

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 2422/19.4T8AGD.P1

Relator: ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA

Sessão: 13 Maio 2021

Número: RP202105132422/19.4T8AGD.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: REVOGADA PARCIALMENTE

CONSUMO DE ENERGIA ELÉCTRICA

CONTADOR FALSEADO

RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR

PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO

Sumário

I - Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22.10, o consumidor que recebe energia eléctrica através de um contador falseado responde perante o distribuidor pelo valor do consumo irregularmente feito, excepto se provar que a adulteração do contador não se deve a culpa sua.

II - O alargamento ao abrigo do artigo 498.º, n.º 3, do Código Civil, do prazo de prescrição para 5 anos só depende de os factos nos quais se filia a responsabilidade civil constituírem a prática de um crime; não importa que não tenha sido instaurado processo-crime, que este não tenha desembocado numa condenação ou que não se venha a apurar que foi o responsável civil o autor da prática do ilícito penal.

Texto Integral

Recurso de Apelação

ECLI:PT:TRP:2021:2422.19.4T8AGD.P1

*

Sumário:

.....
.....
.....

Acordam os Juízes da 3.ª Secção do Tribunal da Relação do Porto:

I. Relatório:

A sociedade comercial presentemente denominada **B... S.A.**, pessoa colectiva n.º, com sede em Lisboa, instaurou acção judicial contra a sociedade **C..., Lda.**, pessoa colectiva n.º, com sede em ..., Águeda, pedindo a condenação desta a pagar-lhe a quantia de €12.467,61, acrescida de juros vencidos e vincendos, calculados à taxa legal, desde a citação da ré até integral pagamento.

Alegou para o efeito que é concessionária da rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão no concelho de Águeda, rede à qual as instalações industriais da ré se encontram ligadas e através da qual consomem a electricidade distribuída pela autora; que em 10.11.2014 no decurso de uma acção de fiscalização do equipamento de contagem de electricidade, verificou-se que o contador estava desselado na tampa de bornes e na tampa superior e não registava consumo uma vez que o disco rotor do contador estava empenado e com o sem fim desengrenado; que estas anomalias resultaram da manipulação/adulteração do contador, pelos sócios gerentes da ré, ou por alguém no seu interesse, com o propósito de se apropriarem de energia eléctrica sem que a mesma fosse contada; que em virtude desse comportamento a ré apropriou-se ilicitamente de energia eléctrica no montante de €12.467,61, valor apurado através da análise do histórico de consumos da instalação no período compreendido entre 28.11.2011 a 26.11.2014 e levando em conta a quantidade e valor de energia eléctrica furtada, os encargos de potência e os encargos administrativos emergentes da detecção e tratamento da anomalia detectada.

A ré contestou por impugnação e por excepção, defendendo a improcedência da acção.

Alegou para tanto que desconhecia que o seu contador, situado no muro exterior, tinha sido vandalizado; que não contribuiu, produziu ou incentivou essa situação, cujos autores desconhece; que se o contador parou tal só pode dever-se a uma paragem momentânea, fruto de alguma descarga eléctrica uma vez que sempre lhe foram sempre debitados consumos de energia eléctrica, antes e depois da vistoria em questão; que a autora não teve os prejuízos que alega.

Por excepção, arguiu a *prescrição* do direito da autora, com base no artigo 310º, alínea g), do Código Civil e no artigo 10º da Lei nº 23.96, de 26.7.

Em resposta à excepção, a autora sustentou não ser aplicável o prazo prescricional de 6 meses previsto na Lei nº 23.96, de 26.7, e beneficiar do

prazo mais longo previsto no artigo 498º, nº 3, do Código Civil.

Após julgamento, foi proferida *sentença*, julgando a acção totalmente procedente, condenando a ré a pagar à autora €12.467,61 e juros de mora desde 04.11.2019 até integral pagamento.

Do assim decidido, a *ré* interpôs recurso de *apelação*, terminando as respectivas alegações com as seguintes *conclusões*:

a) ...; b) ...; c) - A questão, a nosso ver, coloca-se, na resposta aos seguintes pontos: - Utilização indevida de energia eléctrica, fornecida pela recorrida por parte da C..., Lda., por uso fraudulento do contador de energia. - Saber se a final entre o período de 28.11.2011 e 26.11.2014, o contador que servia a C..., contava ou não conta a energia fornecida a esta empresa. - Saber se há ou não ilícito criminal, em tal uso e qual o seu autor. - Qual o consumo verificado entre 28.11.2011 e 26.11.2014. - Verifica-se ou não a prescrição do direito invocado pela recorrida.

d) De acordo com a prova documental junta aos autos e a prova produzida em audiência de julgamento, através do depoimento das testemunhas, a decisão proferida na presente acção, não poderia ser outra que não fosse a improcedência da acção.

e) A Mª. Juiz “a quo”, proferiu a douda decisão, com base nos factos que julgou dar como provados, tendo-se para tal estribado essencialmente nos depoimentos das testemunhas da recorrida D..., E... e F....

f) Foi dado como provado no ponto 29, que o contador sempre esteve fixado no muro exterior que veda as instalações da recorrente, junto à estrada Águeda/Aveiro.

g) Por tal estrada passam milhares de veículos e pessoas, de dia e de noite a toda a hora; ao referido contador têm acesso, todas e quaisquer pessoas que passem em tal estrada.

h) Da prova produzida em audiência de julgamento, nenhuma das testemunhas, quer da recorrida quer da recorrente, referiu ou mencionou que tenha sido o gerente da C..., Lda., ou alguém a seu mando, que tivesse danificado ou violado o referido contador.

i) O gerente da recorrente no seu depoimento referiu que não foi ele que mexeu no contador e que inclusive se sentiu mal quando lhe foi colocada a questão pelos funcionários da B1..., de que o contador teria sido violado, o que foi corroborado pela testemunha H..., no seu depoimento de 18.11.2020, que se encontra gravado (15:11 horas e término às 15:35), que acima se transcreveu e que aqui se dá como reproduzido

j) O gerente da recorrente participou, imediatamente após ter tido conhecimento da violação do contador, contra desconhecidos, cujo inquérito correu termos pelo Ministério Público de Águeda, sob o número

149.14.2T9AGD, conforme foi dado como provado nos pontos 25 e 26.

l) Não foi de modo algum provado em audiência de julgamento que tenha sido o gerente da C..., Lda., ou alguém a seu mando, que tenha violado o referido contador.

m) Não se pode aceitar ou presumir que se conclua que tenha sido o gerente da recorrente ou alguém a seu mando, quando o mesmo tudo fez ao seu alcance para demonstrar que não foi ele que cometeu tais actos ou deu instruções a alguém para que o referido contador fosse violado.

n) Em face da prova produzida não podia dar-se como provados os factos constantes do ponto 13 dos factos provados “13. A ré, ou alguém no interesse e a mando desta, procedeu à manipulação/adulteração do contador, para que a energia eléctrica consumida não fosse toda contada”.

o) O que leva a que o facto dado como não provado, que: “A ré não adulterou, nem mandou adulterar, o contador”, tem que se dar como provado que: “A ré não adulterou, nem mandou adulterar, o contador”.

p) Não se provou tal facto. Daí igualmente também não se pode presumir que tenha a C..., Lda., ou alguém a seu mando que tenha procedido à manipulação ou adulteração do contador. Não pode haver aqui a inversão do ónus da prova.

q) Devido à colocação do contador no exterior das instalações da C..., Lda., com acesso fácil a qualquer transeunte, o mesmo contador fica sujeito a quaisquer actos de vandalismos gratuitos ou não, de quem por ali passe. Amigos ou inimigos da C..., Lda.

r) Não sendo nenhum disparate o que foi afirmado, quer pelo gerente da C..., Lda., I..., quer pela testemunha H..., de acordo com os seus depoimentos, acima transcritos e que aqui se dão como reproduzidos.

s) A recorrente para precaver tais actos de vandalismo, mandou instalar de imediato um sistema de videovigilância nas suas instalações, de modo a abranger todo o perímetro exterior das mesmas instalações, com a colocação de câmaras de videovigilância.

t) Não pode ser imputada à C..., qualquer acto de violação/manipulação do mencionado contador. Não se lhe pode exigir que faça outra prova, que não fosse a que fez.

u) Existe assim, manifesta contradição entre a prova produzida e os factos dados como provados e não provados, designadamente no ponto 13.

v) Quanto a saber se o contador em referência, contava ou não a energia eléctrica consumida nas instalações da Recorrente. Foi dado como provado nos pontos 10, 11 e 12 o seguinte [*nota: segue-se a reprodução desses factos*].

x) Na sua fundamentação a M^a. Juiz “a quo” refere expressamente o seguinte: “Conforme já supra referido, resultou da prova produzida que as anomalias que o contador apresentava foram causadas por mão humana, estando

afastada a hipótese de ter sido causada por qualquer descarga eléctrica, como alegou a ré. Intervenção humana essa que é tanto mais evidente, quanto se verifica que o contador não parou de vez – o que daria demasiado nas vistas – mas era parado e posto a andar, conforme as conveniências, para simular alguma normalidade.”

z) Da prova produzida em audiência de julgamento, não se pode retirar tal conclusão, ou seja, não se pode dizer que como foi referido na douta sentença que o contador “era parado e posto a andar, conforme as conveniências, para simular alguma normalidade”.

aa) A prova produzida vai em sentido completamente oposto, conforme depoimento da testemunha D... (técnico/electricista da B1..., que se deslocou ao local e verificou o estado em que se encontrava o contador), de 18.11.2020, que se encontra gravado (10:18 horas e término às 11:02 horas e das 14:33 horas e término às 15:05 horas), acima transcrito e que aqui se dá como reproduzido.

ab) Ficou provado à exaustão de que não era possível, fosse por quem fosse, parar o contador e voltar a colocá-lo a funcionar, como referiu abundantemente o técnico/electricista, que foi ao local e verificou o estado do contador.

ac) Aliás, a mesma testemunha D..., refere expressamente que o contador, estava parado, não funcionava e que se lá estivesse hoje, continuava parado., conforme seu depoimento acima transcrito e que se dá como reproduzido.

ad) O que equivale a dizer, que não era possível, afirma-se tal como foi feito na douta sentença, que o contador era parado e posto a andar conforme as conveniências, para simular alguma normalidade.

ae) Dúvidas não há que eram processados consumos mensais à C.... Eram consumos estimados? Não ficou apurado.

af) Como explicar que a B1..., não se tenha apercebido de que o contador não funcionava, durante pelo menos 3 anos, quando o contador era visto pelo menos 3 em 3 meses, por funcionários da B1....

ag) Existe aqui, também manifesta contradição entre os factos dados como provados e a prova produzida em audiência de julgamento.

ah) Quanto ao consumo verificado entre 28.11.2011 e 26.11.2014. Segundo a douta sentença, o depoimento da testemunha da autora, F..., o cálculo do consumo da energia consumida pela recorrente, efectuado pela recorrida, naquele período, foi efectuado pela média do consumo com referência aos referidos três anos. A média obtida enferma de erro grosseiro.

ai) Como ficou provado, tal média foi verificada um ano após a verificação da referida anomalia, ou seja entre 27.11.2014 e 23.12.2015, reportada aos consumos reais da instalação e comparada essa média com a média de

consumo que existiu, conforme refere a testemunha da Recorrida F..., no seu depoimento que acima se transcreveu e aqui se dá como reproduzido.

aj) Tal média ponderada, não podia ser feita com os consumos feitos entre 27.11.2014 e 23.12.2015. Pois que, como se alcança dos depoimentos do gerente da recorrente, I... e das testemunhas H... e J..., que acima se transcreveram e aqui se dão como reproduzidos, tendo os mesmos referido que em 2015 a C... adquiriu mais máquinas para as suas instalações, o que leva a um maior consumo.

al) O que equivale a dizer que os consumos apreciados naquele período de 27.11.2014 a 23.12.2015, não correspondem à média dos consumos presumivelmente tidos pela recorrente entre 28.11.2011 a 26.11.2014.

am) Pois que em 2015 existem mais máquinas e equipamentos em funcionamento, o que consequentemente tem um consumo superior ao havido nos anos anteriores, levando a médias, não reais.

an) Assim, existindo mais máquinas e equipamentos em 2015, naturalmente que a média de consumo apurada para o período de 28.11.2011 a 23.12.2014, a partir de 27.11.2014 até 23.12.2015, não se encontra correctamente apurada e levou fatalmente a erro de cálculo, porque o consumo no ano de 2015, era muito superior aos anos anteriores.

ao) O valor apurado de €12.467,61, como sendo o valor do consumo efectuado pela C..., Lda., em tal período, não pode ser dado como provado, nem é aceite pela recorrente. Porque o mesmo não corresponde à realidade, por ter sido assente o seu cálculo em premissas falsas.

ap) Quanto à prescrição, do direito invocado pela recorrida. Entende a recorrente que no caso concreto se verifica a prescrição do direito invocado pela recorrida.

aq) A recorrente não praticou qualquer crime nem se provou que tenha sito por sua ordem ou mando, que o referido contador foi violado/manipulado.

ar) Para que a recorrida beneficiasse de prazo mais longo para peticionar a sua indemnização, de acordo com o nº 3 do artigo 498º do Código Civil, que refere expressamente: "Se o facto ilícito constituir crime, para o qual a lei estabeleça prazo mais logo, é este o prazo aplicável"

as) A recorrida, não classificou tal facto como ilícito e para que pudesse beneficiar deste prazo mais longo, de prescrição, a recorrida teria que ter demonstrado, o que não fez, que exerceu o direito de queixa e que correu termo processo crime por tais factos e que por isso estava impedida de instaurar acção civil contra a recorrente, o que não fez.

at) De acordo com o disposto no artigo 4º, nº 1, do Dec. Lei 328/90 de 22.10, que estipula o seguinte: "O direito consagrado na alínea a) do nº 1 do artigo 3º, só pode ser exercido (ressarcido do valor do consumo e regularmente feito

e das despesas inerentes) depois de o distribuidor ter notificado, por escrito, o consumidor, do valor presumido do consumo e irregularmente feito e de o ter informado nos seus direitos, nomeadamente o poder requerer à Direcção-Geral de Energia a vistoria prevista no artigo seguinte”

au) O único contacto que a recorrida B1... fez à recorrente, sob tal matéria, foi através da sua carta de 17-03-2016, junta com a petição inicial sob o documento nº 8, na qual apenas lhe solicitava o pagamento da quantia peticionada e nada mais lhe foi comunicado. Sendo que, da prova produzida em audiência de julgamento ou por qualquer outro documento junto aos autos, não se alcança que a mesma tenha sido notificada para tal efeito.

av) O que equivale a dizer, que a recorrida, não cumpriu com essa sua obrigação, o que determina o seu impedimento de vir aos autos exercer o direito de pedir a indemnização constante da sua petição inicial. Deixando assim, precluir o direito de lançar mão, sobre o disposto no artigo 498º, nº 3 do Código Civil.

ax) Há manifesta contradição entre a prova produzida, os fundamentos e os factos dados como provados e não provados na douda sentença de que se recorre. Aliás, a douda sentença é ininteligível em face da prova produzida e dos factos dados como provados e não provados, que se encontram em manifesta contradição.

az) Ao decidir como decidiu o Tribunal “a quo”, violou as normas jurídicas constantes dos artigos 615º, nº 1, alínea c), 640º do Código Processo Civil e 498º, nº 3, do Código Civil.

Nestes termos e nos melhores de direito, deve a douda sentença ser revogada e substituída por outra que absolva a recorrente da presente acção, ou caso assim se não entenda, julgar-se nula e de nenhum feito a douda sentença, assim se fazendo Justiça.

A recorrida respondeu a estas alegações defendendo a falta de razão dos fundamentos do recurso e pugnando pela manutenção do julgado.

Após os vistos legais, cumpre decidir.

II. Questões a decidir:

As conclusões das alegações de recurso demandam desta Relação que decida as seguintes questões:

- i) Se a sentença é nula;
- ii) Se a decisão sobre a matéria de facto deve ser alterada;
- iii) Se há que retirar consequências jurídicas dessa alteração;
- iv) Se não estão reunidos os pressupostos da ampliação do prazo de prescrição ao abrigo do n.º 3 do artigo 498.º do Código Civil;
- v) Se a Relação pode conhecer da inobservância de requisitos do exercício do

direito da autora previstos no Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro.

III. Nulidade da sentença:

A recorrente defende que a sentença é nula nos termos do artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil.

A norma legal em causa elenca duas causas distintas de nulidade da sentença: *haver oposição entre os fundamentos e a decisão*; a decisão enfermar de *ambiguidade ou obscuridade* e essas deficiências tornarem a *decisão ininteligível*.

Na primeira situação, a nulidade ocorre quando *os fundamentos da decisão apontam logicamente num determinado sentido, conduzem a um certo desfecho*, mas a *decisão concluiu num sentido* que contradiz o demarcado pela fundamentação. Do que se trata, portanto, é de exigir que a sentença observe o chamado silogismo judiciário, que as respectivas premissas suportem e estejam reflectidas no dispositivo.

Na segunda situação, é necessário que haja na sentença *aspectos obscuros ou ambíguos ao ponto de não permitirem saber exactamente o que se pretendia decidir e decidiu*. Estão em causa as situações em que a sentença apresenta *passagens cujo sentido não se apreende em toda a sua extensão* ou *permitem mais que uma leitura* que deixam a *dúvida* sobre o que se pretendeu mesmo dizer. Em qualquer caso é necessário que isso se traduza numa ininteligibilidade da decisão, uma vez que se não obstante aqueles vícios o conteúdo do dispositivo for claro e compreensível, estaremos já quando muito sobre uma *fundamentação deficiente, insuficiente, de menor qualidade ou porventura mesmo errada*, o que deve ser fiscalizado através da impugnação da sentença e do questionamento do respectivo mérito.

Ora cremos bem que nenhuma dessas situações ocorre nos autos.

Nos termos da norma, a *oposição* que pode ser causa de *nulidade da sentença* tem de se situar *entre os fundamentos e a decisão*, isto é, entre os *factos provados* que constituem a fundamentação de facto ou a *argumentação jurídica* que constitui a fundamentação de direito da sentença, e o *dispositivo* desta.

A eventual desconformidade ou mesmo oposição entre a *motivação da decisão sobre a matéria de facto* e a *decisão específica sobre esta matéria* (que não se confunde com a *decisão* que o preceito tem em mente e que corresponde ao *dispositivo* da sentença), não são *causa de nulidade* da sentença, são *fundamento de impugnação* da decisão sobre a matéria de facto.

Quando a recorrente sustenta que *a prova produzida não permite as afirmações* que a Mma. Juíza a quo fez na motivação da sua decisão sobre essa matéria e, conseqüentemente, *não permite que alguns dos factos sejam*

julgados como foram em 1.ª instância, o que a recorrente faz não consubstancia materialmente a arguição de uma nulidade da sentença, mas sim a sustentação de que foi feita uma errónea apreciação, avaliação e ponderação dos meios de prova e, por conseguinte, que existe erro de julgamento da matéria de facto.

A sentença é *absolutamente compreensível* e o seu sentido e alcance atinge-se com facilidade, não havendo na mesma qualquer *obscuridade* ou *ambiguidade*. Improcede assim a arguida nulidade da sentença.

IV. Impugnação da decisão sobre a matéria de facto:

A recorrente impugna a decisão de julgar *provado* o ponto 13 da matéria de facto [que «*a ré, ou alguém no interesse e a mando desta, procedeu à manipulação/adulteração do contador, para que a energia eléctrica consumida não fosse toda contada*»] e bem assim a decisão de julgar *não provado* o facto inverso de que «*a ré não adulterou, nem mandou adulterar, o contador*».

Para a recorrente a decisão deve ser a oposta: julgar-se *não provado* que tenha sido a ré ou alguém a mando dela a adulterar o contador e *provado* que a ré não fez isso.

Auditada a prova produzida em audiência constata-se que é correcta a afirmação da recorrente de que efectivamente não foi produzido qualquer meio de *prova, testemunhal, pericial ou documental*, que permita, *directamente*, atribuir à ré a autoria da actuação em causa.

A Mma. Juíza *a quo* também não afirma o contrário. A sua decisão não se baseou em qualquer *meio de prova dessa natureza*, baseou-se sim na prova por presunção, no caso por *presunção natural e legal*.

Nas suas palavras, «*tendo resultado inequivocamente dos depoimentos das testemunhas D... e E..., que tal facto teve mão humana, a única conclusão lógica, de acordo com as regras da normalidade, é terem tais factos sido praticados pela ré ou por alguém a mando desta, já que era esta a única e exclusiva beneficiária da diminuição da contagem de energia*».

A motivação acrescenta que «*carece de todo o sentido a alegação [da ré] de que tais factos poderão ter sido praticados por algum inimigo, “da concorrência”, porquanto normalmente a concorrência não zela pela diminuição dos custos de produção dos seus concorrentes, antes pelo contrário. Um inimigo da ré, que quisesse prejudicar esta com a manipulação do contador, não deixaria, por certo, que a ré beneficiasse de uma diminuição da sua despesa eléctrica durante anos a fio, antes trataria logo de fazer denúncia dos factos às entidades competentes!*». A concluir afirma-se que «*em face da presunção legal do art.º 1º, nº 2 do DL nº 328/90 de 22.10, era à ré que incumbia provar que não foi ela quem praticou os factos em questão. Tal*

presunção não é afastada pelo facto de o contador estar fixado na parte exterior do muro de vedação da propriedade da ré, muro este que pertence àquela, e servindo o contador exclusivamente a instalação da ré. Acresce que a ré foi a única e exclusiva beneficiária dos factos em questão, vendo reduzida a sua factura da electricidade em consequência daqueles».

As considerações feitas pela Mma. Juíza *a quo* são judiciosas e revelam sageza, sendo patente na gravação da audiência o meritório esforço que fez para apurar os factos, mesmo quando se viu obrigada a suportar com estoicismo a rudeza da testemunha D... que impediu o total esclarecimento de factos que só ele podia esclarecer. Apesar disso não conseguimos acompanhá-las no tocante (não ao *acerto* mas apenas) à *suficiência dos seus argumentos* para a formação da convicção a que chegou.

Também entendemos que a *localização da caixa* onde se encontrava o contador (no lado exterior do muro que delimita a instalação fabril do passeio público, mas evidentemente em espaço que pertence à ré), a *participação criminal* contra desconhecidos (feita por mandatário que sabia quão inevitável era o desfecho do arquivamento e consequentemente a *utilidade* que pretendia tirar da participação) e a *instalação posterior de sistema de videovigilância*, não passam de tentativas fáceis de justificação que o tribunal não pode aceitar como tal.

Não se vislumbra, com efeito, que a actuação em causa pudesse ser motivada pela intenção de um possível concorrente de causar problemas à ré quando no imediato, pelo menos, representava sim uma enorme poupança e a consequente vantagem ... sobre a concorrência. O facto de o contador ser *acessível* a quem se encontrasse no passeio não possui relevo probatório porque essa instalação em si mesma não representa uma vantagem económica para os *amigos do alheio* ...; aliás, o contador estava lá e *não mostra sinais de ter sido vandalizado* mas sim *adulterado ou tornado inoperacional* para a função que lhe corresponde.

Não obstante isso, precisamente porque como referiu, *com maus modos*, a testemunha D..., não foi realizada uma perícia ao contador para saber exactamente de que forma é que ele foi privado da sua capacidade de registar e contar a quantidade exacta de energia eléctrica fornecida, o que permitiria apurar se a intervenção foi realizada por *quem tinha de saber o que estava a fazer* e de modo a *dissimular a adulteração* do contador (situação em que a adulteração só podia ser *associada aos interesses* da ré), cremos que as *regras da experiência* não são, no caso, suficientes para formar a convicção judicial sobre a autoria da intervenção no contador e atribuí-la à ré.

Essa atribuição é *possível*, diremos mesmo *plausível*, e por isso permite uma convicção subjectiva ou íntima, mas no caso, atenta a falta de prova assinalada

(que estava à disposição da autora), o *grau de probabilidade* da mesma *não é bastante* para alicerçar uma decisão judicial, a qual necessita sempre de ser *justificada racionalmente com base em meios de prova*.

Afigura-se-nos ainda que o n.º 2 do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22.10, não contém uma *presunção de facto*, como é suposto na motivação, contém sim uma *presunção de responsabilidade*.

Ao estabelecer que «*qualquer procedimento fraudulento detectado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia eléctrica presume-se, salvo prova em contrário, imputável ao respectivo consumidor*», a norma não presume que o consumidor foi o *autor do procedimento* fraudulento, a norma presume que o consumidor que recebe energia através do equipamento falseado responde perante o distribuidor pelas consequências desse procedimento, excepto se provar que o mesmo não se deve a culpa sua.

O que significa que para responsabilizar o consumidor, o distribuidor só tem de demonstrar que o equipamento de contagem que serve aquele consumidor foi objecto de uma intervenção fraudulenta, cabendo ao consumidor fazer a prova de que essa intervenção não resultou de culpa sua, designadamente por ser devido a caso de força maior ou motivo estranho à sua vontade, como o ter sido praticado por terceiro.

Nessa medida, reavaliando a prova produzida em audiência, afigura-se-nos que a decisão de julgar *não provado* o facto impugnado é inteiramente correcta porque a ré *não fez prova* de que *não foi ela* a adulterar ou mandar adulterar o contador.

Já no que concerne ao facto inverso, entendemos que o facto do ponto 13 deve ter uma redacção diferente, porquanto não se provou tudo quanto foi julgado provado.

Por conseguinte, decide-se dar ao ponto 13 a seguinte redacção:

«13. Pessoa desconhecida procedeu intencionalmente à manipulação/adulteração do contador, para que a energia eléctrica consumida não fosse toda contada.»

A recorrente insurge-se ainda contra a afirmação constante da motivação da decisão sobre a matéria de facto de que o contador «*era parado e posto a andar, conforme as conveniências, para simular alguma normalidade*», sustentando que da prova produzida em audiência de julgamento, não se pode retirar tal conclusão.

Esta posição, com todo o devido respeito, confunde o *facto* provado em si mesmo e a *motivação* da decisão de o julgar provado. Para efeitos de subsunção jurídica e de eleição da solução jurídica adequado ao caso o que releva são os *factos provados* e estes têm somente a *redacção* que lhes é dada

quando são levados ao *elenco dos factos provados*. As razões para a decisão de os julgar provados não são *factos*, são *argumentos lógicos*, enunciados linguísticos que expõem o percurso mental que conduziu à convicção que subjaz a essa decisão. Por isso, nada do que consta da motivação altera a redacção do facto em si mesmo ou vale como facto provado.

O que a parte pode impugnar é a decisão que recaiu sobre o facto, defendendo, pelas razões que indicará, que o facto foi mal julgado, que deve ser julgado diferentemente ou julgado um facto diferente. Não impugnando a decisão sobre o facto em si mesmo, é absolutamente inútil questionar as afirmações produzidas na *motivação* de tal decisão, porquanto mesmo que não se revisse nas mesmas o tribunal *ad quem* permanecia vinculado à decisão (sobre o facto) proferida e não impugnada.

Por esse motivo, não tendo a recorrente impugnado a decisão de julgar provados os factos dos pontos 10, 11 e 12, nem, tão pouco, a decisão de julgar provado o facto do ponto 14, factos de onde resulta que o contador foi *colocado em condições que permitiam o fornecimento de electricidade mas não que fosse contada toda a electricidade fornecida*, a sua discordância em relação a alguma afirmação constante da motivação da decisão é totalmente irrelevante do ponto de vista processual e não necessita sequer de ser apreciada por esta Relação.

A recorrente discorda ainda da decisão de julgar provado que *no período de 28.11.2011 a 26.11.2014, foi consumida energia eléctrica, descontado o valor já facturado referente ao mesmo período, no total de 75.237 Kwh e no valor de €12.346,39* (ponto 23 da matéria de facto).

O argumento da recorrente é o de que o legal representante da ré e as testemunhas indicadas por esta, H... e K..., afirmaram que em 2015, ano que foi utilizado para apurar a média de consumo que depois foi aplicada ao período em discussão, a empresa adquiriu *equipamentos novos* que fizeram *aumentar* o consumo de energia em relação a anos anteriores, pelo que a média obtida em 2015 não pode ser transposta para anos anteriores.

Sucede que a prova em juízo, no âmbito de uma acção judicial, é algo que deve encarado com *rigor*, com *substância*, com *empenho*. As pessoas são capazes de fazer em juízo as afirmações que entendem pelo que se não houver cuidado de *testar* as suas afirmações e as submeter a *prova complementar*, a prova judicial transforma-se numa actividade fortuita, incontroável, que pode gerar as maiores injustiças.

A autora agarrou-se ao que *tinha disponível* para apurar o montante dos seus danos: as *facturas do consumo* da ré no período subsequente à descoberta da profanação do contador. Os dados das facturas são perfeitamente *objectivos e indesmentíveis*, pelo que a sua ideia de que se a unidade fabril onde o

contador estava instalado consumia determinada quantidade de energia num dado período, *em princípio* consumiria quantidade equivalente no período imediatamente anterior, é *verosímil* e possui um *enorme grau de aceitação e probabilidade*.

Nesse condicionalismo, cabia à ré *afastar essa verosimilhança e probabilidade* na medida em que *dispunha de elementos probatórios* a que a autora não tinha acesso e que podiam modificar o princípio de que se partiu. Esses elementos não podem ser *obviamente* os meros depoimentos das pessoas mais *interessadas* no desfecho do processo, o *legal representante* da ré, a sua *filha* e o seu *genro*!

Não queremos dizer com isto que esses meios de prova não pudessem ser úteis e válidos, nem que os depoentes faltaram à verdade (*não o sabemos*), queremos sim demonstrar que sendo a ré uma sociedade comercial ela *possuía necessariamente documentação* contabilística para demonstrar a *aquisição* dos novos equipamentos que alegadamente aumentaram o consumo, demonstrar que esses equipamentos *acresceram* aos já existentes e não vieram substituí-los, demonstrar as *características* dos novos equipamentos para evidenciar que consumiam mais energia e que, ao invés como sucede *normalmente* em resultado da evolução tecnológica, *não eram mais eficientes*. A recorrente não efectuou esse *esforço probatório* que lhe era *possível e exigível*, pelo que não pode, apenas com base em afirmações de interessados que puderam com toda a facilidade dizer o que entenderam por não ter havido o cuidado de *demonstrar* as suas afirmações, afastar o valor probatório do cálculo efectuado pela autora a partir dos dados objectivos da facturação imediatamente posterior.

Note-se que ao afirmar isto não estamos a sustentar que coubesse à ré o *ónus de provar* que *não consumiu* a quantidade de energia que a autora alegou. O que estamos a pretender é que a prova de um facto num processo judicial e para fins jurídicos é, por princípio, a demonstração de um alto grau de probabilidade de o mesmo corresponder à realidade material dos acontecimentos. Esta regra carece, no entanto, de adequação prática, devendo o julgador, com recurso ao bom senso e ao justo equilíbrio das coisas, defini-la e aplicá-la caso a caso, em função das exigências de justiça que o mesmo coloca, determinadas a partir de aspectos como o da *acessibilidade dos meios de prova*, da sua *facilidade ou onerosidade*, do *posicionamento das partes* em relação aos factos com expressão nos articulados, do *relevo do facto* na economia da acção.

Por isso mesmo, uma coisa é o *ónus da prova* (ou a sua inversão) e outra coisa a *modelação* (do grau) da *exigência de prova*. Enquanto aquele é um instituto de consagração legal, esta é um conceito de *concretização jurisprudencial*,

perfeitamente consentida pelo nosso sistema processual uma vez que neste, com algumas excepções, vigora o *sistema da prova livre*.

O tribunal pode *apreciar livremente os meios de prova* (o que o meio prova) e é igualmente *livre na atribuição do grau do valor probatório* de cada meio de prova produzido (a quantidade de prova produzida por aquele meio), ou seja, livre para considerar suficiente a prova gerada pelos concretos meios produzidos ou para considerar que a mesma é afinal insuficiente, no sentido de que eram exigíveis outros meios de prova com maior valor probatório (maior capacidade para convencer o juiz da probabilidade do facto em discussão).

Determinante para a aferição do *grau de probabilidade* exigível é assim, entre outras, a medida da *possibilidade de produção de outros e melhores meios de prova*. Num processo equitativo, as exigências e condições que se podem opor à parte para lhe poder ser judicialmente reconhecido o direito ou conferida a tutela jurisdicional reclamada, têm de ser razoáveis, passíveis de serem satisfeitas com um grau de diligência adequado. Dito de outra forma, pode exigir-se mais e melhor prova, se e na medida em que for (praticamente) possível à parte produzir mais e melhor prova.

A *justa distribuição dos riscos da acção* impõe que se atenua o *esforço probatório* exigível da parte que por motivos imputáveis à outra se encontra numa situação de *grande dificuldade probatória* face à natureza do facto que o comportamento daquela a obriga a demonstrar, bem como que se proceda a essa atenuação quando a parte contrária tem *possibilidade e facilidade* em produzir meios de prova que poderão *reduzir ou excluir* o valor dos meios de prova produzidos pela parte onerada (e, portanto, cuja não produção pode ser lida como *confirmação* desse valor).

É neste sentido e com este fundamento que se entende que a decisão proferida pela 1.^a instância sobre a quantidade de energia consumida pela ré no período em causa é inteiramente correcta por corresponder a uma avaliação adequada dos meios de prova produzidos.

Procede assim mas *apenas na parte referida* a impugnação da decisão sobre a matéria de facto.

V. Os factos:

Ficam agora *definitivamente julgados provados* os seguintes factos:

1. A autora exerce, em regime de concessão de serviço público, a actividade de distribuição de energia eléctrica em alta e média tensão, sendo ainda concessionária da rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão no concelho de Águeda.
2. Na qualidade de concessionária da rede de distribuição de energia

eléctrica, a autora procede à ligação à rede eléctrica das instalações de consumo que, para tanto, tenham celebrado os respectivos contratos de fornecimento de energia eléctrica com os comercializadores que operam no mercado livre ou no mercado regulado.

3. Através dos seus piquetes técnicos, a autora procede à fiscalização das instalações de consumo, tendo em vista despistar a existência de eventuais ligações abusivas ou manipuladas à rede eléctrica pública.

4. Aquando da ligação das instalações de consumo à rede eléctrica, a concessionária instala um equipamento de medição (contador), destinado a registar os consumos efectuados, e procede à selagem do referido equipamento para evitar a sua violação e adulteração dos registos por parte de pessoas não autorizadas.

5. Ainda na qualidade de concessionária, a autora procede à fiscalização das ligações à rede das instalações particulares de consumo, com o objectivo de despistar eventuais ligações abusivas à rede eléctrica pública ou manipulação e adulteração dos equipamentos de medição.

6. A ré tem como escopo social a indústria de molas metálicas no local de consumo nº, correspondente à instalação sita na ..., ..., ..., concelho de Águeda.

7. A ré tem contrato de fornecimento de energia eléctrica para o referido local de consumo, desde 7.2.2006.

8. À data da primeira ligação, os técnicos da autora instalaram o equipamento de medição e os selos.

9. No âmbito da sua actividade de fiscalização, a autora solicitou a deslocação de uma equipa técnica à instalação em apreço.

10. Deslocação essa que teve lugar no dia 10.11.2014.

11. Chegados ao local, os técnicos ao serviço da autora verificaram que o contador estava desselado na tampa superior.

12. Verificaram que o contador não registava consumo, porquanto o disco rotor estava empenado e o sem-fim estava desengrenado.

13. Pessoa desconhecida procedeu intencionalmente à manipulação (adulteração do contador, para que a energia eléctrica consumida não fosse toda contada.

14. A instalação estava a consumir energia eléctrica sem que a mesma fosse toda devidamente contabilizada pelo contador.

15. Os técnicos da autora consignaram todas as informações relativas à situação no Auto de Vistoria lavrado para o efeito – cf. doc. junto a fls. 51, que aqui se dá por reproduzido – e através de fotografias – cf. docs. juntos a fls. 10 verso a 12, que aqui se dão por reproduzidos.

16. Tal manipulação beneficiou em exclusivo a ré, que utilizava a energia

elétrica em seu proveito na instalação em causa.

17. Beneficiando desse abastecimento não contabilizado e enriquecendo na medida dos consumos efectuados e não pagos.

18. Na sequência da actuação descrita, a autora viu-se desapossada do valor da energia eléctrica consumida e não paga pela ré.

19. Com vista ao cálculo dos seus prejuízos, a autora procedeu à análise do histórico de consumos da instalação – cf. doc. junto a fls. 12 verso e 13, que aqui se dá por reproduzido.

20. Analisados os consumos, a autora considerou como período de cálculo o período compreendido entre 28.11.2011 e 26.11.2014.

21. Após a detecção da irregularidade e consequente regularização da situação de contagem, verificou-se um incremento imediato no consumo registado.

22. A autora procedeu, então, ao cálculo do consumo referente ao período de 28.11.2011 a 26.11.2014, com base no consumo registado pelo contador no período de 27.11.2014 a 23.12.2015.

23. A autora efectuou o cálculo dos prejuízos emergentes da factualidade supra descrita, apurando os seguintes valores: contador de energia eléctrica danificado, no valor de €50,52; energia eléctrica consumida no período de 28.11.2011 a 26.11.2014, descontada do valor já facturado referente ao mesmo período, no total de 75.237 Kwh, no valor de €12.346,39; encargos administrativos, no valor de €70,70.

24. A autora remeteu uma missiva à ré a informar do resultado da vistoria realizada, e interpelando-a para efectuar o pagamento voluntário do montante de €12.467,61 – cf. doc. junto a fls. 14 verso, que aqui se dá por reproduzido.

25. No dia 25.11.2014, a ré apresentou nos Serviços do Ministério Público de Águeda, a participação criminal contra desconhecidos, cuja cópia está junta a fls. 24 e 25, que aqui se dá por reproduzida.

26. Tendo corrido o respectivo inquérito, sob o nº 149.14.2T9AGD, que veio a ser arquivado por despacho de 16.12.2015 – cf. doc. junto a fls. 26 verso, que aqui se dá por reproduzido.

27. O leitor da B1... passava regularmente nas instalações da ré, para fazer a leitura do contador.

28. À ré foram debitados mensalmente consumos de energia, antes e depois de Novembro de 2014.

29. O contador da ré sempre esteve fixado no muro exterior que veda as suas instalações, junto à estrada .../....

30. A ré foi citada para a acção a 4.11.2019.

VI. Matéria de direito:

i. *Das consequências da modificação dos factos provados para a qualificação jurídica:*

A recorrente defendeu a *modificação da fundamentação de facto* da sentença mas em sede de *alegações* não extraiu *consequências* dessa modificação em *matéria de direito*, ao nível da *subsunção jurídica* dos factos.

De todo o modo, parece poder deduzir-se das alegações de recurso que a recorrente entende que *não tendo sido ela a proceder à manipulação/adulteração do contador* não lhe pode ser exigido o *pagamento da energia consumida* e não contada.

Efectivamente apenas se provou que o contador *não contou* toda a energia consumida nas instalações da ré, mas não que tenha sido esta a *autora da adulteração fraudulenta do contador* para que a contagem não se fizesse por inteiro.

O Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro, afirma no seu preâmbulo que «a *medida e controlo dos consumos de energia eléctrica e da potência tomada são alvo de práticas fraudulentas assaz generalizadas a nível internacional, visando a redução dos valores facturados, com a consequente fuga ao pagamento dos consumos reais*», designadamente através da viciação dos aparelhos de medição, razão pela qual se considera «*indispensável e urgente tomar medidas que sejam adequadas à erradicação de tais práticas e, ao mesmo tempo, permitir que os distribuidores se possam ressarcir do valor dos consumos verificados durante a existência da fraude e das despesas dela emergentes*».

No artigo 1.º, n.º 1, este diploma estabelece que «*constitui violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica qualquer procedimento fraudulento susceptível de falsear a medição da energia eléctrica consumida ou da potência tomada, designadamente ... a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida ...*».

O n.º 2 deste normativo acrescenta que «*qualquer procedimento fraudulento detectado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia eléctrica presume-se, salvo prova em contrário, imputável ao respectivo consumidor*».

Conforme já antes referimos, a nosso ver esta disposição não encerra uma *presunção de facto* mas antes uma *presunção de responsabilidade* (de ilicitude e de culpa).

Ao estabelecer que qualquer procedimento fraudulento se *presume*, salvo prova em contrário, *imputável* ao respectivo consumidor, a norma não presume que o consumidor foi o *autor do procedimento fraudulento*, a norma *responsabiliza o consumidor que recebe energia através do equipamento falseado perante o distribuidor pelas consequências desse procedimento*,

excepto se provar que o mesmo não se deve a culpa sua.

A norma estabelece uma *presunção ilidível* contra o consumidor, no sentido em que este é o *presuntivo responsável* por qualquer procedimento fraudulento detectado no equipamento. Caso o demandante não ilida a *presunção*, demonstrando cabalmente que esse procedimento não procede de culpa sua, será responsável perante a demandada, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do diploma.

Nessa medida, para exigir do consumidor o pagamento do valor da energia consumida mas não medida, o distribuidor só tem de demonstrar que *o equipamento de contagem que serve aquele consumidor foi objecto de uma intervenção fraudulenta*, cabendo ao consumidor fazer a prova de que *essa intervenção não resultou de culpa sua*, designadamente por ser devido a *caso de força maior* ou *motivo estranho à sua vontade*, como o ter sido praticado por terceiro.

Que isso é assim resulta além do mais do disposto no artigo 3.º, n.º 2, do diploma. Nos termos do n.º 1 deste artigo, tendo havido violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica por *fraude imputável ao consumidor*, o distribuidor goza dos direitos de interromper o fornecimento e de ser *ressarcido do valor do consumo irregularmente feito*. O n.º 2 acrescenta que *quando o consumidor não seja o autor do procedimento fraudulento ou por ele responsável*, o distribuidor tem apenas direito a ser *ressarcido do valor do consumo irregularmente feito pelo consumidor*.

Daqui resulta, portanto, que o *direito ao ressarcimento do consumo irregularmente feito, rectius*, ao pagamento da diferença entre o preço da energia medida e o preço da energia efectivamente consumida, não está dependente de ter sido o próprio consumidor a executar o procedimento fraudulento sobre o aparelho de medição. O que se compreende, aliás, porque se assim não fosse sempre haveria lugar à restituição dessa diferença de preço a título de enriquecimento sem causa, tendo o consumidor de pagar ao distribuidor o valor com que enriqueceu por ter consumido energia que não pagou.

Em suma, a alteração da decisão sobre o ponto 13 da matéria de facto *não desresponsabiliza* a ré do pagamento reclamado pela autora.

Questão diferente mas igualmente *não suscitada pela recorrente* e por isso mesmo excluída do poder de cognição desta Relação consistia em saber se a autora é titular do *direito ao preço da energia não facturada mas consumida pela ré* quando não foi ela a *comercializadora* da energia eléctrica fornecida à ré (que no caso segundo alegou a autora na petição inicial foi a L...) uma vez que é somente titular da concessão da rede de *distribuição* de energia eléctrica. No fundo, a questão de saber se quem pode reclamar do consumidor

o pagamento do preço dessa energia é a *comercializadora* ou é a *distribuidora* da energia eléctrica.

Como referimos, não cabe no âmbito dos poderes desta Relação a decisão dessa questão uma vez que a mesma não se encontra incluída nas questões suscitadas nas alegações de recurso. Todavia, ainda assim se dirá que nos revemos inteiramente no Acórdão da Relação de Coimbra de 21.11.2017, proc. n.º 502.16.7T8GRD.C1, in www.dgsi.pt, que decidiu o seguinte: «1. *Face ao quadro legislativo em vigor [maxime, ao preceituado nos art.ºs 3º o), p) e aa), 31º, 35º, 70º e 71º do DL n.º 29.2006, de 15.02; 38º e 42º do DL n.º 172.2006, de 23.8; 1º, 2º e 3º do DL n.º 328/90 de 22.10; Regulamento da Qualidade de Serviço (RQS), aprovado pelo Regulamento n.º 455.2013; Pontos 15, 31. 1, e 31. 3, do Guia de Mediação, Leitura e Disponibilização de Dados para Portugal Continental (GMLDD), aprovado através DP n.º 4591-A.2007, de 13.3, da ERSE e revisto em 2016 pela Directiva 5.2016); 56º e seguintes, 62º, 239º e 269º do Regulamento das Relações Comerciais (RRC), aprovado pelo Regulamento n.º 561.2014, da ERSE], a única entidade com capacidade para gerir os fluxos de electricidade na rede eléctrica nacional e a energia consumida sem facturação é a G2..., cabendo-lhe ainda detectar as situações de consumo ilícito de energia por terceiros sem contrato de fornecimento. 2. A energia eléctrica associada a procedimentos fraudulentos não deve ser imputada a carteiras de comercializadores (cf. o Ponto 31.3 do GMLDD), naturalmente, porque os comercializadores dos consumidores em fraude não compraram a energia consumida ilicitamente e, assim, e tendo presente o estatuído no DL n.º 328/90, de 22.10, só o Distribuidor, em benefício do Sector Eléctrico Nacional (SEN), terá competência para exigir do consumidor final o ressarcimento do valor da energia consumida ilicitamente, e nunca o comercializador (ou, no limite, o produtor/múltiplos produtores a operar actualmente no SEN).»[1]*

Existe, no entanto, uma *modificação da decisão* proferida pela 1.ª instância que é imposta pela *alteração da decisão sobre a matéria de facto* no sentido da não prova de que tenha sido a ré quem praticou a adulteração do contador. O artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro, estabelece que apurando-se ter havido violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica por fraude imputável ao consumidor, o distribuidor goza, entre outros, do direito de ser ressarcido do valor do consumo irregularmente feito e das despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude e dos juros que estiverem estabelecidos para as dívidas activas do distribuidor. Porém, nos termos do n.º 2 da norma, quando o consumidor não seja o autor do procedimento fraudulento ou por ele responsável, o distribuidor tem apenas direito a ser ressarcido do valor do consumo irregularmente feito pelo

consumidor.

Por outras palavras, quando não se demonstre que o consumidor foi o autor do procedimento fraudulento ou é responsável pelo mesmo (v.g. a título de co-autoria, cumplicidade ou autoria moral) o distribuidor não lhe pode exigir o valor das despesas com a verificação e eliminação da fraude, as quais, no caso ascenderam a (€50,52 + €70,70) €121,22.

A decisão recorrida terá pois de ser modificada nesse ponto em particular.

ii. Da prescrição:

Na petição inicial a autora defendeu que o direito que pretende exercer se encontra sujeito a um prazo de prescrição de 5 anos por aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 498.º do Código Civil uma vez que a actuação que subjaz a essa pretensão consubstancia a prática de crimes de furto de energia e quebra de marcas e selos, cujos prazos de prescrição, nos termos do disposto nos artigos 118º, n.º 1, alínea c), 204º, n.º 1, alíneas a) e j), 258º, n.º 1, e 398º, do Código Penal, são de 5 anos a contar da prática do facto.

A ré, na contestação, argumentou no sentido da aplicação do prazo de prescrição de 5 anos previsto na alínea g) do artigo 310.º do Código Civil (contado desde o mês a que respeita cada um dos fornecimentos em que teria havido diferença entre o medido e o facturado) ou o prazo de prescrição de 6 meses previsto no artigo 10º da Lei nº 23.96, de 26 de Julho.

A sentença recorrida acolheu a tese da autora.

A recorrente insurge-se contra essa decisão, argumentando que para ser aplicável o prazo do n.º 3 do artigo 498.º do Código Civil a recorrida tinha de ter demonstrado *que exerceu o direito de queixa, que correu termo processo-crime* por esses factos e que por isso *estava impedida de instaurar acção civil contra a recorrente*, o que não fez, sendo certo que a recorrente *não praticou ou mandou praticar qualquer crime*.

Nesses termos, a questão suscitada pela recorrente já não é a de saber se ao caso se aplica o prazo de prescrição do artigo 498.º do Código Civil ou antes o prazo de prescrição previsto na alínea g) do artigo 310.º do Código Civil ou no artigo 10º da Lei nº 23.96, de 26 de Julho (prazos cuja aplicação havia defendido na contestação), mas apenas a de saber *se estão preenchidos os pressupostos para o alargamento do prazo de 3 anos previsto no n.º 1 do artigo 498.º para 5 anos ao abrigo do disposto no n.º 3 da mesma disposição legal*.

A nossa resposta é igualmente afirmativa.

Depois de estabelecer no n.º 1 que o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, o artigo 498.º do Código Civil estabelece no n.º 3 que

se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.

A actuação sobre o contador no sentido de o manipular/adulterar para que a energia eléctrica consumida não fosse toda contada consubstanciou a prática de factos susceptíveis de integrar a previsão dos artigos 204º, n.º 1, alínea j), 258º, n.º 1 e 2, 277º e 356º do Código Penal, cujo procedimento criminal está sujeito a um prazo de prescrição não inferior a cinco anos (artigo 118º, alínea c), do Código Penal).

O alargamento do prazo geral de três anos no caso de o facto ilícito constituir crime filia-se na ideia que se o facto pode ser apreciado em juízo para efeitos de responsabilidade penal para além de três anos decorridos sobre a data da sua verificação, deve dar-se a mesma possibilidade para efeitos de apreciação da responsabilidade civil. Nas palavras de Antunes Varela, in *Direito das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., pág. 628, «desde que se admite a possibilidade de o facto, para efeitos de responsabilidade penal, ser apreciado em juízo para além dos três anos transcorridos sobre a data da sua verificação, nada justifica que análoga possibilidade se não ofereça à apreciação da responsabilidade civil» - cf., neste sentido, Vaz Serra, in *Prescrição do direito de indemnização*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 87, pág. 57-58, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-09-2015, proc. n.º 255.14.3T8SCR.L1.S1, in www.dgsi.pt -.

O artigo 498º, nº 3, do Código Civil não exige para o efeito que tenha havido processo-crime ou que o agente tenha sido condenado pela prática do crime, tal como não exclui da sua previsão as situações em que o processo-crime tenha sido arquivado ou a responsabilidade criminal extinta por exemplo por amnistia.

Afirma Antunes Varela, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123, pág. 46, que «a possibilidade de o lesado exigir a reparação civil que lhe é devida, fora do prazo normal da prescrição, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 498º do Código Civil, não está subordinada à condição de simultaneamente correr procedimento criminal contra o lesante, baseado nos mesmos factos. Para que a acção cível seja ainda admitida em tais condições, basta, nos termos da disposição legal em foco, que o facto ilícito gerador da responsabilidade constitua crime e que a prescrição do respectivo procedimento penal esteja sujeita a um prazo mais longo do que o estabelecido para a acção cível. Não é, pois, necessário que haja ou tenha havido acção crime na qual os factos determinantes da responsabilidade civil tenham de vir à barra do Tribunal, ainda que observados sob prisma diferente. Basta que haja, em princípio, a possibilidade de instauração do procedimento criminal, ainda que, por qualquer circunstância (v. g., por falta de acusação

particular ou de queixa ou por amnistia entretanto decretada) ele não seja ou não possa ser efectivamente instaurado. Sendo assim, o alongamento do prazo prescricional do direito à indemnização estabelecido no n.º 3 do artigo 498º do Código Civil assenta numa base de carácter inegavelmente pessoal, porque radica na especial gravidade do facto ilícito danoso praticado pelo agente. É porque o facto ilícito imputado ao lesante constitui crime (e crime de gravidade tal que para o respectivo procedimento judicial se estabelece um prazo superior ao da prescrição da responsabilidade civil) que a lei admite a exigibilidade da indemnização cível para além do triénio definido naquela disposição legal».

Nesse sentido para efeitos de alargamento do prazo de prescrição para 5 anos o que releva é *que os factos nos quais se filia a responsabilidade civil constituam a prática de um crime*; não importa que não tenha sido instaurado processo-crime (desde que pudesse tê-lo sido), que este não tenha desembocado numa condenação (qualquer que seja a razão da extinção do procedimento criminal) ou que não se venha a apurar que foi o responsável civil o autor da prática do ilícito penal.

Assim sendo, uma vez que na data da instauração da acção (28.10.2019) e na data em que se considera interrompida a prescrição (foi requerida a citação urgente da ré para efeitos de interrupção da prescrição ao abrigo do disposto no artigo 323.º, n.º 2, do Código Civil) ainda não tinham decorrido cinco anos sobre a data do conhecimento da adulteração do contador e do consumo irregular de electricidade (10.11.2014), o prazo de prescrição do artigo 498º, n.ºs 1 e 3, do Código Civil ainda não tinha decorrido.

iii. Da inobservância dos trâmites do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro
Embora concluindo que a autora deixou *«precluir o direito de lançar mão, sobre o disposto no artigo 498º, nº 3 do Código Civil»*, a ré suscita nas alegações de recurso a questão de a autora *não ter observado o disposto no artigo 4º, nº 1, do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22.10*, isto é, não a «ter notificado, por escrito, ... do valor presumido do consumo irregularmente feito» e de não a ter «informado dos seus direitos, nomeadamente o poder requerer à Direcção-Geral de Energia a vistoria, prevista no artigo seguinte», razão pela qual se encontra *«impedida de exercer o direito»* de pedir a indemnização.

Compulsada a *contestação* apresentada pela ré, verifica-se que *esta questão não foi arguida* naquele articulado, no qual a ré não deduz qualquer meio de defesa relacionado com o regime previsto no aludido diploma legal.

Ora não há dúvidas de que nos encontramos perante a invocação de um facto novo, distinto dos alegados pelo autor para fundamentar o seu pedido, com a

finalidade de impedir o efeito jurídico pretendido pela autora, isto é, perante uma excepção.

Tal excepção não foi arguida na contestação, mas apenas agora nas alegações de recurso.

Todavia, o réu encontra-se obrigado a invocar na sua contestação todos os meios de defesa que pretenda utilizar contra o autor. Em regra, não os deduzindo nessa altura, fica precluída a possibilidade de os deduzir mais tarde, excepto nos casos em que isso lhe for consentido expressamente. Isso mesmo resulta do disposto no artigo 573.º do Código de Processo Civil segundo o qual *toda a defesa deve ser deduzida na contestação*, exceptuados os incidentes que a lei mande deduzir em separado, *só podendo ser deduzidas depois da contestação as excepções, incidentes e meios de defesa que sejam supervenientes, ou que a lei expressamente admita passado esse momento, ou de que se deva conhecer oficiosamente*.

A questão da eventual inobservância pela autora de algum dever de notificação ou informação previsto naquele diploma não é de conhecimento oficioso e, como vimos, não se inclui nas excepções que a recorrente arguiu efectivamente e nas quais baseou, de acordo com o princípio do dispositivo, a contestação do pedido da autora, pelo que o seu conhecimento está vedado ao tribunal, sob pena de excesso de pronúncia e subsequente nulidade da decisão.

Por outro lado, no nosso sistema processual civil, os recursos são *meios de impugnação das decisões judiciais*, destinados à *reapreciação das matérias* anteriormente *sujeitas à apreciação do tribunal a quo* e não meios de renovação da causa, através da apresentação de novos fundamentos de sustentação do pedido ou da defesa, pelo que a novidade de uma questão, relativamente à anteriormente proposta e apreciada pelo tribunal recorrido acarreta a impossibilidade de o Tribunal ad quem a apreciar.

Escreveu Alberto dos Reis, in *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, pág. 212, que os recursos «são meios de obter a reforma de sentença injusta, de sentença inquinada de vício substancial ou do erro de julgamento. O mecanismo através do qual opera o recurso define-se nestes termos: pretende-se um novo exame da causa, por parte de órgão jurisdicional hierarquicamente superior». Escreveu Armindo Ribeiro Mendes, in *Recursos em Processo Civil*, Coimbra Editora, Abril de 2009, págs. 50 e 81, que entre nós «os recursos ordinários são de revisão ou de reponderação da decisão recorrida, não de reexame; o objecto do recurso é constituído por um pedido que tem por objecto a decisão recorrida. A questão ou litígio sobre que recaiu a decisão impugnada não é, ao menos de forma imediata, objecto do recurso». O recurso não é, pois, nem o local nem a altura consentida para ampliar ou

modificar o objecto da lide ou da defesa, o objecto daquilo que pode ser decidido pelo tribunal, seja em 1.ª instância, seja em sede de recurso.

Assinalam Lebre de Freitas e Ribeiro Mendes, in Código de Processo Civil Anotado, vol. 3º, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 8, que é «*constante a jurisprudência no sentido de que aos tribunais de recurso não cabe conhecer de questões novas (o chamado ius novorum), mas apenas reapreciar a decisão do tribunal a quo, com vista a confirmá-la ou revogá-la*». Questão nova, para este efeito, é aquela que possui *novidade em relação ao objecto da lide* estabilizado em devido tempo. O seu emprego traduz assim uma *relação entre aquilo que foi* (ou devia ter sido) *decidido* pelo tribunal recorrido e *aquilo que se pretende que seja decidido* pelo tribunal de recurso.

Quando a questão se prende com a defesa e não foi suscitada na contestação e não é superveniente nem de conhecimento oficioso, a sua dedução ficou precluída, motivo pelo qual a mesma não mais poderá ser conhecida, seja por que tribunal for.

Pelo exposto, está arredado do poder de cognição deste Tribunal da Relação verificar se a autora omitiu alguma diligência prevista no *Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro* e se esse facto a impede de exercer o seu direito. De todo o modo sempre se dirá que, salvo melhor opinião, a autora está equivocada.

O artigo 4.º do referido diploma apenas condiciona à *prévia notificação, por escrito, do consumidor* do valor presumido do consumo irregularmente feito e à *informação ao consumidor dos seus direitos*, nomeadamente o de poder requerer à Direcção-Geral de Energia a vistoria prevista no artigo 5.º, o exercício do «*direito consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º*».

Ora em resultado da fraude no fornecimento da energia imputável ao consumidor, o artigo 3.º atribui dois direitos distintos ao distribuidor. Um encontra-se previsto na alínea a), é o direito de interromper o fornecimento de energia eléctrica, selando a respectiva entrada; o outro encontra-se previsto na alínea b): é o direito de ser ressarcido do valor do consumo irregularmente feito e das despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude e dos juros que estiverem estabelecidos para as dívidas activas do distribuidor.

Na acção a autora não reclama o direito de interromper o fornecimento, isto é, o direito da alínea a), reclama o direito ao preço da energia irregularmente consumida e despesas com a verificação e eliminação da fraude, ou seja, o direito da alínea b). Por conseguinte, o exercício desse direito não está condicionado pelas diligências prévias definidas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 328/90.

VII. Dispositivo:

Pelo exposto, acordam os juízes do Tribunal da Relação em **julgar o recurso parcialmente procedente e, em consequência, dando parcial provimento à apelação, alteram a decisão recorrida reduzindo o capital da condenação para €12.346,39 e mantendo-a no mais.**

Custas da acção e do recurso por ambas as partes na proporção do decaimento.

*

Porto, 13 de Maio de 2021.

*

Os Juízes Desembargadores

Aristides Rodrigues de Almeida (R.^{to} 618)

Francisca Mota Vieira

Paulo Dias da Silva

[a presente peça processual foi produzida com o uso de meios informáticos e tem assinaturas electrónicas qualificadas]

[1] Na fundamentação do referido Acórdão afirma-se com interesse para o caso e merecendo a nossa inteira concordância que «o valor devido em virtude deste consumo ilícito, aqui reclamado pela A., enquanto concessionária de serviço público (art.º 31º, n.º 1 do DL 29.2006, de 15.02)[..], não respeita a qualquer cobrança de valores relativos ao pagamento da prestação regular do serviço de fornecimento de energia eléctrica, mas antes à indemnização devida ao SEN (e que nele deverá ser revertida/repercutida) pelo valor correspondente à energia eléctrica ilicitamente consumida, em virtude da referida actuação fraudulenta e que não foi facturada pelos comercializadores contratualizados - ..., apenas facturaram e cobraram os consumos de energia que foram medidos e registados pelo contador instalado no referido LC (local de consumo), pelo operador de rede de distribuição, no âmbito dos respectivos contratos de fornecimento celebrados entre a Ré e os referidos comercializadores de energia. Foi essa energia, subtraída da rede eléctrica nacional, e não dos comercializadores contratualizados - pois nunca chegou a ser medida pelo equipamento de contagem, propriedade da A., instalado no referido LC, nem desta energia foi dado conhecimento aos respectivos comercializadores, para efeitos de facturação -, que a Ré integrou no seu património e não pagou. E a A., na qualidade de ORD, não foi desde logo remunerada pela totalidade dos encargos de uso rede e de

potência efectivamente devidos, pois os comercializadores em causa apenas cobraram parte da energia que a Ré consumiu.»