e serviços. Consequentemente, as relações de consumo proliferaram, o que provocou maiores riscos de insatisfação. Todos estes fatores originaram um novo tipo de conflitos⁴. Provocaram, igualmente, uma necessidade de proteção mais intensa dos direitos dos consumidores. Nas palavras de MARCELINO ABREU, *se antes os indivíduos procuravam sobreviver, hoje, nas sociedades modernas, procuram viver e com níveis cada vez mais elevados de qualidade*⁵.

VIEIRA DE ANDRADE explica que no século XX, depois das guerras mundiais, a intervenção do Estado na vida da sociedade tornara-se impreterível, quer para assegurar as liberdades efetivas dos cidadãos, principalmente perante poderes sociais opressores, quer para garantir um conjunto de condições essenciais de bem-estar, que, nas sociedades urbanas industriais e pós-industriais, se configuram como pressuposto de uma vida humana digna⁶. Consequentemente, o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em consequência da sua *subalternidade e vulnerabilidade* na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, sobretudo no que diz respeito a *bens e serviços essenciais*, cuja aquisição se revela vital⁷. Por representar a parte mais fraca da relação, a proteção do consumidor deve ser “tanto mais intensa quando maior o perigo para os bens pessoais ou a dignidade individual”⁸.

⁴ JOÃO PEDROSO, “A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Consumo”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60 (2001), *cit.*, p. 37.

⁵ MARCELINO ABREU, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Anotada e Comentada)*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Vila Nova de Famalicão, 2017, *cit.*, p. 26

⁶ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumidor*, N.º 5 (2003), *cit.* p. 142.

⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 143.

⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 143.

Existem, então, serviços que são indispensáveis a uma vida quotidiana digna, dado que satisfazem necessidades primárias dos cidadãos – são conhecidos como “serviços públicos essenciais” e são exemplos o serviço de fornecimento de água e o de eletricidade, entre outros. Face à relevância que os serviços públicos essenciais assumem, é imprescindível estabelecer regras capazes de reger esta *área económica e socialmente sensível*, pois referimo-nos a um *domínio que toca de uma forma direta e profunda o indivíduo enquanto pessoa física e enquanto ser social*⁹. Surge, assim, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho – a Lei dos Serviços Públicos Essenciais –, que veio criar no ordenamento jurídico português alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais.

A LSPE resultou da Proposta de Lei n.º 20/VII e, conforme se alude na sua Exposição de Motivos, é “tarefa do Estado promover à satisfação de necessidades iniciais¹⁰ e contribuir para o bem-estar e qualidade de vida de todos”. Assim, e desmistificando, o “cumprimento deste imperativo constitucional [cfr. art. 81.º, i) da CRP] requer que o Estado se não desinteresse do modo como ele é conseguido e, designadamente, dos termos e condições em que os bens são fornecidos e os serviços prestados”¹¹. A LSPE tem, então, como propósito assegurar o equilíbrio das partes nas relações jurídicas que envolvam a prestação de serviços públicos essenciais. De acordo com FERNANDO DIAS SIMÕES, o legislador sentiu a necessidade de criar mecanismos específicos destinados a proteger os utentes dos serviços básicos, universais e essenciais à vida em sociedade, inibindo eventuais abusos dos prestadores dos serviços¹². É o que se retira da Proposta de Lei n.º 20/VII, que determina que “a prestação de serviços públicos essenciais [deve] estar sujeita ao respeito por certos princípios fundamentais, em conformidade com a índole e as características desses serviços – princípios da universalidade, igualdade, continuidade, imparcialidade, adaptação às necessidades e bom funcionamento –, assim como implica que ao utente sejam reconhecidos especiais direitos e à contraparte, impostas algumas limitações à sua liberdade contratual”.

Historicamente, os serviços essenciais eram prestados pelo Estado. No entanto, tem-se assistido recentemente a uma vaga de liberalização destes serviços, o que justifica que o

⁹ MARCELINO ABREU, *ob. cit.*, pp. 26 e 37.

¹⁰ FERNANDO DIAS SIMÕES, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Anotada e Comentada)*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 8, considera que se trata de um mero lapso de escrita, querendo o legislador referir-se a “necessidades essenciais”.

¹¹ Que pode ser consultada em DAR II série A n.º 33, 4 de abril de 1996, p. 590.

¹² FERNANDO DIAS SIMÕES, *ob. cit.*, p. 10.

Estado não prescinda de submeter regras e deveres aos prestadores de serviços¹³. Ao disciplinar os contratos que envolvem a prestação de serviços públicos considerados essenciais, o Estado cumpre uma das suas incumbências prioritárias, no âmbito económico e social, nos termos do art. 81.º, alínea i) da CRP. Se o fornecimento destes bens e serviços fosse deixado à mercê de entidades privadas, sem qualquer intervenção do Estado, seria a maximização do lucro a ditar as regras da relação entre os fornecedores e os consumidores, já que aquelas entidades atendem a uma *ótica puramente comercial ou economicista*¹⁴. Como comenta MARCELINO ABREU, *os privados não têm o sentimento altruísta que existe ou deve existir por parte do Estado*¹⁵.

Olhando agora para o n.º 2 do art. 1.º deparámo-nos com o âmbito de aplicação objetivo da LSPE: são serviços públicos essenciais o serviço de fornecimento de água, o serviço de fornecimento de energia elétrica, o serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, o serviço de comunicações eletrónicas, os serviços postais, o serviço de recolha e tratamento de águas residuais, o serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos e o serviço de transporte de passageiros. Importa destacar que este conteúdo é evolutivo, pois referimo-nos a uma área que é mutável, já que, com a evolução da sociedade, existem bens e serviços que se tornam imprescindíveis e ascendem, por isso, à condição de essenciais. A Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro e a Lei n.º 51/2019, de 29 de julho¹⁶ comprovam-no, visto que vieram alargar o catálogo de serviços essenciais.

- **Utente vs. Consumidor**

No que concerne ao âmbito subjetivo do referido diploma, dele fazem parte o utente (art. 1.º, n.º 3) e, no polo oposto, o prestador de serviços (art. 1.º, n.º 4). Nesta matéria, há que destacar a distinção entre utente e consumidor.

¹³ MARCELINO ABREU, *ob. cit.*, p. 27, explica que, pelo facto de estarmos perante um “serviço público”, não quer isto dizer que seja o Estado ou uma entidade pública a prestar o serviço, uma vez que estes serviços podem ser prestados por entidades privadas em regime de concessão administrativa, o que justifica a imperativa necessidade de intervenção do Estado, através de regulamentação.

¹⁴ FERNANDO DIAS SIMÕES, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁵ MARCELINO ABREU, *ob. cit.*, p. 27

¹⁶ Alterações à Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

No art. 1.º, n.º 1 da LSPE verificamos que é feita referência ao “utente”, é a este a quem se destina a proteção conferida pelo referido diploma. E logo no n.º 3 encontramos a definição deste conceito: utente é “a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-lo”.

Por sua vez, a Lei 24/96, de 31 de julho¹⁷ estatui no seu art. 2.º, n.º 1 que “consumidor” é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Note-se que esta noção contém um elemento relacional, uma vez que só estaremos diante de um consumidor se a contraparte for uma pessoa que “exerça com caráter profissional uma atividade económica”¹⁸. Nas palavras de PAULO DUARTE, “[p]ara o ser, o consumidor há-de relacionar-se com uma qualquer pessoa que, em primeiro lugar, desempenhe uma atividade económica”¹⁹. Para além disso, só será consumidor aquele que destinar os bens e serviços a *uso não profissional*^{20/21} – e é aqui que reside a principal discrepância entre os conceitos de consumidor e utente. O conceito de utente não recorre a um *critério finalista*, ou seja, é irrelevante o uso dado ao bem ou serviço fornecido (ao contrário do que se estatui para o consumidor).

¹⁷ Conhecida por Lei de Defesa do Consumidor. JORGE MORAIS CARVALHO, “O conceito de consumidor no direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 14 (2018), *cit.*, pp. 185 e 188, refere que a definição central de consumidor, na ordem jurídica portuguesa, é a do art. 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor, diploma que incorpora os princípios gerais do direito do consumo. O autor explica que o conceito de consumidor tem como principal função delimitar o âmbito de aplicação subjetivo de vários regimes jurídicos.

¹⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, *cit.* p. 35. FERNANDO DIAS SIMÕES, *ob. cit.*, p. 48.

¹⁹ PAULO DUARTE, “O conceito de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 75 (1999), *cit.*, p. 666.

²⁰ PAULO DUARTE, *ob. cit.*, p. 674, escreve que a antecessora da Lei de Defesa do Consumidor determinava no seu n.º 2 que consumidor era “*toda aquela a quem fossem fornecidos bens ou prestados serviços destinados ao seu uso privado*”. Assim, o autor evidencia que o legislador foi mais flexível: “antes, em tom afirmativo, determinava-se a natureza (privada) do uso a que os bens e serviços deveriam ser destinados; agora (...) apenas se caracteriza o uso a que os mesmos não podem ser destinados, sob pena de não se preencher o conceito de consumidor (...)”. Desta mudança no enunciado legal “resulta uma inescapável dilatação do perímetro de aplicação da LDC, em comparação com o da sua predecessora de 1981”.

²¹ Segundo PEDRO FALCÃO, *O Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica*, Petrony Editora, Forte da Casa, 2019, *cit.* p. 43, também podemos designar estes sujeitos por *clientes domésticos*: são os utentes que são simultaneamente consumidores do ponto de vista técnico-jurídico, isto é, os utentes a quem um comercializador fornece eletricidade que é destinada a um uso não profissional (referimo-nos, neste caso, ao serviço de fornecimento de energia elétrica).

Compreendemos que o legislador não pretendeu equiparar utente a consumidor, tutelando, desta forma, os direitos de todos os beneficiários da prestação de serviços e não apenas daqueles que destinem os bens e serviços a uso não profissional. Contudo, note-se que a prestação de serviços públicos essenciais pode consubstanciar uma relação jurídica de consumo²². Como é justificado na Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 20/VII, “[a] necessidade de proteger o utente é maior quando ele não passa de mero consumidor final, [mas] isso não significa que o legislador deva restringir o âmbito deste diploma a tal situação. Encara-se o problema em termos gerais, independentemente da qualidade em que intervém o utente de serviços públicos essenciais, sem prejuízo de se reconhecer que é a proteção do consumidor a principal razão que justifica este diploma de nele se consagrar uma proteção acrescida para o consumidor quando é caso disso”.

Assim sendo, é certo que o utente que seja consumidor carece de uma proteção mais acrescida, em razão da sua vulnerabilidade, pois representa a parte mais fraca na relação contratual. No entanto, como falamos de serviços que são imprescindíveis a uma vida quotidiana digna, o legislador reconheceu que a LSPE deve salvaguardar os direitos de todos os beneficiários da prestação do serviço, independentemente da posição que ocupe (utente ou utente consumidor). Em suma, é notório que o conceito de utente é mais amplo que o de consumidor, já que um consumidor será sempre um utente, mas um utente poderá não ser um consumidor.

1.1. A Lei n.º 6/2011, de 10 de março: a resolução de litígios e “arbitragem necessária”

A Lei n.º 6/2011, de 10 de março veio alterar pela terceira vez a Lei dos Serviços Públicos Essenciais e teve como intuito estabelecer a criação de um mecanismo de arbitragem “necessário” no acesso à justiça por parte dos utentes de serviços públicos essenciais (como se pode ler no seu art. 1.º). Deste modo, o art. 15.º, n.º 1 da LSPE estatui que “[o]s litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas

²² MARCELINO ABREU, *ob. cit.*, p. 44.

singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”.

O Projeto de Lei n.º 175/XI/1^{a23} que deu origem à Lei n.º 6/2011 teve como escopo dar resposta ao congestionamento a que se assistia não só nos tribunais judiciais como também nos tribunais administrativos e fiscais, face ao aumento dos litígios emergentes dos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais. Assim, revelara-se imperativo estatuir uma abordagem alternativa, que facilitasse o acesso ao direito e à justiça: pretendeu-se resolver este obstáculo através do recurso aos tribunais arbitrais. Estes oferecem várias vantagens: os procedimentos são céleres, garantindo uma solução em tempo útil e são gratuitos ou de custo reduzido para o consumidor, o que os torna mais acessíveis²⁴.

Aludindo à definição apresentada por MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *a arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários [árbitros]. A decisão que os árbitros tomarem é vinculativa para as partes*²⁵. Por seu turno, os meios de resolução alternativa de litígios “podem definir-se como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais”²⁶.

Realce-se que a “arbitragem necessária” foi a modalidade eleita pelo referido projeto de lei para acautelar os direitos dos utentes que sejam consumidores. O fornecedor do serviço público não pode recusar a submissão do litígio à “arbitragem necessária”, estando dependente da escolha do consumidor, e é obrigado a aceitar a decisão que vier a ser tomada pelo tribunal arbitral, que equivale a uma sentença de um tribunal judicial de 1.ª instância, isto é, é uma decisão vinculativa que tem a mesma força e eficácia de uma sentença judicial²⁷.

²³ Disponível em DAR II série A n.º 49, de 18 de março de 2010 (pp. 80-81).

²⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, cit., p. 47.

²⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, cit. p. 119.

²⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.* 17.

²⁷ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, cit., p. 43.

Percorrendo os diversos caminhos traçados pela Doutrina, são várias as considerações tecidas no que toca à qualificação jurídica da “arbitragem necessária” (sendo, até agora, propositada a utilização de aspas sempre que nos referimos a esta modalidade).

MARIANA GOUVEIA FRANÇA refere-se à “arbitragem necessária” como sendo um meio obrigatório, já que não depende unicamente da vontade das partes aderir ou não a um mecanismo alternativo, uma vez que é imposta por lei²⁸. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA E JOANA CAMPOS CARVALHO entendem que se trata “de um mecanismo de arbitragem potestativa porque o utente que seja consumidor tem o direito potestativo de iniciar o processo de arbitragem, o que significa que a arbitragem reveste carácter necessário para a outra parte – o prestador do serviço”. Os referidos autores compreendem que, neste caso, o prestador de serviço encontra-se num *estado de sujeição*, pois fica impedido de propor a ação junto de um tribunal judicial^{29/30}. Desta forma, relativamente ao consumidor, não consideram tratar-se de um caso de arbitragem necessária, já que é-lhe conferido pela lei um direito de opção entre recorrer a um tribunal arbitral ou a um tribunal estadual³¹.

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA E DANIELA MIRANTE chamam à atenção para a falta do elemento contratual, uma vez que este é indispensável para que exista efetivamente uma escolha entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estadual. Na ausência deste elemento, consideram que a forma de resolução de litígios ora analisada se aproxima da jurisdição estadual, embora com algumas diferenças (por exemplo, as decisões

²⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.* p. 18.

²⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, *cit.*, p. 109.

³⁰ A Doutrina e a Jurisprudência têm discutido sobre a compatibilidade deste mecanismo com o direito de acesso à justiça e as garantias que lhe estão associadas. O Tribunal Constitucional já se pronunciou acerca desta questão através dos Acs. n.º 230/86, n.º 230/2013 e n.º 781/2013, entre outros. MARIA JOÃO ANTUNES, no voto de vencida anexo ao Ac. n.º 230/2013, processo n.º 279/2013 disponível em www.tribunalconstitucional.pt expõe que o direito de acesso aos tribunais não é apenas garantido através do acesso aos tribunais do Estado. A Juíza Conselheira, sufragando o entendimento tecido pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 230/86, concebe que embora não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania e não sejam tribunais do Estado, os tribunais arbitrais não deixam de ser qualificados como verdadeiros tribunais. No entanto, como é mencionado no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 230/86, não deixa de ser imprescindível assegurar um mecanismo de reexame perante um órgão judicial do Estado. Em caso de interesse cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 401 a 436 e RUI MEDEIROS, “Arbitragem necessária e Constituição”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1301 a 1330.

³¹ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, *cit.*, pp. 187 e 188.

são proferidas por árbitros e não por juízes de carreira). Neste sentido, os autores julgam tratar-se de um caso de “arbitragem aparente”, porque, apesar de não poder abdicar de determinados elementos típicos da arbitragem voluntária, não se baseia numa escolha e, conseqüentemente, num *autêntico ato de vontade das partes*³². FAUSTO DE QUADROS vai no mesmo sentido. O autor explica que a expressão “arbitragem necessária” contraria a teoria clássica sobre a arbitragem que, tradicionalmente, constitui uma *manifestação da jurisdição voluntária*. Nas suas palavras, “[a]quilo que se designa impropriamente de arbitragem necessária é um meio, imposto por lei, de resolução de um litígio por via jurisdicional através de juízes escolhidos pelas partes”. Assim sendo, entende estarmos perante uma “arbitragem obrigatória”, uma vez que “o recurso à arbitragem, nesse caso, deixa de estar na discricionariedade da vontade das partes num litígio para lhe ser imposto por lei”³³. RUI TAVARES LANCEIRO argumenta que, no âmbito dos serviços públicos essenciais, estamos perante uma “arbitragem quase-necessária”, encarando-a como uma nova realidade que desafia a *aparente e sedutora clareza da distinção dualista entre a arbitragem necessária e voluntária*³⁴.

Da nossa parte, preferimos a expressão arbitragem obrigatória, por entendermos que é a que mais sentido faz. É verdade que no caso dos serviços públicos essenciais, a sujeição do litígio à arbitragem depende unicamente da vontade do utente que seja consumidor (cfr. art. 15.º, n.º 1 da LSPE) e, assim sendo, o profissional encontra-se num estado de sujeição, de verdadeira inércia. Ou seja, se o consumidor se decidir por recorrer aos tribunais arbitrais, o profissional fica automaticamente obrigado a acatar esta decisão, não a podendo recusar, uma vez que é a lei que assim o impõe. Para além disso, não achamos correto afirmar que se trate de arbitragem necessária para o consumidor, uma vez que este tem a faculdade de optar entre recorrer a um tribunal arbitral ou a um tribunal estadual, não lhe sendo imposto por lei recorrer aos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

³² ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO SILVA, DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2019, *cit.* p 17.

³³ FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, *Estudos em Homenagem de Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, *cit.*, pp. 357 e 358.

³⁴ RUI TAVARES LANCEIRO, “A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2019, *cit.*, p. 410.

Discussões à parte, é de louvar a intervenção do legislador. Os serviços públicos essenciais são um domínio delicado, em virtude de estarem intrinsecamente ligados ao indivíduo. Do ponto de vista técnico-jurídico, a regulação dos contratos de consumo até pode ter sido pensada de forma plena. No entanto, é necessário garantir que esta se cumpra efetivamente, o que só se verifica se existirem ferramentas que permitam ao consumidor solucionar os litígios que surjam ao longo da vida do contrato³⁵. Há sempre quem não cumpra algumas normas – e os agentes económicos mais poderosos sabem como fazê-lo (sabem, por exemplo, onde encontrar os alçapões da lei). Desta forma, torna-se imperativo disponibilizar aos consumidores mecanismos aptos a reparar esse incumprimento, de maneira a reduzir as disparidades entre consumidores e profissionais³⁶. Só assim se poderá litigar de igual para igual. CLÁUDIO SERRA expõe que a igualdade consagrada na Constituição choca muitas vezes com a desigualdade com que os cidadãos se debatem na efetiva realização dos seus direitos, principalmente os mais desfavorecidos economicamente³⁷. Assim, cremos que através da instituição inovadora da arbitragem obrigatória, contribuiu-se para a promoção do acesso à justiça.

Nos dias de hoje, o patrocínio judiciário (que pode ser obrigatório ou não), mais do que um requisito processual, é encarado como uma necessidade, dada a complexidade do sistema jurídico. É certo, por isso, que o esquema tradicional de Justiça é, por esse motivo, afastado do cidadão. No entanto, com a evolução social, pretende-se mudar este paradigma: “o cidadão exige uma explicação e exige ser convencido por ela”, “os donos dos conflitos pretendem dominá-los, controlando quer o processo, quer a solução”³⁸. O cidadão é digno de dominar a controvérsia de forma plena, é merecedor de ser instruído e clarificado, tendo ao seu alcance os mecanismos adequados no momento de litigar.

Por além disso, ressalta LUÍS MENEZES LEITÃO que o Estado contemporâneo atravessa há muito tempo por uma verdadeira crise da justiça, levando a que a maioria dos cidadãos encare a justiça estatal como distante e lenta, fatores que a tornam incapaz de resolver litígios em tempo útil. Consequentemente, diversos grupos sociais optaram por

³⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, cit., p. 15.

³⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, cit., p. 46.

³⁷ CLÁUDIO SERRA, “A arbitragem necessária e o acesso à justiça”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 83 (2015), cit., 62.

³⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.* p. 30.

socorrer-se de formas de resolução alternativa de litígios, da qual faz parte a arbitragem³⁹. Para MARIANA FRANÇA GOUVEIA, a crise da justiça é, mais do que tudo, uma crise de qualidade da justiça e não da quantidade ou de morosidade. Para a autora, não se trata, pois, de fazer o melhor mais rápido, mas de fazer diferente e, em certos casos, melhor – já que a resolução alternativa de litígios convoca uma perspectiva diferente do conflito⁴⁰. Os litígios oriundos das relações de consumo têm características próprias. Desta forma, para assegurar o acesso à justiça por parte do elo tendencialmente mais fraco da relação é necessário adotar soluções diferentes das tradicionais. Pois como afirmam certos autores, “[e]stá em causa não apenas o acesso formal à justiça, mas também – e fundamentalmente – a garantia do acesso afetivo por parte do consumidor quando entende que foi violado alguns dos seus direitos”⁴¹.

Para além disso, os tribunais arbitrais são marcados pelas características de independência e de imparcialidade, devendo os árbitros ser escolhidos tendo em conta estas características. O mais comum é serem nomeados árbitros que são juristas, o que evidencia a importância de que estes detenham conhecimentos adequados em Direito. A confidencialidade é outra das qualidades inerentes à arbitragem, evitando, por um lado, que a imagem dos profissionais fique manchada entre os consumidores, impedindo, conseqüentemente, que sofra tantos prejuízos. Por outro lado, a confidencialidade permite às partes uma melhor gestão da sua atuação, já que “os futuros reclamantes não terão conhecimento das soluções anteriores a que a empresa se comprometeu, o que permite uma maior flexibilidade nos desfechos dos casos, de uma forma mais casuística”⁴².

Por tudo o que foi exposto, esta intervenção legislativa merece inteira concordância, em virtude de a imposição da arbitragem para os fornecedores de serviços públicos essenciais constituir um mecanismo para assegurar aos consumidores o acesso efetivo à justiça. Sintetizando, já era tempo de cumprir efetivamente a prerrogativa constitucional do acesso efetivo à justiça, devendo esta adaptar-se aos tempos contemporâneos (claro está sem

³⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “A arbitragem e a mediação como formas de resolução de conflitos”, *CAAD NEWSLETTER*, n.º 1 (2013), *cit.* p. 31.

⁴⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.* p. 25.

⁴¹ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, *cit.*, p. 45.

⁴²Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 198 e 199 e JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, *cit.*, p. 48.

provocar a instabilidade do ordenamento jurídico), facultando aos utentes e consumidores em geral os meios mais sublimes para a concretização dos seus direitos.

II – Serviço de fornecimento de energia elétrica

Destaquemos, agora, o serviço de fornecimento de energia elétrica – o protagonista desta dissertação – previsto na alínea *b*) do n.º 2 do art. 1.º da LSPE, que é depois densificado no Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (EU) 2019/944⁴³ e a Diretiva (EU) 2018/2001.

Antes de prosseguirmos, torna-se pertinente discorrermos um pouco acerca do contrato de fornecimento de energia elétrica.

1. O contrato de fornecimento de energia elétrica

Já referimos que nos dias de hoje os serviços públicos essenciais são prestados maioritariamente por entidades privadas. Assim sendo, os contratos inerentes à maior parte destes serviços⁴⁴ são qualificados como contratos subjetivamente comerciais, unilateral ou bilateralmente, ou como contratos de consumo, pois neles intervêm comerciantes (já que na maioria dos casos os profissionais são comerciantes e os utentes também podem sê-lo) ou consumidores (em virtude de o utente poder ser um consumidor). Quanto à natureza dos contratos que convencionam o provimento destes serviços, podemos dizer que os referidos contratos são de natureza privada, respeitando-se, no entanto, o desígnio inerente ao surgimento dos serviços públicos essenciais e que levou à criação de regras que disciplinam o fornecimento destes. Referimo-nos, então, às *obrigações de serviço público* previstas no

⁴³ Que altera a Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da eletricidade.

⁴⁴ PEDRO FALCÃO, *ob. cit.* pp. 15 e 16, refere que ainda hoje é debatida na doutrina e na jurisprudência a natureza pública ou privada dos contratos que disciplinam a prestação dos serviços, especialmente em relação ao fornecimento de água que é maioritariamente assegurado pelos municípios em prestação direta do serviço. A título de exemplo, o autor indica um caso segundo o qual nem sequer se poderá qualificar o contrato como unilateralmente comercial: o prestador é um município e utente um oleiro, ou seja, um profissional não comerciante.

n.º 3 do art. 9.º do Decreto-Lei 15/2022, de 14 de janeiro. Por outras palavras, e como já fora mencionado, não se poderá obedecer a uma ótica *puramente comercial ou economicista*, em razão de estes serviços serem fulcrais à dignidade humana⁴⁵.

O contrato de fornecimento de energia elétrica é aquele pelo qual um comercializador vende eletricidade a um utente e se obriga perante este a assegurar a sua entrega contínua. Estamos, pois, diante de um *contrato misto de compra e venda e prestação de serviço por terceiro* (cfr. arts. 874.º e ss e 443.º e ss do CC). Ou seja, o contrato que é celebrado apenas entre o comercializador e o utente compreende a compra e venda da energia⁴⁶ e ainda a prestação do serviço de instalação e manutenção do contador, entrega da eletricidade e medição do consumo. Este serviço a que nos referimos, que é prometido pelo comercializador ao utente, é efetuado por um terceiro – o operador da rede – ao abrigo do contrato de uso das redes celebrado entre o comercializador e o operador da rede enquanto contrato a favor de terceiros. Por isso, deparámo-nos com um contrato misto de tipo *combinado*, pois conjuga prestações de dois tipos contratuais diferentes e a estas diferentes prestações do comercializador corresponde uma contraprestação unitária, que é o pagamento do preço por parte do utente⁴⁷.

PEDRO FALCÃO, com base em outros autores, explica que a referência às prestações do comercializador deve-se ao facto de o operador das redes não ser efetivamente parte do contrato. O operador das redes é, então, um sujeito cuja prestação é prometida ao utente pelo comerciante⁴⁸. Assim sendo, este compromete-se perante o utente a conseguir a prestação do terceiro através da celebração do contrato de fornecimento. Ou seja, para além do contrato de compra e venda de energia, há também a celebração de outro ato jurídico: o contrato de uso das redes, que estabelece a prestação do serviço de instalação e manutenção do contador, a entrega da eletricidade e a medição do consumo. Pois só com a promessa de facto de terceiro se garante a entrega do bem (a energia elétrica) a fornecer. No âmbito do contrato celebrado com o utente – o contrato de fornecimento de energia elétrica –, o comercializador prometeu a prestação de facto de terceiro – a prestação do serviço de instalação e manutenção

⁴⁵ Cfr. PEDRO FALCÃO, *ob. cit.*, pp. 13 a 17.

⁴⁶ Repare-se que as energias naturais, como é o caso da eletricidade, inserem-se na categoria de coisas móveis, nos termos do n.º 1 do art. 205.º do CC, portanto, podem ser objeto da compra e venda. Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. 1 (Artigos 1.º a 761.º)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª Edição, p. 184.

⁴⁷ PEDRO FALCÃO, *ob. cit.*, pp. 47 a 49.

⁴⁸ PEDRO FALCÃO, *ob. cit.*, p. 50.

do contador, entrega da eletricidade e medição do consumo –, obrigando-se a conseguir o seu resultado. A referida prestação é, assim, assegurada pela celebração do contrato de uso de redes (cfr. art. 326.º do RRC) que o comercializador celebra com o operador da rede a que a instalação do utente se encontra ligada: este é um *contrato a favor de terceiro* (cfr. art. 443.º do CC).

O contrato de uso das redes e o contrato de fornecimento de eletricidade regulam interesses relativos a duas relações jurídicas diferentes. O contrato de uso das redes é o negócio subjacente à *relação de cobertura ou de provisão*. Esta relação é estabelecida entre o comercializador e o operador da rede. Por sua vez, o contrato de fornecimento origina uma *relação de valuta*, que é estabelecida entre o comercializador e o utente. Esta relação justifica que o comercializador se tenha feito prometer pelo operador da rede uma prestação (a prestação do serviço de instalação e manutenção do contador, entrega da eletricidade e medição do consumo) ao utente⁴⁹.

Chama-se também à atenção para o carácter formal do contrato de fornecimento de eletricidade (cfr. art. 22.º/1 do RRC), que se justifica pela necessidade de conferir uma proteção acrescida ao utente e aos consumidores em geral, proporcionando-lhe condições para que a decisão de contratar se espelhe numa decisão ponderada e esclarecida. Só assim se honrará o desígnio traçado pela LSPE e pela LDC.

2. Serviço de fornecimento de energia elétrica e a apropriação indevida de energia

O legislador português resolveu inovar em relação ao direito europeu. Assim sendo, dedicou todo um capítulo à apropriação indevida de energia e instituiu no art. 262.º a arbitragem obrigatória para esses casos. Em suma, o legislador encarou a apropriação indevida de energia como conflito de consumo e achou por bem conferir ao consumidor a opção de submeter este tipo de litígios aos tribunais arbitrais, não tendo o fornecedor como furtar-se a essa submissão.

⁴⁹ PEDRO FALCÃO, *ob. cit.*, p. 53.

III – A apropriação indevida de energia e o Direito Penal

1. Apropriação indevida de energia

Segundo o n.º 1 do art. 250.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, estamos diante de um caso de apropriação indevida de energia quando “há captação de energia elétrica em violação das regras legais ou regulamentares aplicáveis e independentemente da vigência de contrato e sob quaisquer modalidades de acesso ou utilização”. Ora, o n.º 2 do mencionado artigo explica em que circunstâncias poderemos estar perante um caso de apropriação indevida de energia. Assim, são indícios da sua ocorrência a captação de energia elétrica dissociada de equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo (al. a)); a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo de energia elétrica, incluindo os respetivos sistemas de comunicação de dados (al. b)); a alteração dos dispositivos de segurança dos equipamentos referidos nas alíneas anteriores, nomeadamente, através da quebra de selos, violação de fechos ou de fechaduras, ou ainda de incidente de cibersegurança (al. c)) ou situações fraudulentas nas atividades de produção, armazenamento, comercialização, consumo, agregação e outras prestações de serviços análogas, nomeadamente o falseamento de valores de energia medidos através da viciação da medição ou de outras práticas fraudulentas (al. d)).

Ora, este leque de indícios de apropriação indevida de energia remete-nos para factos que podem preencher um tipo ilícito sancionado pelo Código Penal. E é aqui que se ergue o problema. Vejamos...

2. Crime de Furto

2.1. Enquadramento jurídico

Dita o n.º 1 do art. 203.º do Código Penal que “[q]uem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Como primeira nota, compete-nos identificar qual o bem jurídico protegido pela norma acabada de referir. Assim sendo, FARIA COSTA ensina que não nos devemos cingir à “resposta seca e clássica” dos manuais, que determinam que o bem jurídico protegido nesta norma incriminadora é a propriedade, pois, para além desta, existem outras situações que também merecem ser tuteladas jurídico-penalmente. O autor explica que na maior parte dos casos coincide na vítima as qualidades de proprietária e fruidora de gozo (posse e mera posse). No entanto, casos existem em que se verifica uma separação entre essas duas qualidades. Considera, então, FARIA COSTA que a relação jurídico-penalmente relevante é a relação de gozo. Por tudo isto, o autor tem para si que o bem jurídico tutelado pela norma deve ser visto como o *poder de facto sobre a coisa*, protegendo-se, deste modo, a detenção e a mera posse como *disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica*⁵⁰. Assim, e nas suas palavras, compreendemos o furto, “sobretudo, como uma agressão ilegítima ao estado atual das relações, ainda que provisórias, dos homens com os bens materiais da vida na sua exteriorização material”. O que interessa é a *especial relação que intercede entre o detentor da coisa e a própria coisa*. O furto é visto, então, como uma *alteração ilegítima e insustentável* de uma ordem que está pré-estabelecida, sendo, desta forma, suscetível de censura jurídico-penal⁵¹. Do mesmo modo, PAULO SARAGOÇA DA MATTA ensina que “constituirá furto a ilegítima (porque injustificada) agressão ao status predeterminado das relações dos homens com as coisas, precisamente porque o estado prévio de equilíbrio social constituirá a base de legitimidade da fruição daquele que se vê subtraído”⁵².

Quanto ao tipo objetivo de ilícito, seguindo a doutrina de FARIA COSTA, existem duas grandes proposições normativas que integram a construção dogmática da infração:

- a) *Ilegítima intenção de apropriação;*
- b) *Subtração de coisa móvel alheia.*

⁵⁰ No mesmo sentido vai PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “«Subtração de coisa móvel alheia». Os efeitos do admirável Mundo Novo num “crime clássico”, *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, *cit.* pp. 617 e 618. O autor compreende que, na maior parte das vezes, é a relação de propriedade que liga o sujeito ao seu património que é posta em causa com a prática do furto; no entanto, lembra que *a relação de fruição de utilidades entre os Homens e as coisas não tem de ser sempre coberta por um nexu juridicamente conformado como propriedade*, sendo que nesses casos, *a violação da relação de fruição é tão carecida e merecedora de tutela penal como é a violação da relação de propriedade*.

⁵¹ FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, *cit.*, pp. 29-31.

⁵² PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *ob. cit.*, p. 619.

Relativamente à primeira, o autor entende que esta não se reconduz à expressão do chamado *dolo específico* nem faz parte do tipo subjetivo. Estamos, então, perante um *elemento subjetivo do tipo de ilícito* que faz do furto um crime intencional. Citando o seu raciocínio, “[o] elemento “intenção de apropriação” – que para além de tudo a lei exige ainda que seja ilegítimo, isto é, contrário ao direito – deve ser visto e valorado como a vontade intelectual do agente de se comportar, relativamente à coisa móvel, que sabe não ser sua, como seu proprietário, querendo, assim, integrá-la na sua esfera patrimonial ou na de outrem, manifestando, assim, em primeiro lugar, uma intenção de (des)apropriar terceiro”. Por outro lado, é também necessário, conseqüentemente, que se verifique na determinação global do elemento um *animus sibi rem habendi* (a intenção de ter a coisa para si)⁵³.

Quanto à definição de “apropriação”, o autor, inspirado em MANTOVANI, elucida que para que haja apropriação é preciso que se verifique um *corpus* e o *animus*. O *corpus* traduz-se numa “relação material entre o agente e a coisa que não tem de ser de necessária continuidade física *corpore et tactu*. O *animus* corresponde à intenção de se apropriar da coisa. Assim sendo, a apropriação consiste no “autónomo poder material sobre a coisa, na possibilidade atual e imediata de dispor fisicamente da coisa”⁵⁴.

No que respeita à preposição normativa “subtração de coisa móvel alheia”, é importante começar por explicar o que significa cada uma dessas expressões: “coisa”, “móvel” e “alheia”.

Segundo o n.º 1 art. 202.º do Código Civil, coisa é “tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas”. Por sua vez, o n.º 2 enuncia os limites negativos à noção de coisa, estando fora do comércio “todas as coisas que não podem ser objetos de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por natureza, insuscetíveis de apropriação individual”. Continuando a seguir os ensinamentos de FARIA COSTA, a noção de coisa para o Direito Penal não se coaduna com a noção de coisa, em toda a sua extensão, para o Direito Civil, já que esta introduz-lhe um elemento redutor, transformando-a num conceito inoperatório. Exemplificando, o autor explica que um direito insere-se no conceito de coisa para o Direito Civil, mas já não se encaixa no conceito que é relevante para o Direito Penal. FARIA COSTA defende, então, o *princípio da corporeidade*, para que dessa forma se

⁵³ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 33.

⁵⁴ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 34.

compreenda, como o decifra SARAGOÇA DA MATTA, a “susceptibilidade de física apropriação que as coisas têm que ter para poderem ser objeto material de subtração para os efeitos do crime de furto”⁵⁵. No entanto, FARIA COSTA avisa que este não é o elemento absolutamente determinante para a noção de coisa jurídico-penalmente relevante. Pensemos, por exemplo, no cadáver humano que, apesar de ter a característica da corporeidade, a ideia de apropriação deste é inconcebível, em virtude de este se considerar fora do comércio jurídico – aqui a intencionalidade jurídico-civil é assimilada pelo Direito Penal. Por tudo isto, a determinação do conceito deve partir da “específica normatividade permitida pela economia e pela estrutura do tipo legal de crime e só depois deve receber a conformação do sentido normativo de outras disciplinas jurídicas”⁵⁶.

Nesta noção jurídico-penalmente relevante de coisa inserem-se as ditas energias “mecânicas”⁵⁷ em contraposição à energia humana e às energias animais. Para FARIA COSTA, apesar de não apresentarem a característica de *res corpórea* as energias mecânicas consideram-se coisas para o Direito Penal desde que sejam controláveis e quantificáveis. É o caso da energia elétrica⁵⁸. PAULO SARAGOÇA DA MATTA, por sua vez, alerta que *a corporeidade não significa palpabilidade ou deteção pelo sentido humano do tato*. Assim sendo, a energia elétrica é *inequivocamente* uma coisa corpórea, uma vez que a corporeidade não é nem tem de ser analisável *no plano daquilo que tem um tamanho suficiente para ser perceptível pelos sentidos naturais do Homem*. Para este autor, a corporeidade significa que se trata de *matéria existente no Universo, quantificável e controlável justamente porque ocupa espaço*. Por isso, defende que não faz sentido excluir do âmbito da tutela as coisas que apenas são invisíveis porque os nossos sentidos não o detetam. Para o autor, só um atraso secular na compreensão de tais realidades, levaria a que se acreditasse que as energias não são susceptíveis de quantificação, de controlo e de furto. Deste modo, defende que as energias são, pois, dotadas de utilidades susceptíveis de apropriação individual, são *coisas dotadas de valor, que mal se compreenderia se se dissesse que caem fora da intencionalidade normativa dos tipos penais de furto*⁵⁹.

⁵⁵ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *ob. cit.*, p. 625.

⁵⁶ FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 34 a 38.

⁵⁷ FIANDACA/ MUSCO *Apud* Faria Costa, *ob. cit.*, p. 39.

⁵⁸ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 39

⁵⁹ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *ob. cit.*, pp. 634 e 635.

Para além disso, é preciso que a coisa seja móvel: “é móvel toda e qualquer coisa – portanto, um pedaço da realidade que ocupa espaço – que seja suscetível de ser deslocada espacialmente”⁶⁰. E aqui também se insere a energia elétrica. Ademais, PAULO PINTO ALBUQUERQUE assim o defende. Para o autor, para efeitos penais, é coisa móvel “toda a coisa (corpórea ou incorpórea) que tem existência física autónoma quantificável e pode ser fruída ou utilizada por uma pessoa”, incluindo a energia elétrica neste conceito⁶¹. CARLOS ALEGRE também incluiu no conceito de coisas móveis as energias naturais, nas quais se insere a eletricidade, e menciona que EDUARDO CORREIA entende-o igualmente, acrescentando ao elenco de coisas móveis as ondas hertzianas⁶². E assim o considerou, igualmente, o Supremo Tribunal de Justiça quando afirmou que “[a] energia elétrica entra na categoria de coisas móveis, porque o fluído elétrico, embora coisa incorpórea, é suscetível de se materializar, dirigir, apropriar e conduzir. Assim, a subtração fraudulenta de energia elétrica alheia integra o crime de *furtum rei* (...)”⁶³.

Quanto ao “caráter alheio”, segundo o autor que temos vindo a citar, “[é] alheia (...) toda a coisa que esteja ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que pratica a infração”.

No que diz respeito ao vocábulo “subtração”, este corresponde a “uma conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor”, implicando, conseqüentemente, “a eliminação do domínio de facto que outrem detinha sobre a coisa”. E essa subtração tem impacto na esfera patrimonial do agente da infração, ainda que seja apenas fático. Ou seja, as utilidades da coisa que estavam anteriormente no sujeito que a detinha entram no domínio de facto do agente da infração. E essa subtração pode ser levada a cabo “sem apreensão manual ou mesmo sem dispêndio de energias físicas pessoais”. São disso exemplo as subtrações prosseguidas por meios mecânicos, nomeadamente, os usados na apropriação ilícita de energia^{64/65}.

⁶⁰ FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 40 e 41.

⁶¹ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4.ª Edição, 2021, *cit.* p. 859.

⁶² CARLOS ALEGRE, “Crimes Contra o Património – Notas ao Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, N.º 3 (1991), *cit.* p. 23

⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-04-1955 *Apud* CARLOS CODEÇO, “O Furto no Código Penal e no Projeto (Doutrina – Jurisprudência – Formulário)”, Athena Editora, Porto, 1981, *cit.*, p. 284.

⁶⁴ FIANDACA/MUSCO *Apud* Faria Costa, *ob. cit.*, p. 44.

⁶⁵ FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 43 e 44.

FARIA COSTA destaca ainda um elemento implícito do tipo legal de crime de furto: o valor patrimonial da coisa. Só ultrapassando um limiar mínimo de valor é que a proteção da coisa alheia ascende à dignidade penal⁶⁶.

Relativamente ao tipo subjetivo de ilícito, o crime é furto é um *crime essencialmente doloso*. Para FARIA COSTA apesar de a centralidade estar no dolo, há também uma “indesmentível dimensão subjetiva na intenção de apropriação”. O autor argumenta que “ao primeiro momento lógico em que se tem de verificar uma intencionalidade exclusiva virada para a (des)apropriação outra se tem de seguir imediatamente no sentido de apropriação”. Por outras palavras, o primeiro momento corresponde à intenção de desapropriar; por sua vez, o segundo momento corresponde à apropriação da coisa para si. Assim sendo, sintetiza o autor que “[é] esta vertente do elemento «ilegítima intenção de apropriação» que se tem de acopular ao dolo”⁶⁷.

2.1.1. Síntese

Em primeiro lugar, o furto é um crime intencional. Assim sendo, o agente que subtrai a energia elétrica tem consigo a intenção (ilegítima) de se comportar, relativamente à eletricidade, que sabe não ser sua, como seu proprietário, querendo, assim, integrá-la na sua esfera patrimonial, e consumindo-a sem pagar o respetivo preço. Porém, manifesta num primeiro momento uma intenção de (des)apropriar o dono da energia – a entidade distribuidora. É também necessário que, conseqüentemente, se verifique no agente a intenção de ter a energia para si – o *animus subu rem habendi*. Em segundo lugar, para que haja apropriação é preciso que haja um corpus e um animus, ou seja, tem de se verificar uma relação entre o agente e a coisa (que não tem de ser necessariamente perceptível ao tato), querendo o agente apropriar-se dela.

Tendo em conta tudo o que fora apresentado, a conclusão a que se chega é a de que as energias naturais, como a eletricidade, integram-se no conceito de “coisa móvel” para efeitos do direito penal, podendo, por isso, ser alvo de subtração. Apesar de FARIA COSTA defender que a eletricidade não apresenta a característica da corporeidade, entendemos que

⁶⁶ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 44.

⁶⁷ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 46.

a energia elétrica é uma matéria corpórea no sentido que lhe é atribuído por SARAGOÇA DA MATTA – a eletricidade tem corporeidade, em virtude de ser uma matéria existente no Universo, podendo ser controlável e quantificável e, ainda, suscetível de furto. Para além disso, os fluxos de energia elétrica são suscetíveis de se materializar e transportar, o que evidencia que a eletricidade pode, pois, ser coisa móvel para efeitos do crime de furto. Em nosso abono, há pouco mais de um século atrás, JOSÉ CAEIRO DA MATTA já se havia pronunciado sobre esta discussão. O autor reuniu as posições que se foram erguendo acerca da subtração de energia elétrica e concluiu que “o critério fundamental da coisa móvel reside na sua materialidade ou suscetibilidade de ser removida de um lugar para outro e não na sua *contrectatio* manual”. Inspirado em CARRARA, referiu que o uso de meios indiretos não altera a essência do facto criminoso. Assim sendo, defende que a subtração de energia elétrica merece ser tutelada penalmente, já que “todas as cousas móveis que, tendo existência material ou jurídica, estão sujeitas à *contrectatio*, reclamam, conseqüentemente, a tutela do respetivo direito de propriedade”⁶⁸.

2.2. Análise Jurisprudencial

Mergulhando agora na Jurisprudência, também já muito fora dito acerca da integração da apropriação indevida de energia no crime de furto.

O Tribunal da Relação de Évora⁶⁹ declarou, recentemente, que em caso de apropriação ilegítima e consumo de energia elétrica pertencente à entidade distribuidora, sem o seu consentimento e contra a sua vontade, mostram-se verificados os elementos objetivos do tipo de crime de furto. Quando o réu age com o conhecimento e a vontade de se apropriar da energia elétrica pertencente à Distribuidora, sem proceder a qualquer pagamento por tal apropriação, mostra-se preenchido o elemento subjetivo do tipo do crime de furto (dolo direto). Deste modo, o Tribunal entendeu que o facto ilícito que se mostrou imputado à Ré subsume-se à previsão legal do crime de furto.

⁶⁸ JOSÉ CAEIRO DA MATTA, *Do Furto (Esboço histórico e jurídico)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906, cit. pp. 170 a 176.

⁶⁹ Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 10-02-2022, processo n.º 2158/19.6T8STR.E1, disponível em www.dgsi.pt

Também o entendeu assim o Tribunal da Relação do Porto⁷⁰, em 1990. Este Tribunal declarou que “[o] arguido que a seu mando, ou por si próprio, procede à abertura de um furo na carcaça instalada pela Eletricidade de Portugal na sua residência, por contrato de fornecimento de energia elétrica, de forma que lhe era possível fazer introduzir, através do mesmo corpo estranho ao funcionamento do aparelho, e com ele fazer para o disco metálico do referido contador, que se destina, pelas revoluções que efetua, a marcar a contagem das quantidades de energia elétrica consumida, desse modo, em seu proveito, foge efetivamente ao controlo efetivo e real da empresa fornecedora de energia elétrica e prejudica-a na medida em que os gastos são, por aquele modo, inferiores aos realmente realizados”. Assim, concluiu o Tribunal que “[t]al conduta constitui crime de furto, de subtração de coisa alheia, energia elétrica (...)”.

O mesmo Tribunal, em 2009⁷¹, depois de sintetizar a discussão que se travara ao longo do tempo acerca da subsunção da subtração ilícita de energia no crime de furto, concluiu, mais uma vez, que essa subtração ilícita está tipificada como crime de furto pelo art. 203.º do Código Penal, tomando como acertado o entendimento predominante na nossa Ordem Jurídica de que a energia se trata de coisa móvel, suscetível de subtração. Nesta decisão foi citado o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/02/1998, onde se considerou que “a energia elétrica é uma coisa suscetível de apropriação e valiosa, cuja subtração integra a autoria do crime de furto”.

Como se pode observar, também a Jurisprudência reforça a tese de que a energia elétrica pode ser objeto de subtração, constituindo crime de furto a conduta do agente que subtrai energia elétrica que não lhe pertence.

3. Outros crimes: breve referência

É certo que existem posições divergentes no que respeita à subsunção da apropriação indevida de energia no crime de furto. Entre Doutrina e Jurisprudência, encontramos quem entenda que não estaremos perante um crime de furto de energia elétrica.

⁷⁰ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 23-05-1990, processo n.º 0123980, disponível em www.dgsi.pt

⁷¹ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 29-04-2009, processo n.º 0847824, disponível em www.dgsi.pt

AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO observa que considerar a energia elétrica como “coisa móvel” é um exemplo de analogia desfavorável ou *contra ruum*, e, portanto, deve ser proibida, em razão de violar o princípio da legalidade. Para o autor, “o conceito de coisa móvel (e o contexto literário do tipo legal de furto) implica uma corporalidade ou materialidade, isto é, algo que pode ser objeto de uma apreensão manual”. Neste sentido, reconhece razão à jurisprudência alemã que responde negativamente à integração da energia elétrica no conceito de “coisa móvel”⁷².

Por seu turno, segundo PAULO PINTO ALBUQUERQUE, também FIGUEIREDO DIAS concebe que o “desvio de energia elétrica alheia só pode ser punido por via da falsificação, danificação ou subtração de notação técnica e também da burla”⁷³. Sobre o crime de burla, CARLOS CODEÇO começa por explicar que a burla é uma figura afim do furto. Segundo o autor, há burla “quando o agente emprega meios fraudulentos, induzindo ou mantendo alguém em erro e assim conseguindo, para si ou para outrem, vantagem ilícita, com dano patrimonial alheio. Aqui, o agente utiliza o engano ou erro em que a vítima caiu inadvertidamente e se serve dele para que esta lhe entregue algo”. Assim sendo, explica que na estrutura do crime de burla existem “quatro momentos aglutinados entre si por fenómenos de causa e feito: a) *emprego de meio ardiloso*; b) *produção ou manutenção do erro*; c) *apropriação ilícita de algo que é voluntariamente entregue*; d) *prejuízo (potencial ou efetivo) do lesado*”. No entanto, o autor alerta para casos de distinção duvidosa, sendo disso exemplo o caso de alguém se servir de eletricidade sem pagar o preço do consumo. Assim sendo, entende que se o agente faz passar o gás ou a eletricidade através de ligação direta dos fios condutores sem passagem pelo contador, haverá furto; se, porém, faz alterações no contador de modo a viciá-lo, o crime já será o de burla⁷⁴.

FARIA COSTA alerta que noutros países julgou-se conveniente criar uma norma inequívoca para os casos de subtração de energia elétrica. Por exemplo, o “código penal francês, para punir o furto de eletricidade ainda sentiu a necessidade de contemplar legalmente uma norma de equivalência (art. 311-2; “la soustraction frauduleuse d’énergie au préjudice d’autrui est assimilée au vol”). E também se sentiu essa necessidade em Itália,

⁷²AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3.ª Edição, 2016, *cit.*, p. 178.

⁷³ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 859.

⁷⁴ CARLOS CODEÇO, *O Furto no Código Penal e no Projeto (Doutrina, Jurisprudência, Formulário)*, Athena Editora, Porto, 1981, *cit.*, pp. 15 e 16.

pois, como refere o autor, “o próprio art. 624 do código penal italiano consagra que para «efeitos da lei penal considera-se também coisa móvel a energia elétrica e qualquer outra energia que tenha valor económico»”⁷⁵.

Casos há em que a apropriação indevida de energia poderá configurar um crime de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa ou animal achados. Diz-nos o n.º 1 do artigo 209.º do CP que “[q]uem se apropriar ilegitimamente de coisa ou animal alheios que tenham entrado na sua posse ou detenção por efeito de força natural, erro, caso fortuito ou por qualquer maneira independente da sua vontade é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Muito recentemente, o Tribunal da Relação do Porto⁷⁶ considerou que “[p]ode cometer o crime de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa ou animal achados, previsto no artigo 209.º, o arguido que consumiu eletricidade a partir da data em que cessou o contrato, sem que tenha pago à queixosa/fornecedora, desde que verificados todos os elementos do tipo legal”. Para efeitos penais, a Relação do Porto menciona que a eletricidade tem sido considerada pela jurisprudência como “coisa” suscetível de apreensão, apesar de não apresentar as características de corporeidade e materialidade. O referido Tribunal esclarece que “[a] coisa deve entrar na posse ou detenção do agente sem que ele tenha para isso contribuído («por qualquer maneira independente da sua vontade»), exemplificando a norma situações dessa entrada involuntária, como sejam: devido às forças da natureza: devido a erro (não provocado pelo agente); devido a caso fortuito (...)”. Por outras palavras, pode cometer o crime de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa ou animal achados o agente que se tenha apropriado ilegitimamente da corrente elétrica, consumindo-a, que entrou na sua posse por erro da distribuidora de energia (por exemplo, a distribuidora enganou-se, julgando que tinha procedido ao corte do fornecimento de energia, mas afinal isso não teria acontecido), apesar de o agente saber que essa energia não lhe pertencia e que estava a consumi-la contra a vontade da sua legítima dona.

Apesar de no crime de furto ser exigível a subtração, no art. 209.º abdica-se desse elemento típico. Como refere FARIA COSTA, “aquele que vem a beneficiar ilegitimamente

⁷⁵ FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 39 e 40.

⁷⁶ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 27-04-2022, processo n.º 7067/15.5T9VNG.P1, disponível em www.dgsi.pt

[das utilidades da coisa], não obstante para isso não tenha desencadeado uma ação tendente a um tal propósito, *breviter*, nada tenha subtraído, merece que o seu comportamento censurável penalmente seja contemplado por uma mais diminuta – em confronto com a do furto – moldura penal abstrata”⁷⁷.

4. Integrar a energia elétrica no conceito de “coisa móvel” para efeitos penais viola o princípio da legalidade?

Como foi supramencionado, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO defende que o conceito de coisa móvel implica uma corporalidade ou materialidade, característica que falha à energia elétrica. Segundo este autor, a energia elétrica, para ser suscetível de furto, tem de poder ser objeto de uma apreensão manual. Por esse motivo, considera que integrar a energia elétrica no conceito de “coisa móvel” viola o princípio da legalidade, configurando-se como um exemplo de “*analogia desfavorável ou contra ruum*”. Segundo o art. 29.º, n.º 1 da CRP, *ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior*. Aqui a Constituição consagra o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* prévia, que tem como propósito garantir a defesa do cidadão face ao poder punitivo do Estado⁷⁸.

Todavia, não nos parece correto afirmar que integrar a energia elétrica no conceito de “coisa móvel” signifique uma ofensa ao princípio da legalidade. Já vários autores corroboraram o que temos vindo a defender. Com efeito, para FARIA COSTA, as energias mecânicas não apresentam a característica da corporeidade, no entanto, podem ser consideradas coisas para o direito penal, desde que sejam controláveis e quantificáveis. Para SARAGOÇA DA MATTA, a corporeidade não é sinónimo de palpabilidade, por isso, a energia é inequivocamente uma coisa corpórea. A corporeidade é sinónimo de matéria existente no Universo, quantificável e controlável justamente porque ocupa espaço. PAULO PINTO ALBUQUERQUE entende que é coisa móvel para efeitos penais toda a coisa, seja corpórea ou incorpórea, que tem existência física autónoma quantificável e pode ser fruída e utilizada por uma pessoa. Mais ainda, fora argumentado que a subtração pode ser levada a cabo sem

⁷⁷ FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 42 e 43.

⁷⁸ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 165 a 178.

apreensão manual ou mesmo sem dispêndio de energias físicas pessoais. São disso exemplo as subtrações prosseguidas por meios mecânicos, nomeadamente, os usados na apropriação ilícita de energia. Também dissemos que noutras Legislações sentiu-se a necessidade de criar normas inequívocas para os casos de subtração de energia elétrica. A verdade é que, no final de contas, a energia elétrica acabou por ser considerada coisa móvel para efeitos de crime de furto. Só se veio afirmar (e confirmar) o óbvio. Não se consegue entender a resistência em considerar a energia elétrica uma “coisa móvel” para efeitos penais. No nosso entender, urge-se a superação desta barreira mental, pois consideramos que a eletricidade é inequivocamente uma coisa móvel. Para além disso, como se pôde observar, a maior parte da Jurisprudência portuguesa entende que a energia elétrica pode ser suscetível de apropriação e, conseqüentemente, de furto.

Portanto, não subscrevemos a tese que defende que punir um crime de furto de energia elétrica viola o princípio de legalidade, uma vez que existe, pois, uma *lei anterior que declara punível a ação ou a omissão*, mais concretamente o art. 203.º (para o furto simples) e o 204.º (para o furto qualificado), ambos previstos no CP.

5. Crime vs. Litígio de consumo

Quer se trate de um crime de furto, de dano, de falsificação, de burla ou de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa ou animal achados, o que é certo é que, independentemente do entendimento que cada um entenda subscrever, estamos verdadeiramente perante um crime – e o conceito de crime não pode ser vulgarizado. Muito menos podemos confundir crimes com litígios de consumo.

Por conseguinte, atentemos ao conceito ontológico ou substancial que nos é oferecido por CARLOS CODEÇO: “crime será a conduta humana que lesa ou põe em perigo bens jurídicos”⁷⁹. Assim sendo, tendo em conta os crimes supramencionados, crime será a conduta humana que consista numa “agressão ilegítima ao estado atual das relações, ainda

⁷⁹ CARLOS CODEÇO, *ob. cit.*, p. 21.

que provisórias, dos homens com os bens materiais da vida na sua exteriorização material”⁸⁰. Estamos, pois, perante factos que possuem *dignidade penal*.

Por sua vez, o litígio de consumo resulta, como o próprio nome indica, de uma relação de consumo. Esta, por sua vez, define-se como a relação em que intervém um consumidor. O litígio de consumo é, portanto, essencialmente demarcado pelo conceito de consumidor⁸¹.

É certo que na maior parte dos casos de apropriação indevida de energia há a celebração de um contrato entre o consumidor e o profissional. Porém, a subtração ilegítima de energia excede a relação de consumo, dando origem a um litígio de natureza criminal. E o Tribunal Arbitral não tem competência para dirimir estes litígios⁸².

O Tribunal da Relação de Guimarães já se pronunciou sobre esta problemática. No caso em apreço tinha sido apresentada uma queixa-crime no Ministério Público por furto de energia elétrica, pelos factos que o Tribunal Arbitral veio, posteriormente àquela apresentação, a considerar não provados. Assim sendo, a questão queurgia responder era a de saber se factos de natureza criminal, alegados ou indicados como tal, podiam ser objeto de conhecimento pelo Tribunal Arbitral⁸³. Neste sentido, a mencionada Relação referiu que “[se] mais não houvesse, a resposta a esta questão pode ser encontrada no art. 4.º, n.º 4, do Regulamento do [CNIACC], onde se dispõe que «[o] Centro não pode aceitar nem decidir litígios em que estejam indiciados delitos de natureza criminal ou que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei RAL»”. O Tribunal entendeu que, deste modo, evita-se o risco de o tribunal arbitral proferir uma decisão cujos factos por si só apurados possam vir a estar em contradição com os que venham, eventualmente, a ser definidos no processo-crime. Também por questões de ordem pública, o Tribunal argumentou que não pode ser permitido

⁸⁰ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 30.

⁸¹ JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução...*, *cit.*, p. 23.

⁸² Veja-se que a este propósito, o Tribunal da Relação de Guimarães decidiu no processo n.º 115/21.1YRGMR, de 25-11-2021 disponível em www.dgsi.pt que “[o] Tribunal Arbitral com competência para a resolução de litígios de consumo não é competente para conhecer de uma causa em que a fornecedora de eletricidade cobrou a determinada pessoa valores a que entende ter direito a título de indemnização referente a consumos de energia elétrica por via da viciação do contador, ainda que no caso exista um contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado entre os dois, uma vez que não estamos perante um litígio de consumo, pois os valores cobrados estão relacionados com uma conduta alegadamente ilícita do Réu relacionada com captação fraudulenta de energia elétrica e que, portanto, nada tem a ver com o referido contrato”.

⁸³ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 13-07-2021, processo n.º 38/21.4YRGMR, disponível em www.dgsi.pt

o recurso indevido aos tribunais arbitrais quando a questão está pendente noutra ordem jurisdicional, enquanto expediente para influenciar a desresponsabilização criminal. Continuou o Tribunal, referindo que “[e]stando em causa processo-crime pelos factos que são imputados ao agente, o tribunal arbitral não pode considerar-se materialmente competente para conhecer da pretensão por aquele deduzida sob a forma de uma ação de apreciação negativa, alicerçada na alegação da prática daqueles factos. Esta é uma matéria que está reservada aos órgãos competentes estaduais – o Ministério Público e os tribunais criminais – e não aos tribunais arbitrais”. De modo igual decidiu a mesma Relação em 2017⁸⁴: “o Tribunal Arbitral é materialmente incompetente para apreciar e decidir o pedido de um consumidor de energia elétrica – que a distribuidora de tal bem e dona do contador apontou como suspeito de ter viciado tal instrumento e ao qual exigiu o pagamento dos alegados prejuízos correspondentes às despesas administrativas e ao valor estimado da energia presumidamente consumida mas não contada – no sentido de que a esse título nada deve (...). A possibilidade de um [Tribunal Arbitral], por via do expediente de declaração negativa, decidir que um suspeito de fraude no consumo de energia elétrica por via da viciação do contador não deve a indemnização com base nela ao abrigo da lei especial pedida, assim o desresponsabilizando de um efeito derivado do ilícito penal cujo julgamento compete aos órgãos estaduais, põe em causa a ordem pública”.

Porém, há quem entenda que a criação do capítulo dedicado à apropriação indevida de energia do Decreto-Lei n.º 15/2022 veio dar resposta a todas as questões que se levantaram acerca da competência material do tribunal arbitral. É o caso de uma sentença do Tribunal Arbitral de Lisboa⁸⁵. Aqui defendeu-se que a estatuição da arbitragem necessária para os casos de apropriação indevida de energia resolveu dois problemas: a) o de saber se estamos verdadeiramente perante um conflito de consumo que se insere na previsão do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento do CNIACC; b) o de saber se este conflito se encontra excluído da atuação deste tribunal por aplicação do n.º 4 do referido artigo.

Quanto à alínea a), dita o n.º 2 do art. 4.º do Regulamento que “[c]onsideram-se conflitos de consumo os que decorrem da aquisição de bens, da prestação de serviços ou da transmissão de quaisquer direitos destinados a uso não profissional e fornecidos por pessoa

⁸⁴ Este acórdão não fora publicado, mas tivemos acesso a parte do decidido através do último acórdão citado.

⁸⁵ Processo n.º 2542/2021, de 17-03-2022, disponível em www.cniacc.pt

singular ou coletiva, que exerça com caráter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios”. O Tribunal Arbitral entendeu que, finalmente, toda a controvérsia sobre a natureza do litígio mostrou-se esclarecida pelo n.º 1 do art. 262.º do Decreto-Lei 15/2022, que estabelece que “[c]onsidera-se conflito de consumo o litígio existente entre uma pessoa singular e o operador de rede sobre a existência de AIE e o seu beneficiário”, fixando “como sendo de consumo o litígio entre o consumidor e o operador de rede acerca da verificação de uma apropriação indevida de energia”.

No que respeita à alínea b), estabelece o n.º 2 do art. 262.º que “[s]em prejuízo do direito de recurso aos tribunais, a pessoa singular a quem seja imputado o benefício por AIE pode, por sua opção expressa, submeter o litígio à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar”. Para o Tribunal Arbitral, este artigo veio reafirmar que o direito à arbitragem necessária fixada no artigo 15.º da Lei n.º 23/96 de 23 de julho, se aplica aos casos de apropriação indevida de energia. Assim sendo, para o mencionado tribunal, o n.º 2 do art. 262.º afasta a previsão do n.º 4 do art. 4.º do regulamento do CNIACC (“[o] Centro não pode aceitar nem decidir litígios em que estejam indiciados delitos de natureza criminal ou que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei RAL”). Consequentemente, entende o tribunal arbitral que os litígios relativos à apropriação indevida de energia, podem, por opção expressa dos consumidores, ser sujeitos à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Discordamos deste pensamento. No nosso entendimento, os litígios que digam respeito à apropriação indevida de energia inserem-se no âmbito de litígios de natureza criminal. Consideramos, assim, que decidiu bem o Tribunal da Relação de Guimarães ao entender que o tribunal arbitral é materialmente incompetente para se pronunciar sobre um pedido de um consumidor que se apropriou indevidamente de energia elétrica, no sentido de que este nada deve à distribuidora da energia e dona do contador. Não estamos, pois, perante litígios de natureza exclusivamente pecuniária – onde meramente se aprecia se são ou não devidos os valores de consumo de energia não faturados. Encontramo-nos, então, diante de um litígio de natureza criminal que pode, em consequência, implicar uma indemnização que tem como fundamento a prática de um ato suscetível de consubstanciar a prática de um crime

de furto⁸⁶ – o que não se pode confundir com o critério da patrimonialidade presente na arbitragem⁸⁷.

Importante é ainda apontar que o art. 305.º do Decreto-Lei n.º 15/2022 determinou a revogação do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de outubro.

Ora, este último Decreto-Lei intencionou a erradicação de práticas fraudulentas que tinham como objetivo a redução dos valores faturados dos consumos de energia elétrica, bem como a consequente fuga ao pagamento dos consumos reais. Como é mencionado neste diploma, “estando em causa um bem essencial – a energia elétrica – (...), as práticas referidas (...) [constituem] uma violação do contrato de fornecimento de energia elétrica (...)”. Neste sentido, ditava o n.º 1 do art. 1 que “[c]onstitui violação do contrato de fornecimento de energia elétrica qualquer procedimento fraudulento suscetível de falsear a medição da energia elétrica consumida ou da potência tomada, designadamente a captação de energia a montante do equipamento de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida ou de controlo da potência, bem como a alteração dos dispositivos de segurança, levada a cabo através da quebra dos selos ou por violação dos fechos ou fechaduras”.

Agora, é-nos dito no Decreto-Lei 15/2022 que “é criado um novo regime para a apropriação ilícita de energia que, incluindo as práticas fraudulentas, constitui um fenómeno social grave, não só em virtude dos riscos que gera para a segurança e integridade física de pessoas e bens e segurança do sistema, mas também pela injustiça relativa que cria nas condições de acesso e utilização destes serviços públicos essenciais, gerando custos significativos na esfera dos demais intervenientes do SEN que, inevitavelmente, vão refletir-se sobre todos os consumidores”.

⁸⁶ Nesta circunstância, o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no respetivo processo penal, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei (cfr. arts. 71.º e 72.º do CPP). Por conseguinte, não entendemos que a declaração expressa do consumidor a quem seja imputado o benefício por AIE de submeter o litígio à apreciação dos tribunais arbitrais possa desencaminhar a apreciação da dimensão cível da controvérsia para o domínio da arbitragem.

⁸⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 142 e 143, indica que segundo este critério, “sempre que estiver em causa um interesse pecuniário ou económico a arbitragem é admissível”. A autora explica que o critério da patrimonialidade inclui “todos os pedidos de condenação em quantia pecuniária”, apesar de este critério abarcar outras situações, como por exemplo, o pedido de cumprimento de prestação de facto ou o pedido de declaração da validade ou invalidade de atos negociais.

Ainda que seja de louvar a nobreza dos motivos que levaram à invenção deste instituto, se o propósito da criação deste capítulo sobre a apropriação indevida de energia é combater as práticas fraudulentas, ao estatuir a arbitragem necessária para estas situações, entendemos que é atribuída uma benesse ao infrator. Consideramos que os efeitos são diversos dos pretendidos. Ora, como já fora mencionado, estas práticas constituem uma violação do contrato de fornecimento de energia⁸⁸. Para além disso, são também qualificáveis como furto. Assim sendo, o infrator sai dos limites do direito do consumidor, deslocando-se para solo potencialmente criminal, cabendo ao processo penal investigar se existiu ou não a prática de um crime. Quem se apropria indevidamente de energia, fá-lo sabendo que está a agir contrariamente ao Direito, podendo a sua conduta preencher um tipo ilícito sancionado pelo Direito Penal.

Não nos parece que estejamos na presença de um consumidor vulnerável que, perante uma poderosa empresa, carece da proteção conferida pela arbitragem obrigatória. Também pode acontecer que o agente furte a energia elétrica por motivos de carência económica. Mas, nestes casos, faz-se atuar as circunstâncias modificativas atenuantes (cfr. art. 72.º do CP). Entendemos, pois, que se trata de um agente que pode ter cometido um crime. Para além disso, note-se que o intuito do Decreto-lei n.º 15/2022 de combater as práticas fraudulentas seria alcançado na sua plenitude através de uma sanção criminal, já que estas têm por finalidade “reprovar os crimes, prevenir a sua futura repetição e readaptar socialmente o criminoso⁸⁹”.

⁸⁸ Dissemos que o contrato de fornecimento de energia elétrica é um contrato misto de compra e venda e prestação de serviço por terceiro. No que toca à compra e venda, o pagamento do preço é um dos deveres do utente (cfr. art. 879.º, c) do CC). Aliás, estipula a alínea b) do art. 188.º do Decreto-Lei n.º 15/2022 que um dos deveres dos consumidores é proceder aos pagamentos a que estejam obrigados. Repare-se que o recebimento do preço é um direito do comercializador. Ao subtrair eletricidade ilicitamente, o utente consome energia que não paga, violando assim o contrato de fornecimento de eletricidade. No entanto, no tocante à subtração indevida de energia elétrica, esta energia pertence à entidade distribuidora, que é quem a entrega ao utente. É a entidade titular da concessão para a distribuição da eletricidade quem tem legitimidade para apresentar queixa por crime de furto de energia elétrica. Cfr. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 343/15.9T9ESP.P1, de 24-01-2018, disponível em www.dgsi.pt. Mais ainda, segundo o n.º 1 do art. 256.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, cabe ao sujeito a quem seja imputável o benefício por AIE a responsabilidade pelo pagamento de uma indemnização ao operador da rede respetivo, independentemente da existência de um contrato de fornecimento de energia celebrado com um comercializador.

⁸⁹ EDUARDO CORREIA com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Criminal. Volume I*, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 2008, *cit.*, p. 16.

IV – Questão de Constitucionalidade

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 12 de setembro⁹⁰, apesar de serem qualificados como tribunais para efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (cfr. n.º 2 do art. 212.º da CRP), “em determinados aspetos, os tribunais arbitrais *não são tribunais como os outros*”. Desenvolvendo, é proferido no referido acórdão que os tribunais arbitrais não são órgãos estaduais, sendo constituídos por vontade das partes; não são órgãos permanentes, sendo constituídos para resolver um certo litígio; os árbitros não são juízes de carreira, não estando sujeitos, por isso, em alguns aspetos, ao estatuto constitucional destes. Mais ainda, é referido que se poderá argumentar que o art. 205.º da Constituição define os tribunais como «os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo», mas diz o Tribunal Constitucional que se subtraem desta definição os tribunais arbitrais, uma vez que não são órgãos de soberania. Igualmente neste sentido, na sua declaração de voto de vencido no que respeita ao decidido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 32/87⁹¹, o Conselheiro JOSÉ MAGALHÃES GODINHO argui que o Tribunal Arbitral (seja voluntário seja necessário) não é órgão de soberania, em razão de a única competência que lhe é atribuída ser apenas a de solucionar conflitos de interesse privado, só podendo incidir sobre direitos disponíveis. Continua o Juiz Conselheiro que uma vez que não administram a justiça em nome do povo, não compete aos tribunais arbitrais a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, nem reprimir a violação da legalidade democrática, nem dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (de acordo com a redação do art. 206.º da CRP, na versão que lhe foi dada pela Lei n.º 1/82, de 30/09⁹²). Na verdade, estas matérias são da competência dos tribunais estaduais, enquanto órgãos de soberania, aos quais cabe a administração da justiça em nome do povo. Assim sendo, o Juiz concluiu que os tribunais arbitrais têm apenas uma função jurisdicional mitigada, na medida em que só pode decidir conflitos especiais no

⁹⁰ Ac. do Tribunal Constitucional de 12-09-1986, processo n.º 178/84, disponível em DR n.º 210/1986, Série I, pp. 2540-2546.

⁹¹ Declaração de voto de vencido anexa ao Ac. do Tribunal Constitucional de 28-01-1987, processo n.º 30/85, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

⁹² Este artigo, sob a epígrafe “Função jurisdicional” enunciava que “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

âmbito do domínio da autonomia das partes (no caso dos tribunais voluntários) ou que a lei lhe comete (no caso dos necessários). Frisa-se nesta declaração de voto que “ainda que exercendo funções que poderão classificar-se como «jurisdicionais», ou «quase jurisdicionais», a verdade é que pela sua composição e regras de funcionamento os Tribunais Arbitrais, ainda que necessário e, nesse caso, criados não exclusivamente pela autonomia da vontade das partes, mas essencialmente pela lei, não são tribunais estaduais, isto é, não fazem parte do órgão de soberania Tribunais, pois conforme as regras gerais do processo, os árbitros não são magistrados, os Tribunais não são de funcionamento permanente e para todos os litígios que surjam, mas apenas se constituem, para cada caso para que são requeridos, e deixam de existir logo que cada caso para que se constituíram fique decidido.”.

Como se pode concluir perante a argumentação exposta, proferida pelo Tribunal Constitucional e pelos juízes que dele fazem parte, existem diferenças assinaláveis entre os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais. O tribunal permanente, que é o estadual, tem de ter juízes próprios, sujeitos ao Conselho Superior da Magistratura, e funcionários próprios (cfr. art. 1.º, n.º 1 EMJ). Para além disso, tem de dispor de instalação própria. Mais ainda, os juízes e funcionários são remunerados pelo Estado, têm direito a uma carreira e a promoções dentro dela. Nada do que foi mencionado se verifica nos tribunais arbitrais, que existem caso a caso⁹³, quem os decide não tem de ser juiz, que não é nomeado pelo Estado, mas sim escolhido pelas próprias partes (cfr. art. 10.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de janeiro⁹⁴). Além disso, terminado o caso para que foram escolhidos, os tribunais arbitrais deixam de funcionar (cfr. art. 44.º, n.º 2 da LAV). Não é o Estado que remunera os encargos com o tribunal, porque tudo isso ficará a cargo da parte que decair. Casos há até em que os árbitros podem decidir, quando as partes a tal os autorizem, não de acordo com as regras do direito constituído, mas sim de acordo com a equidade (cfr. art. 39.º, n.º 4 da LAV), o que, naturalmente, não é permitido aos juízes dos tribunais judiciais ou estaduais⁹⁵.

⁹³ Todavia, nalguns casos não existe a necessidade prévia de formar o tribunal arbitral e escolher os árbitros que o vão constituir, existindo tribunais arbitrais permanentes, onde existe um árbitro permanente, como é o caso de alguns centros de arbitragem de consumo. No entanto, não é assim no CNIACC, onde o árbitro é nomeado caso a caso. Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, pág. 194.

⁹⁴ Mais conhecida por LAV – Lei da Arbitragem Voluntária –, disponível em DR n.º 238/2011, Série I de 14/12/2011, pp. 5276 – 5289.

⁹⁵ Cfr. declaração de voto de vencido anexa ao Ac. do Tribunal Constitucional de 28-01-1987, processo n.º 30/85, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

Sendo instituições de cariz diferente e, apesar de ambos terem como propósito a realização da justiça, não se consegue conceber que sejam os tribunais arbitrais a dirimirem os litígios respeitantes à AIE. Como foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, *os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros*. Assim sendo, a AIE deveria ser excluída do seu âmbito de jurisdição. Para além disso, o juiz-árbitro não tem os poderes de investigação inerentes ao processo criminal, pois tal como denotam ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO SILVA, DANIELA MIRANTE, o Estado partilha a *jurisdictio* mas não o *ius imperii*. Apesar de os tribunais arbitrais terem o poder de *dizer o Direito* (existindo, a esse respeito, uma aproximação entre as figuras do juiz e do árbitro), falha-lhes o *ius imperii*, não dispondo, por isso, dos mesmos poderes que assistem aos juízes estaduais⁹⁶.

Perante tais considerações, indaga-se se o n.º 2 do art. 262.º será compatível com a CRP. Está-se a conferir poderes de investigação a um tribunal que não tem competência para tal e podemos deparar-nos com sentenças contraditórias, como o entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães – por exemplo, uma que exonera o consumidor do pagamento da quantia devia pelo consumo de energia elétrica não faturada e outra que condena o agente que cometeu um crime de furto. Ao investigar um facto que pode materializar-se num crime, o tribunal arbitral está a pronunciar-se sobre uma matéria para a qual não tem competência, uma vez que nos termos do art. 211.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa a competência para apreciar questões em matéria criminal cabe aos tribunais judiciais.

Neste sentido, consagra o n.º 1 do art. 211.º da CRP que “[o]s tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais”. Este mandamento constitucional fixa, assim, a *reserva da competência criminal dos tribunais judiciais*⁹⁷. Como ensina RUI TAVARES LANCEIRO, “[apesar] da abertura constitucional para a integração dos tribunais arbitrais na noção de órgão jurisdicional, é necessário ter em conta que existem certos domínios que suscitam «reservas especiais» ou «absolutas» de jurisdição estadual, «tal como decorrem da Constituição», como por exemplo a «matéria penal»⁹⁸. Por sua vez, dita o art. 8.º do Código do Processo Penal que os tribunais judiciais são os órgãos competentes para decidir as causas

⁹⁶ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO SILVA, DANIELA MIRANTE, *ob. cit.* p., 70.

⁹⁷ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III. Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições Finais e Transitórias. Artigos 202.º a 296.º*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição revista, 2020, *cit.*, p. 117.

⁹⁸ RUI TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 415.

penais e aplicar penas e medidas de segurança criminais. MARIANA FRANÇA GOUVEIA esclarece que só pode ser sujeito a arbitragem um litígio arbitrável. Consequentemente, segundo o art. 1.º da LAV, são excluídos “os conflitos cuja jurisdição competente é a pública”⁹⁹, tal como é o caso do direito criminal. E este princípio da arbitrariedade plasmado para os tribunais arbitrais voluntários vale de igual modo para a arbitragem obrigatória. Neste sentido, diz-nos EDUARDO CORREIA que o direito criminal é um ramo de direito público autónomo que “regula relações que se estabelecem, não entre particulares (nestes compreendido o Estado em tal veste), mas entre o Estado, como titular do «jus puniendi», por um lado, e os particulares por outro”. Explica o autor que o “Estado é hoje o titular único do «jus puniendi» (...) e usa dele sempre na prossecução do interesse público” e não na prossecução do interesse “do particular porventura ofendido pelo facto criminoso”. Assim sendo, são evidentes “o carácter público das normas de direito criminal” e a “sua natureza indisponível – que acompanha a indisponibilidade dos interesses que elas visam tutelar – e ainda a natureza pública das reações criminais”¹⁰⁰. Posto isto, ensinam GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, aludindo aos tribunais arbitrais, que “seguramente ficam de fora da possibilidade (...) de arbitragem os direitos indisponíveis e os litígios constitucionalmente submetidos em exclusivo aos tribunais judiciais”¹⁰¹. E assim o corroboram PAULO PINTO ALBUQUERQUE e RITA LYNCE DE FARIA, inspirados noutros autores, ao explicarem que “os tribunais arbitrais não podem aplicar normas que infrinjam a Constituição ou os princípios nela consagrados”¹⁰².

Para além disso, o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 230/2013 faz referência aos “casos individualizados na Constituição em que há lugar a uma reserva absoluta de jurisdição, o que sucederá (...) em matéria penal”.

Por isso, e consequentemente, também é de questionar se a sujeição de um litígio de natureza penal à decisão de um tribunal arbitral constituído por árbitros nomeados pelas partes não porá em causa o princípio do Estado de Direito Democrático (consagrado no art. 2.º da CRP), já que um dos seus corolários é precisamente a reserva da competência dos

⁹⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.* pp. 135 e 136.

¹⁰⁰ EDUARDO CORREIA com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 10.

¹⁰¹ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume II – Artigos 108.º a 296.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª Edição revista (2014), *cit.*, p. 551.

¹⁰² JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III...*, *cit.*, p. 99.

tribunais judiciais para aplicar a lei criminal¹⁰³. Como fora declarado pelo Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão já citado, “[d]ecidir que um suspeito de fraude no consumo de energia elétrica por via da viciação do contador não deve a indemnização com base nela ao abrigo da lei especial pedida, assim o desresponsabilizando de um efeito derivado do ilícito penal cujo julgamento compete aos órgãos estaduais, põe em causa a ordem pública”. Enfatizamos a expressão “ordem pública”. Com efeito, como nos ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o princípio do Estado de Direito Democrático, “[na] sua vertente de Estado de direito, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”¹⁰⁴. “Ao «decidir-se» por um Estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito. O Direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*”. Assim sendo, “o direito compreende-se no sentido de uma ordem jurídica global que (...) sanciona atos ou comportamentos contrários ou «desviantes» da ordem jurídica, designadamente por lesões graves dos bens constitucionalmente protegidos (direito criminal)”¹⁰⁵.

Por outras palavras, cumprir o Direito significa cumprir as regras jurídicas estatuídas por este, que vinculam, conformam e ordenam a comunidade. Dita o n.º 1 do art. 202.º da Constituição que “[os] tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”. E foi também anteriormente argumentado que os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania. Sendo atribuída competência aos tribunais estaduais para dirimir litígios de natureza criminal, é imprescindível que sejam respeitados os preceitos constitucionais que assim o determinam. Cabe ao direito criminal ocupar-se das

¹⁰³ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I. Preâmbulo, Princípios Fundamentais e Deveres Fundamentais. Artigos 1.º a 79.º*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição revista, 2017, cit. p. 77.

¹⁰⁴ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I. Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª Edição revista, 2007, cit., p. 205.

¹⁰⁵ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional... cit.*, pp. 243 e 244.

questões relativas à apropriação indevida de energia, pertencendo aos tribunais judiciais a competência para decidi-las.

Além do mais, o *princípio da proteção jurídica e das garantias processuais* é o pilar fundamental do Estado de Direito¹⁰⁶. Ora, sendo os tribunais judiciais os órgãos competentes para decidir as causas penais e aplicar penas e medidas de segurança criminais, são estes que detêm os meios apropriados para garantir minuciosamente o respeito pelos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, desde o momento da acusação até ao momento da condenação ou absolvição. Pois tal como afirmam GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, um dos exemplos dos princípios e regras inerentes à dimensão de Estado de direito é o regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias¹⁰⁷ (arts. 18.º, 20.º, 25.º, n.º 2, 28.º, 29.º, 32.º, etc.). Refere ainda EDUARDO CORREIA que saber se “num dado caso, um certo agente praticou um facto, e qual a pena que lhe corresponde, importa uma atividade concreta que de nenhum modo pode ser arbitrária, antes exige garantias que defendam o indivíduo de arbítrios e permitam uma verdadeira realização da justiça criminal”¹⁰⁸.

Cumpre-nos realçar que, segundo o art. 3.º da CRP, o Estado subordina-se à Constituição e a validade das leis e dos demais atos do Estado depende da sua conformidade com a Constituição¹⁰⁹. Confrontando a norma do art. 262.º, n.º 2 do Decreto-Lei 15/2022 com a CRP, podemos deparar com um vício gerador de inconstitucionalidade, mais concretamente um vício material, pois poderá ter sido ofendida uma norma constitucional de fundo.

Ensinam-nos GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que a fiscalização da constitucionalidade designa que a “Constituição é a *lei básica do país* e que toda a ordem jurídica deve ser conforme com ela. Ela é corolário da consideração da Constituição como *norma-quadro* da República, isto é, como lei fundamental da ordem jurídica”¹¹⁰. Assim sendo, defendemos que a norma ora em análise deve ser objeto de uma fiscalização abstrata sucessiva.

¹⁰⁶ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional...*, cit. p. 273.

¹⁰⁷ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional...*, cit. p. 230.

¹⁰⁸ EDUARDO CORREIA com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁰⁹ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III...*, cit., p. 623.

¹¹⁰ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume II...*, cit., p. 881.

O estado de direito é um estado constitucional e prevê a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição conforma a ordem estadual e aos atos dos poderes público. A Lei Fundamental não é apenas uma simples lei incluída no sistema normativo-estadual. Na realidade, trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o «*primado do direito*» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.¹¹¹

¹¹¹ JOSÉ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional... cit.*, pp. 245 e 246.

Conclusão

Terminado o percurso que nos propusemos delinear, cabe-nos tecer algumas considerações finais.

É verdade que o tribunal arbitral surge como uma mais-valia de proteção aos consumidores, já que estes se encontram numa posição de desvantagem face aos poderosos grupos empresariais que fornecem determinados serviços fulcrais à vida quotidiana. Referimo-nos ao fornecimento de serviços indispensáveis à dignidade humana, como são os serviços públicos essenciais, constituindo um elemento do Estado Social. Para reduzir disparidades, devolvendo alguma simetria às relações entre consumidores e profissionais, no âmbito dos serviços públicos essenciais, foi instituída a “arbitragem necessária” através da Lei n.º 6/2011, de 10 de março.

Esta modalidade de arbitragem apresenta diversas vantagens, como fomos expondo ao longo desta dissertação. São delas exemplo a imparcialidade e a independência dos tribunais, o exercício do direito à proteção jurídica e à justiça acessível e pronta, é tendencialmente gratuita, célere e qualificada.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro sujeita a apropriação indevida de energia à “arbitragem necessária”, integrando-a no conceito de conflito de consumo. Por isso, este artigo é muito questionável ao nível da sua constitucionalidade.

Apesar de os tribunais arbitrais assegurarem verdadeiramente aos consumidores o acesso efetivo à justiça, também é certo que existem litígios que se estão fora do âmbito das suas competências. Os tribunais arbitrais solucionam unicamente conflitos de interesse privado e não são órgãos estaduais, escapando, por isso, à definição contida no art. 205.º da CRP.

Embora se reconheça a importância dos tribunais arbitrais não só relativamente aos conflitos de consumo, mas também no que toca a outros litígios arbitráveis, não se consegue conceber a ideia de submeter os litígios respeitantes à apropriação indevida de energia à competência do tribunal arbitral. Na verdade, podemos estar perante factos suscetíveis de preencher um tipo ilícito sancionado pelo Código Penal e, como fora exposto, o tribunal arbitral não tem competência para dirimir litígios de natureza criminal.

O art. 205.º define quais são os órgãos estaduais, deles fazendo parte os tribunais judiciais. Por sua vez, o art. 211.º da CRP consagra o princípio da reserva absoluta dos tribunais judiciais para as causas penais. Assim sendo, compete a estes tribunais investigar e julgar os crimes relacionados com a apropriação indevida de energia, pois, tal como dita a velha máxima, “a César o que é de César”. Para além disso, a norma que foi objeto de análise põe em causa a ordem pública e poderá ofender o princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º da CRP.

Posto isto, questionamos se esta norma padece de um vício gerador de inconstitucionalidade, mais concretamente um vício material: o conteúdo da norma poderá violar as disposições constitucionais. Assim sendo, urge submetê-la a uma fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, honrando-se, então, a Constituição – a *Lex Superior*, o supremo *parâmetro* de validade de todas as normas jurídicas.

Bibliografia

ABREU, Marcelino, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Anotada e Comentada)*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Vila Nova de Famalicão.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4.^a Edição, 2021.

ALEGRE, Carlos, “Crimes Contra o Património – Notas ao Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, N.º 3 (1991).

ANDRADE, José Carlos Vieira, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumidor*, N.º 5 (2003), pp. 139-161.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I. Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a Edição revista, 2007.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume II – Artigos 108.º a 296.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a Edição revista (2014).

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7.^a Edição.

CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3.^a Edição, 2016.

CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João Pedro; CARVALHO, Joana Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019.

CODEÇO, Carlos, *O Furto no Código Penal e no Projeto (Doutrina, Jurisprudência, Formulário)*, Athena Editora, Porto, 1981.

CORREIA, Eduardo; DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Criminal. Volume I*, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 2008.

COSTA, Faria; DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 24-53.

- DUARTE, Paulo, “O conceito de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 75 (1999), pp. 649-700.
- FALCÃO, Pedro, *O Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica*, Petrony Editora, Forte da Casa, 2019.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018.
- LANCEIRO, Rui Tavares, “A jurisprudência constitucional e a arbitragem necessária”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 401-436.
- LEITÃO, Luís Menezes, “A arbitragem e a mediação como formas de resolução de conflitos”, *CAAD NEWSLETTER*, n.º 1 (2013), pp. 31-34.
- LIMA, Fernando Andrade Pires; VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª Edição
- MATTA, José Caeiro, *Do Furto (Esboço histórico e jurídico)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906.
- MATTA, Paulo Saragoça, “«Subtração de coisa móvel alheia». Os efeitos do admirável Mundo Novo num “crime clássico”, *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 615-659.
- MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição, 2020.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I. Preâmbulo, Princípios Fundamentais e Deveres Fundamentais. Artigos 1.º a 79.º*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição revista, 2017.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume III. Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições Finais e Transitórias. Artigos 202.º a 296.º*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Edição revista, 2020.

MONTEIRO, António Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2019.

PEDROSO, João, “A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Consumo”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60 (2001), pp. 33-58.

QUADROS, Fausto, “Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, *Estudos em Homenagem de Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 257-265.

SERRA, Cláudio, “A arbitragem necessária e o acesso à justiça”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 83 (2015), pp. 61-69.

SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Anotada e Comentada)*, Almedina, Coimbra, 2012.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 32/87 – Proc. n.º 30/85 de 28-01-1987 (Cardoso da Costa), disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870032.html

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, Proc. 178/84 de 12-09-1986 disponível em DR n.º 210/1986, Série I, pp. 2540-2546.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, Proc. n.º 279/2013 de 24-04-2013 (Fernandes Cadilha), disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 0123980 de 23-05-1990 (Hernani Esteves), disponível em www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/88919ff3ff4b96fe8025686b00667b04?OpenDocument

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 0847824 de 29-04-2009 (José Piedade), disponível em www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/2093a48f6d08fd2a802575ac004c5b66

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 343/15.9T9ESP.P1, de 24-01-2018 (Horácio Correia Pinto), disponível em www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/85C6AC557EEAEEB280258236003DD6BE

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º 115/21.1YRGMR, de 25-11-2021 (Alexandra Rolim Mendes) disponível em www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6b1f1d354ce8f43a802587a7003348e5?OpenDocument

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º 38/21.4YRGMR de 13-07-2021 (Joaquim Boavida), disponível em www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d0bd7c85bdc6bc1c802587490030e1be?OpenDocument&Highlight=0,Tribunal,arbitral,Competência,em,razão,da,matéria,Factos,de,natureza,criminal

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. n.º 2158/19.6T8STR.E1 de 10-02-2022 (Emília Ramos Costa), disponível em www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9542b085ca966b7e802587ed006f3a52?OpenDocument

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 7067/15.5T9VNG.P1 de 27-04-2022 (Raúl Cordeiro), disponível em www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/156c665b16b4ae2c80258847003d9233?OpenDocument

Legislação

Constituição da República Portuguesa

Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro – *Código Civil*

Lei n.º 21/85, de 30 de julho – *Estatuto dos Magistrados Judiciais*

Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro – *Código de Processo Penal*

Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de outubro

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março – *Código Penal*

Lei n.º 23/96, de 26 de julho – *Lei dos Serviços Públicos Essenciais*

Lei n.º 6/2011, de 10 de março

Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro – *Regulamento das Relações Comerciais*

Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro – *Regime da Energia Elétrica e do Gás Natural*

Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro – *Lei da Arbitragem Voluntária*