

Processo: 4630/21.9T8VNG.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: PEDRO DAMIÃO E CUNHA
Descritores: CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉCTRICA
CONSUMO FRAUDULENTO
CONSUMIDOR
Nº do Documento: RP202207134630/21.9T8VNG.P1
Data do Acórdão: 13-07-2022
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA EM PARTE
Indicações Eventuais: 5ª SECCÃO
Área Temática: .
Sumário:

I - Nos termos do artigo 1º, nº 2, do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22.10, o consumidor que recebe energia eléctrica através de um contador falseado responde, em termos extracontratuais, perante o distribuidor (operador de redes) pelo valor do consumo irregularmente feito, excepto se provar que a adulteração do contador não se deve a culpa sua.
II - Deve-se entender que este preceito legal não presume que o consumidor foi o autor do procedimento fraudulento, mas sim que 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.
III - 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.

Reclamações:
Decisão Texto Integral:

APELAÇÃO Nº 4630/21.9T8VNG.P1

Sumário (elaborado pelo Relator- art. 663º, nº 7 do CPC):

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

*

Comarca do Porto - Juízo Local Cível de Vila Nova de Gaia - Juiz 1

*

Acordam os Juízes do Tribunal da Relação do Porto.

I. RELATÓRIO.

Recorrente(s): - M..., SA.

*

E..., S. A. intentou acção declarativa com processo comum contra M..., SA., alegando, em síntese, que houve adulteração do mecanismo de contagem de electricidade do contador que liga a rede de distribuição de energia eléctrica ao imóvel da ré e que esta beneficiou do abastecimento de energia eléctrica e de potência superiores à contratada, que não foram pagas à autora.

Termina, formulando os seguintes pedidos:

“Nestes termos, nos mais de Direito deverá a presente acção declarativa de condenação ser julgada procedente, por provada, e, consequentemente:

i. Deverá a Ré ser condenada a pagar à Autora, a título de indemnização por factos ilícitos, a quantia de € 8.408,74 (oito mil quatrocentos e oito euros e setenta e quatro centimos) acrescida de juros vencidos e vincendos, calculados à taxa legal em vigor, contados desde a data da citação da Ré até efectivo e integral pagamento,

Ou, se assim não se entender,

ii. Deverá a Ré ser condenada a pagar à Autora, a título de restituição por enriquecimento sem causa, a quantia de € 8.336,64 (oito mil, trezentos e trinta e seis euros e sessenta e quatro centimos), acrescida de juros vencidos e vincendos, calculados à taxa legal em vigor, contados desde a data da citação da Ré até efectivo e integral pagamento”.

*

A ré contestou, pugnando pela improcedência da acção.

*

Foi elaborado despacho saneador, com identificação do objecto do litigio e dos temas da prova, que não mereceu reparo.

*

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento com observância de todas as formalidades legais, como da respectiva acta emerge.

*

De seguida, foi proferida a sentença, que constitui o objecto do presente Recurso, onde o Tribunal de 1ª Instância conclui com a seguinte decisão:

“...5. Decisão

Pelo exposto, julgo a presente acção parcialmente procedente, por provada, condenando a ré M..., SA, a pagar à autora E..., SA, a quantia de 8.349,28€, acrescida de juros, calculados à taxa legal em vigor, desde a data da citação até efectivo e integral pagamento....”.

*

É justamente desta decisão que a Ré/Recorrente veio interpor o presente **Recurso**, **concluindo as suas alegações da seguinte forma:**

“IV - DAS CONCLUSÕES:

I - DO OBJETO DO RECURSO

- 1.º A Recorrida intentou acção contra a ré, alegando, em síntese, que houve adulteração do mecanismo de contagem de electricidade do contador que liga a rede de distribuição de energia eléctrica ao imóvel da Recorrente.
 - 2.º Aduziu também que a Recorrente beneficiou do abastecimento de energia eléctrica e de potência superiores à contratada, que não foram pagas à Recorrida.
 - 3.º Procurando ressarcir-se, de forma enviesada, veio dizer ao Tribunal a quo que, havendo 3 fases e só tendo sido contabilizadas 2, teria direito a um valor proporcional àquela mesma 3.ª fase.
 - 4.º Não alegou que a dita 3.ª fase tivesse sido sequer utilizada...
 - 5.º Nem alegou que houvesse um equipamento que fosse “pendurado” nessa 3.ª fase...
 - 6.º Porém, o tribunal a quo deu por provado que no dia 12.06.2018 os técnicos da Recorrida verificaram uma violação do contador, que implicou a execução de uma operação material, designadamente no contador e respectivos selos.
 - 7.º Sem mais, concluiu dali o Tribunal que a dita violação “visou falsear a medição da energia eléctrica consumida.”
 - 8.º Mais, entendeu que assim se “permitiu à ré consumir energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência.”
 - 9.º Diz o Tribunal que a Recorrente beneficiou “de 8.277,18€, correspondente a 49.452 KWH de energia e potência, que não foram pagos à autora.”
 - 10.º Calculou que se por 2 fases foram gastos, por exemplo € 1.000,00, então, por uma 3.ª fase, seriam devidos € 500,00...
 - 11.º Podemos dizer que, com argumentação desta, uma das partes poderia ter muita sorte no julgamento e a outra muito azar... pois, na verdade, tanto a Recorrente podia ter consumido 1000 vezes mais energia que a “presumida”, como podia não ter gasto 1 cêntimo que fosse e, em qualquer dos casos, seria condenada em “qualquer coisa”...
 - 12.º Com o devido respeito, para assim se decidir, mais valia ter-se atirado uma moeda ao ar!
(... utilização de expressões desnecessárias e que não contendem com o objecto do recurso – cfr. art. 9º, nº 2 do CPC)
 - 14.º Retomando: embora o Tribunal a quo se tenha referido a que a Recorrida, por impositivo legal, deveria verificar a eventual ocorrência de variações abruptas no perfil de consumo da instalação e a data da última deslocação à instalação, com acesso ao equipamento de medição, depois, como que se esqueceu de o equacionar... isto pelo facto de, pelo contrário, ter ficado muito claro que jamais houve variações significativas, muito menos, abruptas!
- II - DO ERRO SOBRE A APRECIACÃO DA MATÉRIA DE FACTO
- 15.º Considera a Recorrente que o Tribunal de que se recorre não apreciou de forma correcta **os factos nºs 11, 12, 13 e 14 dos factos provados:** “(...)”
 - 16.º Após o contrato com a X..., sucedeu a esta a Recorrida, sendo que, na presente data, aquele se mantém em vigor e cumprido, de forma escrupulosa, pela Recorrente.
 - 17.º Foi a pedido da Recorrente que a Recorrida enviou uma equipa técnica à sede daquela a 12.06.2018.
 - 18.º Tal decorre, nomeadamente, dos depoimentos das testemunhas AA e BB supra transcritos e para os quais se remete.
 - 19.º E do depoimento da testemunha de BB (...) sob o registo n.º 20211209153524_15974588_2871620.wma, a 09.12.2021 com início às 15:35:25 e

termo às 15:40:59, o seguinte (...)

20.º Nestes termos, não tem qualquer sentido que o Tribunal desse como provado que a Recorrente “visou falsear a medição da energia eléctrica consumida”,

21.º Não se demonstrando que a Recorrente tivesse conhecimento da irregularidade existente no contador,

22.º E, muito menos, que fosse a própria que o tivesse provocado.

23.º Por outro lado, que sentido faria a Recorrente querer aumentar a potência contratada se naquele momento já consumiria energia de forma ilimitada?

24.º Ao mesmo tempo, não se compreende como pode o Tribunal valorar o depoimento da testemunha CC (...): 00.03.26 “... (...) a 00.06.06

25.º Isto quando o próprio não consegue explicar ao Tribunal como é que pode ter sido cobrado à Recorrente antes e depois da correcção da irregularidade os mesmos valores.

26.º Justificando o seu desconhecimento com a inacessibilidade à facturação emitida pelo comercializador ao consumidor: 00.10.16 “...: a...” 00.11.36

27.º Não se compreende, assim, como pode o Tribunal considerar o depoimento prestado por CC como decisivo quando o mesmo apresenta tanto desconhecimento.

28.º Do depoimento da testemunha AA (CJ) resulta: 00.08.30 a (...) 00.13.10

29.º A testemunha deixa claro que apenas pode ser calculado o valor dos consumos reais durante o período anómalo, se – e apenas se – se partir do pressuposto de que existe um equilíbrio entre as várias fases e se o consumo real efectuado se mantiver inalterado nos meses seguintes ao do suprimento da irregularidade.

30.º Não existem nos autos quaisquer elementos que demonstrem que antes ou depois do suprimento da irregularidade a Recorrente tenha consumido mais.

31.º Ao mesmo tempo, o tribunal desconsidera o depoimento prestado pela testemunha DD (...) do qual resulta que não é possível definir em concreto o momento em que ocorreu a desselagem.

32.º A testemunha revela que a menos que o consumidor reduza o consumo de energia os consumos registados após a correcção da irregularidade os valores do consumo apresentados não poderão ser idênticos aos do período anómalo.

33.º O que não permite de nenhuma forma ao Tribunal concluir que a Recorrente tenha efectivamente tido um aproveitamento no consumo de energia no período anterior ao da correcção da irregularidade.

34.º A constância dos valores facturados resulta directamente do depoimento da testemunha BB (...): 00.02.07: “...: a ” 00.04.33

35.º Dos depoimentos das testemunhas AA, DD e BB resulta assim **um erro de apreciação dos factos nºs 12, 13 e 14.**

36.º Uma vez que da prova produzida não resulta que a Recorrente tenha consumido energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo de potência,

37.º Nem se demonstra que efectivamente tenha a Recorrente beneficiado da energia e da potência que lhe são imputadas,

38.º Ou que a Recorrida tenha direito ao valor que peticiona.

*

III - DO ERRO DE JULGAMENTO DO DIREITO

39.º No contrato de fornecimento de energia eléctrica impende sobre o comercializador de energia eléctrica o cumprimento do dever de informação ao utente, em concreto a obrigação de emissão de facturação detalhada.

40.º Nos termos da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais: “...

2 - A factura a que se refere o número anterior deve ter uma periodicidade mensal, devendo discriminar os serviços prestados e as correspondentes tarifas.

3 - No caso do serviço de comunicações electrónicas, e a pedido do interessado, a factura deve traduzir com o maior pormenor possível os serviços prestados, sem prejuízo do legalmente estabelecido em matéria de salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações”

41.º Imposição reiterada no artigo 8.º da Lei n.º 5/2019, de 11 de Janeiro, que estabelece o regime de cumprimento do dever de informação do comercializador de energia ao consumidor, e que, nos termos dos nºs 2 a 4 do artigo 43.º do Regulamento das Relações Comerciais dos Sectores Eléctrico e do Gás, é realizada mediante leitura directa do equipamento de medição ou por ou por estimativa de valores de consumo.

42.º Como resulta dos depoimentos prestados pelas testemunhas BB e AA, as facturas recepcionadas ao longo dos anos mantiveram sempre valores próximos, não tendo ocorrido nenhuma variação na facturação emitida nos meses seguintes à detecção da irregularidade.

43.º A Recorrente não tinha, assim, como saber que poderia estar a consumir mais energia do aquela que efectivamente lhe estava a ser facturada.

44.º Ao mesmo tempo, determina o artigo 7.º do anexo à Portaria n.º 321/2019, de 19 de Setembro, que Aprova o Regulamento do Controlo Metrológico Legal dos Instrumentos de Medição que: “1 - A verificação periódica dos instrumentos de medição é anual, salvo no caso dos contadores de água, dos contadores de gás e instrumentos de conversão de volume e dos contadores de energia eléctrica activa, cuja periodicidade é a indicada no quadro n.º 1 constante do anexo ao presente Regulamento e que dele faz parte integrante...”

45.º Não resulta da prova produzida que a distribuidora de energia tenha cumprido com a verificação periódica dos instrumentos de medição anual conforme se impõe.

46.º Nesta linha, entendeu o TRIAVE - Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, em sentença proferida a 22 de Outubro de 2018, no processo n.º .../.../FL que: “a prova da realização do fornecimento (ou, simetricamente, do consumo) de energia eléctrica, e da correspondente quantidade real (a prova, pois, da realização e da real medida da prestação do fornecedor deste “serviço público essencial”), apenas pode fazer-se através de indicação constante de contador metrologicamente conforme, considerando quer os requisitos essenciais de colocação em serviço, quer as exigências de verificação periódica”.

47.º Nesta medida, não havendo verificação periódica, não poderia o Tribunal considerar que o fornecimento da energia foi prestado nos termos alegados.

48.º Por outro lado, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 328/90 estabelece-se uma presunção ilidível contra o consumidor, no sentido em que este é o presuntivo responsável por qualquer procedimento fraudulento.

49.º Na situação concreta, os valores da facturação mantiveram-se inalterados, o que, só por si, afasta a presunção de responsabilidade pelo procedimento fraudulento imputado à Recorrente.

50.º Ao mesmo tempo, e como decorre dos vários depoimentos, nomeadamente das testemunhas AA e BB, atendendo a que foi a Recorrente quem “chamou” a Recorrida ao local, não faz sentido presumir que tenha sido a própria a actuar ilicitamente.

51.º Acresce, ainda, que resulta do n.º 1 do artigo 6.º daquele diploma que: “Para a determinação do valor do consumo irregularmente feito ter-se-á em conta o tarifário aplicável, bem como todos os factos relevantes para a estimativa do consumo real durante o período em que o acto fraudulento se manteve, designadamente as características da instalação de utilização, o seu regime de funcionamento, as leituras antecedentes, se as houver, e as leituras posteriores, sempre que necessário.”

52.º Se da prova produzida resulta que as leituras efectuadas durante o período considerado anómalo pela Recorrida e as leituras efectuadas posteriormente apresentam valores semelhantes, é de entender que o consumo efectuado nos dois momentos terá valores idênticos,

53.º Pelo que não se compreende como é que a Recorrida imputa à Recorrente o consumo de energia eléctrica correspondente a 49.452 KWH.

54.º Ao mesmo tempo, resulta do ponto 31.2.1 do Guia de Medição Leitura e Disponibilização de Dados (GMLDD) que compete ao Operador de Rede fazer prova do período de tempo durante o qual procedimento fraudulento teve lugar.

55.º Sucede, contudo, que a Autora, ao invés de recorrer aos registos existentes, recorreu a uma fórmula de cálculo arbitrária:

“... foi elaborado o cálculo para o período de 36 meses, entre Julho de 2015 e Junho de 2018, sendo aplicado o factor multiplicador X 1,5 para apurar 1/3 dos consumos que não foram registados pelo contador trifásico devido a ter uma fase que não estava a registar consumo por estar invertida, concluindo-se ter a ré beneficiado de 8.277,18€, correspondente a 49.452 KWH de energia e potência que não foram pagos à autora.”

56.º Não se alcançando como pode o Tribunal a quo aceitar a presunção de que a irregularidade persistiu por 36 meses!

57.º Nem, muito menos, o porquê de se recorrer a um factor multiplicador de 1,5.

58.º Desde logo, se a Recorrida não fez prova de que a terceira fase tivesse um equipamento que fosse, como se pode deduzir que consumiu, precisamente, valor igual a metade das outras duas fases nesta terceira?...

59.º Por fim, a obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa pressupõe, a obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, não se tendo demonstrado que a Recorrente obteve qualquer vantagem patrimonial à custa da Recorrida que fundamente o direito à restituição.

60.º Assim, não existindo vantagem patrimonial da Recorrente, deve esta ser absolvida da condenação no pagamento de qualquer quantia à Recorrida.

Nestes termos e nos melhores de direito a serem supridos por V.as Ex.as, deverá a sentença posta em crise ser revogada por outra **em que se julguem não provados os factos constantes dos pontos nºs 11, 12, 13 e 14** e, em conformidade, promovida a substituição por decisão em que se julgue a acção improcedente, absolvendo-se a

Recorrente dos pedidos. (...)"

*

Devidamente notificada, a Autora não veio apresentar contra-alegações.

*

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

*

II- FUNDAMENTOS

O objecto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do recorrente, não podendo este Tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, a não ser que as mesmas sejam de conhecimento oficioso- cf. artigos 635.º, nº 4, e 639.º, nºs 1 e 2, do CPC.

*

No seguimento desta orientação, a Ré/Recorrente coloca as seguintes questões que importa apreciar:

I)- Impugnação da decisão sobre a matéria de facto:

- Saber se os factos constantes dos pontos nºs 11, 12, 13 e 14 devem ser julgados como não provados

*

II)- Saber se, sendo modificada a matéria de facto no sentido propugnado pela Recorrente, a acção deve ser julgada improcedente.

*

A) - FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A sentença proferida em 1ª instância julgou provados os seguintes factos:

“3. Fundamentação de facto (com interesse para a decisão a tomar)

3.1 Factos provados

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 do Porto.

2) Nessa qualidade de concessionária da rede de distribuição de energia eléctrica a autora procede à ligação à rede eléctrica pública 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) Os equipamentos de contagem aplicados nos diversos locais de consumo fazem parte integrante da rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão de serviço público.

4) A autora efectua habituais rondas de leitura, através de técnicos habilitados a vistoriar contadores, e procede à fiscalização das instalações de consumo, tendo em vista despistar a existência de eventuais ligações abusivas ou manipuladas à rede eléctrica.

5) O local de consumo com o n.º ..., corresponde à instalação de consumo sita na Rua ...,

6) A referida instalação é abastecida de energia eléctrica por força de um contrato de fornecimento de energia eléctrica, celebrado entre uma entidade comercializadora de energia e a ré.

7) Sendo que o último contrato iniciou os seus efeitos no dia 27/05/2019 e ainda se mantém em vigor.

8) E antes deste contrato, que se encontra actualmente em vigor, a ré havia celebrado um outro contrato de fornecimento de energia eléctrica com uma comercializadora que vigorou entre 04/05/2013 a 26/05/2019.

9) No dia 12.06.2018, no cumprimento da ordem de serviço número ... de “desselagem / selagem Equip. BTN”, a autora enviou uma equipa técnica ao local de consumo com o n.º ..., sita na Rua ...,

10) Chegados ao local referidos em 9), os técnicos da autora verificaram uma violação do contador, que implicou a execução de uma operação material, designadamente no contador e respectivos selos.

11) Que visou falsear a medição da energia eléctrica consumida.

12) E que permitiu à ré consumir energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência.

13) Nessa medida, beneficiando de 8.277,18€, correspondente a 49.452 KWH de energia e potência, que não foram pagos à autora.

14) A autora teve um custo de 72,10€ com encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia acima reportada.

*

3.2 Factos não provados

15) A ré beneficiou de 8.336,64€, correspondente a 49.918 KWH de energia e potência.

*

B) - FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

Compulsado o Recurso interposto, pode-se concluir que, como resulta do corpo das alegações e das respectivas conclusões, a Ré/ Recorrente, quanto aos pontos da matéria de facto que indica, deu cumprimento aos ónus impostos pelo artigo 640.º, nº 1, als. a), b) e c) do CPC, pois que faz referência aos concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados, indica os meios de prova que imporão uma decisão diferente e a decisão que, no seu entender, deveria sobre eles ter sido proferida.

Cumpridos aqueles ónus e, portanto, nada obstando ao conhecimento do objecto de recurso nesse segmento, há que verificar, pois, se se pode dar razão à Recorrente, quanto aos aludidos pontos da matéria de facto (pontos 11 a 14 dos factos provados). Importa, antes de entrar directamente na apreciação das discordâncias alegadas, referir qual deve ser o âmbito de apreciação da matéria de facto que incumbe ao Tribunal da Relação em sede de Recurso.

Na verdade, o âmbito dessa apreciação não contende com a ideia de que o Tribunal da Relação deve realizar, em sede de recurso, um novo julgamento na 2ª Instância, prescrevendo-se tão só “... a reapreciação dos concretos meios probatórios relativamente a determinados pontos de facto impugnados...”[1].

Assim, o legislador, no art. 662º, nº 1 do CPC, “... ao afirmar que a Relação aprecia as provas, atendendo a quaisquer elementos probatórios... pretende que a Relação faça novo julgamento da matéria de facto impugnada, vá à procura da sua própria convicção, assim se assegurando o duplo grau de jurisdição relativamente à matéria de facto em crise...”[2].

Destas considerações, resulta, de uma forma clara, que o âmbito da apreciação do Tribunal da Relação, em sede de impugnação da matéria de facto, estabelece-se de acordo com os seguintes parâmetros:

- a) o Tribunal da Relação só tem que se pronunciar sobre a matéria de facto impugnada pelo Recorrente;
- b) sobre essa matéria de facto impugnada, o Tribunal da Relação tem que realizar um novo julgamento;
- c) nesse novo julgamento o Tribunal da Relação forma a sua convicção de uma forma autónoma, mediante a reapreciação de todos os elementos probatórios que se mostrem acessíveis (e não só os indicados pelas partes)[3].

Dentro destes parâmetros, o Tribunal da Relação, assumindo-se como um verdadeiro Tribunal de Substituição[4], está em posição de proceder à reavaliação da matéria de facto especificamente impugnada pelo Recorrente, pelo que, neste âmbito, a sua actuação é praticamente idêntica à do Tribunal de primeira Instância, apenas cedendo nos factores da imediação e da oralidade.

Ora, contrariamente ao que sucede no sistema da prova legal, em que a conclusão probatória é prefixada legalmente, no sistema da livre apreciação da prova, o julgador detém a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos, objecto do julgamento, com base apenas no juízo que fundamenta no mérito objectivamente concreto do caso, na sua individualidade histórica, adquirido representativamente no processo.

“O que é necessário e imprescindível é que, no seu livre exercício de convicção, o tribunal indique os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela sobre o julgamento do facto como provado ou não provado”[5].

De facto, a lei determina expressamente a exigência de objectivação, através da imposição da fundamentação da matéria de facto, devendo o tribunal analisar criticamente as provas e especificar os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador (artigo 607.º, nº 4 do CPC).

Todavia, na reapreciação dos meios de prova, a Relação procede a novo julgamento da matéria de facto impugnada, em busca da sua própria convicção, desta forma assegurando o duplo grau de jurisdição sobre essa mesma matéria, com a mesma amplitude de poderes da 1.ª instância[6].

Impõe-se-lhe, assim, que “analise criticamente as provas indicadas em fundamento da impugnação, quer a testemunhal, quer a documental, conjugando-as entre si, contextualizando-se, se necessário, no âmbito da demais prova disponível, de modo a formar a sua própria e autónoma convicção, que deve ser fundamentada”[7].

Importa, porém, não esquecer porque, como atrás se referiu, se mantêm vigorantes os

princípios da imediação, da oralidade, da concentração e da livre apreciação da prova e guiando-se o julgamento humano por padrões de probabilidade e nunca de certeza absoluta, o uso, pela Relação, dos poderes de alteração da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto **só deve ser usado** quando seja possível, com a necessária segurança, concluir pela existência de erro de apreciação relativamente a concretos pontos de facto impugnados.

Assim, a alteração da matéria de facto **só deve ser efectuada** pelo Tribunal da Relação quando este Tribunal, depois de proceder à audição efectiva da prova gravada- quando nessa prova se funde o recurso-, conclua, com a necessária segurança[8], no sentido de que os depoimentos prestados em audiência, conjugados com a restante prova produzida, apontam em direcção diversa, e delimitaram uma conclusão diferente daquela que vingou na primeira Instância.

Como voltam a reiterar na sua última obra os Profs. Lebre de Freitas/Ribeiro Mendes/ Isabel Alexandre[9], a posição que exige a existência de “razões **fortes** para a modificação da decisão de facto”, “*é preferível e assenta na observação realista de que, sendo verdade um conceito de relação entre a realidade e a mente que a capta, o reconhecimento da subjectividade da convicção, ainda que com limites, implica que a uma convicção **razoável** não deve a Relação substituir uma outra, igualmente possível, mas formada na ausência dos elementos presenciais que podem ter levado à formação da primeira. O **princípio da imediação** é um princípio processual geral a respeitar e as consequências dele extraídas só devem ser afastadas quando tenha sido mal usado, não quando a Relação pareça, ouvida a gravação, que outra é mais plausível. Neste caso o que a Relação pode – deve – fazer é determinar a renovação dos meios de prova, nos termos do art. 662º, nº 2, al. a) CPC, a fim de, sem ofensa do princípio da imediação, resolver as dúvidas que tenha quanto ao apuramento da verdade. A Relação não deixa assim de actuar como **tribunal de substituição**; mas para se substituir à 1ª instância na nova apreciação crítica da prova, tem de criar condições de igualdade com esta na observação **directa** da fonte da prova” (bold dos próprios Autores)”.*

*

Tendo presentes estes princípios orientadores, vejamos agora se assiste razão à Ré apelante, neste segmento do recurso da impugnação da matéria de facto, nos termos por ela pretendidos.

Conforme já se referiu, importa que o Tribunal se pronuncie sobre a impugnação da matéria de facto, fundada no alegado erro na apreciação da prova.

*

Importa, pois, que o presente Tribunal se pronuncie sobre a seguinte matéria de facto:
- Saber se os factos constantes dos pontos nºs 11, 12, 13 e 14 devem ser julgados como não provados

*

Aí ficaram mencionados os seguintes factos:

“11) (Tendo-se deslocado ao local nas circunstâncias descritas nos pontos anteriores, os técnicos da Autora verificaram uma violação do contador...) Que visou falsear a medição da energia eléctrica consumida.

12) E que permitiu à ré consumir energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência.

13) Nessa medida, beneficiando de 8.277,18€, correspondente a 49.452 KWH de energia e potência, que não foram pagos à autora.

14) A autora teve um custo de 72,10€ com encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia acima reportada.

*

Quanto a esta matéria de facto, o Tribunal Recorrido apresentou a seguinte fundamentação:

“3.3 Motivação

O Tribunal considerou a prova documental junta pela autora com a petição inicial, concretamente o auto de vistoria e a ordem de serviço BTN juntos com a petição inicial, que aludem à inspecção efectuada ao contador da ré, concretizando o primeiro que a placa de bornes estava desselada, com fase L1 invertida, ligada ao consumo e que não regista o consumo.

O significado disto foi bem explicado **pela testemunha AA**, funcionário da autora, que explicou que os cabos estavam trocados, o cabo de entrada estava ligada à saída e o de saída à entrada, fazendo com que a energia passasse mas o consumo não era contado, mostrando-se essa situação retractada nas três primeiras fotografias juntas com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136802) e na segunda fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136854), devendo estar, após a intervenção dos técnicos da autora, conforme consta da terceira

fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136854) e na primeira fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136905).

O depoimento desta testemunha foi ainda considerado para efeitos de confirmar a inspecção da autora ao contador da ré, tendo estado presente, tendo ainda aludido à forma de cálculo do consumo de que a ré beneficiou.

O depoimento prestado por **EE** foi igualmente considerado, se bem que revestiu menor importância, tendo esta testemunha praticamente se limitado a confirmar a inspecção ao local de consumo da ré, na qual também esteve presente.

Decisivo foi o depoimento prestado por **CC**, que explicou a forma como a autora calculou a energia de que a ré beneficiou por força da adulteração ao contador, dizendo que foi considerado um período de tempo de 36 meses de consumos registados pelo contador, ou seja, entre 12/07/2015 e 11/06/2018 (sendo este o dia anterior ao levantamento do auto), ao qual é aplicado um factor de correcção de multiplicação de 1,5 para apuramento do 1/3 dos consumos que não foram registados pelo contador por ter uma fase invertida que não estava a registar o consumo.

Acrescentou esta testemunha que neste período de tempo não existe baixa notória de consumo, concluindo que a anomalia deverá ser anterior àqueles 36 meses, chegando ao valor de 49.918 kwh que multiplicados pelo valor de energia em 2018 ascendia a 8.336,64€.

O cálculo a que a testemunha alude mostra-se documentado no requerimento electrónico, datado de 11/06/2021, com a referência 39136905, **sob documento n.º 6**, sendo certo que efectuadas as contas entre o que foi facturado e o que deveria ter sido facturado conforme consta desse documento chega-se aos valores de 49.452 KWH (o que foi facturado foi um consumo de 98,915 kwh e deveria ter sido facturado um consumo de 148,477kwh, sendo 49.452 kwh a diferença entre os dois), o que corresponde a um benefício de 8.277,18€ (e não de 8.336,64€), daí a resposta do Tribunal aos factos 13) e 15).

Esta **testemunha** referiu ainda que a autora teve um custo de 72,10€ em encargos com a detecção e tratamento da adulteração, valor que se admite razoável face à explicação do que a testemunha **AA** explicou que fizeram, sabendo que dois funcionários da autora se deslocaram ao local de consumo da ré, mostrando-se esse valor reflectido na carta que a autora escreveu à ré e que consta **do documento n.º 7** junto com o requerimento electrónico, datado de 11/06/2021, com a referência 39136905.

Foi ainda considerado o depoimento prestado por **DD**, funcionário da autora, embora esta testemunha praticamente se tenha limitado a abordar o **documento n.º 5** junto pela autora com o requerimento electrónico, datado de 11/06/2021, com a referência 39136905, procurando destringir diferenças nos consumos diários da ré, conseguindo-se encontrar algumas diferenças, se bem que não assinaláveis, salvo a partir de 2019 que são superiores, o que vai ao encontro do exposto pela testemunha **CC** quando referiu que a anomalia já deveria ser anterior, uma vez que nos 36 meses anteriores à inspecção não existia baixa notória de consumo.

O Tribunal considerou os depoimentos prestados por **FF e GG**, ambas funcionárias da ré, que disseram apenas que o consumo de energia eléctrica da ré é mais ou menos estável, pagando contas na ordem dos 1.100€/1.200€ mensais, se bem que o que disseram não infirmou a prova de que o contador da ré não estivesse adulterado, com os cabos trocados, estando o cabo de entrada ligado à saída e o de saída à entrada, fazendo com que a energia passasse mas o consumo não era contado.

Os demais documentos juntos ao processo foram considerados, se bem que do que deles resulta não justifica uma palavra em particular.”.

*

Cumpre decidir.

Podemos constatar que a factualidade questionada contende, em geral, com os seguintes temas probatórios:

- saber se houve uma violação do contador com o objectivo de falsear a medição da energia eléctrica consumida.
- e se, na sequência dessa violação, a Ré consumiu energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência, beneficiando de 8.277,18€, correspondente a 49.452 KWH de energia e potência, que não foram pagos à autora.

(está ainda em discussão se a autora teve um custo de 72,10€ com encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia acima reportada – embora, em bom rigor, a recorrente acabe por não se insurgir contra esta matéria de facto, limitando-se, no fundo, a impugnar que tais despesas lhe possam ser imputadas).

*

O tribunal recorrido, ponderando toda a prova produzida, e fazendo a sua análise

crítica, considerou, pelas razões atrás expostas, que os factos impugnados deviam ser julgados provados.

Não é esse o entendimento da Recorrente, pois que defende que tais factos devem ser julgados como não provados por força da ponderação conjugada dos depoimentos das testemunhas **AA, DD e BB**.

Invoca, pois, a recorrente, uma diferente valoração da mesma prova que fundamentou o julgamento do tribunal recorrido.

Julga-se liminarmente que a recorrente incorre num equívoco, pois que a sua impugnação se dirige contra factualidade que não se mostra mencionada nos factos aqui em discussão.

Na verdade, nos pontos 10, 11 e 12 dos factos provados, o tribunal apenas considerou provada uma questão eminentemente técnica, qual seja a de que os técnicos da Autora (as testemunhas **AA e EE**), que se deslocaram ao local para fazer a Inspeção da instalação **constataram existir**:

- uma violação do contador que visou falsear a medição da energia eléctrica consumida;

Essa constatação mostra-se plenamente explicada pelas testemunhas arroladas pela Autora (as citadas testemunhas **AA, e EE** – e corroborada **pelas testemunhas CC e DD**), sendo que, em termos técnicos, também não ficam quaisquer dúvidas do depoimento das testemunhas indicadas que as operações realizadas no contador tiveram como consequência que a Ré podia consumir energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência.

V., por exemplo,

- o depoimento da testemunha **CC** que explicou que *“uma fase invertida quer dizer que há uma fase que não está a contar; basicamente temos uma situação em que estamos a contar 2/3 da energia que é consumida pelas instalações (...) isso não inibe a passagem da energia, mas inibe a contagem (...) no período anómalo (até à correcção) o equipamento consumia 90 Kw por dia ... (depois da correcção) esta instalação chegou a registar 117 kw por dia (...)”* e depois explicitou, de uma forma pormenorizada, como efectuaram o cálculo do prejuízo (parte transcrita nas alegações da recorrente) de uma forma convincente.

- o depoimento da testemunha **AA** que explicou que (...) *“fomos ao local e quando lá chegamos verificamos que o contador e disjuntor estavam desselados nas tampas de terminais e abrimos a tampa do contador e verificamos que a primeira fase, a fase 1 ou r que estava invertida ou seja estava ligada a entrada na saída e a saída na entrada (estava invertida) (compulsadas as fotografia que foram inclusivamente tiradas pela testemunha o mesmo acrescentou:) “na primeira fase a saída está ligada no parafuso de entrada e a entrada no parafuso de saída depois as outras já estão correctas (...) deviam estar assim (aludindo a outra fotografia) como eu pus depois, pois nós repusemos a situação a seguir (...); (depois de explicar o que teira sucedido nos contadores antigos, referiu que:” Nestes contadores novos quando está invertido não conta – portanto a parte digital não anda para trás (como sucedia nos contadores antigos) – portanto aqui só teríamos duas fases a fazer o registo e esta fase consumia energia para o interior, mas não registava o consumo (o que significa que “o registo não é o real consumo”) (...)”* (nada soube dizer quanto ao prejuízo).

- a testemunha **EE** que prestou um depoimento idêntico ao da anterior testemunha relativamente às constatações a que chegaram quando realizou a inspeção das instalações da Ré.

*

Como se referiu, a Autora logrou provar toda esta factualidade que contedia com uma apreciação técnica da situação em que se encontrava o equipamento.

Contra este juízo eminentemente técnico, a Ré não apresentou qualquer meio de prova que pudesse pôr em causa estas conclusões que os técnicos da Autora apresentaram, conclusões que aliás, à luz das regras da experiência comum, resultam plenamente convincentes (face à descrição da adulteração constatada e as fotografias juntas aos autos).

A invocação de que não existem quaisquer elementos que demonstrem que antes ou depois do suprimento da irregularidade, a Recorrente tenha tido um valor das facturas idêntico, e o apuramento da veracidade de tal afirmação, dentro desta realidade eminentemente técnica, acaba assim por ser irrelevante.

De resto, tendo em conta a adulteração existente seria impossível determinar, com rigor, o consumo real pré-existente à detecção da violação do contador, pois que, obviamente, se este se mostrava adulterado (porque os cabos estavam trocados, o cabo de entrada estava ligado à saída e o de saída à entrada, fazendo com que a energia passasse, mas o consumo não era contado) tal medição do consumo não podia ser realizada (era justamente esse o objectivo da adulteração).

Nesta conformidade, a argumentação da recorrente retirada dos depoimentos das testemunhas por si arroladas, de onde decorreria a conclusão de que o valor das facturas (que não os do consumo, como evidenciou a testemunha **CC**) se mantiveram iguais (antes e depois da detecção da adulteração) não pode colocar em causa o juízo eminentemente técnico efectivado pelos técnicos da Autora que se deslocaram ao local no sentido de efectuar a inspecção da instalação da Ré.

De resto, importa dizer que a própria legislação aplicável ao caso concreto – a que mais à frente voltaremos – permitia que a Ré pudesse ter posto em causa esta factualidade **através de um meio igualmente técnico** que se encontra previsto no art. 5º do Dec.-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro[11].

Com efeito, está aí previsto que quando o consumidor entenda “*não ter cometido qualquer fraude, poderá requerer à Direcção-Geral de Energia, sem prejuízo do direito de recorrer aos tribunais, a vistoria da instalação eléctrica, a qual será sempre realizada no prazo máximo de 48 horas*” (art.º 5.º, n.º 2), sendo que se o resultado desta vistoria for favorável ao consumidor (concluindo-se na mesma que inexistiu procedimento fraudulento) é ordenado “*ao distribuidor o imediato restabelecimento do fornecimento de energia eléctrica, tendo, neste caso, o distribuidor o dever de indemnizar o consumidor pelos prejuízos causados.*” (art.º 5.º, n.º 3).

Ora, nada disto a Ré demonstrou ter efectuado, limitando-se a impugnar esta factualidade de carácter eminentemente técnico, com a invocação do depoimento das testemunhas por si arroladas que, evidentemente, não tinham quaisquer conhecimentos técnicos que lhes permitissem pôr em causa a conclusão técnica das testemunhas da Autora e o auto de inspecção que elaboraram.

Nesta conformidade, salvo o devido respeito pela opinião contrária, a recorrente não apresentou durante o julgamento em primeira instância, nem apresenta, agora, qualquer meio de prova que possa pôr em causa o aludido juízo técnico formulado pelas testemunhas da Autora, não podendo, por isso, o julgamento efectuado pelo tribunal recorrido, quanto a esta factualidade, deixar de ser confirmado.

A nosso ver, decorre, pois, da (única) prova produzida (a já indicada) que:

- os técnicos da Autora ao deslocarem-se ao local verificaram uma violação do contador que falseava a medição da energia eléctrica consumida (“os cabos estavam trocados, o cabo de entrada estava ligada à saída e o de saída à entrada, fazendo com que a energia passasse, mas o consumo não era contado, mostrando-se essa situação retractada nas três primeiras fotografias juntas com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136802) e na segunda fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136854), devendo estar, após a intervenção dos técnicos da autora, conforme consta da terceira fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136854) e na primeira fotografia junta com o requerimento electrónico de 11/06/2021 (referência 39136905))

- E que essa violação fraudulenta do contador permitia à ré consumir energia de forma ilimitada e sem qualquer controlo ao nível de potência (era essa a consequência técnica da identificada alteração, consequência essa contra a qual a Ré não apresentou qualquer meio de prova com valor técnico, pelo menos, equivalente). Improcede, assim, sem necessidade de mais alongadas considerações, esta parte da impugnação.

Entremos agora na impugnação deduzida contra os pontos 13 e 14 dos factos provados.

Ora, a verdade é que os cálculos que, na sequência das constatações anteriores, foram realizados pela Autora também não foram postos em causa pela Ré por qualquer meio de prova credível.

Como decorre dos esclarecimentos prestados pelas testemunhas da Autora – e decorre do disposto na legislação aplicável – tais cálculos tiveram em consideração a forma como a lei determina como esses cálculos devem ser efectuados em situações de fraude.

Com efeito, como a Autora explicitou na petição inicial (e como esclareceram as **testemunhas por si arroladas**) no cálculo efectuado, a Autora teve em conta os critérios previstos nas Directivas n.º 5/2016 e n.º 11/2016[12] da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos – ERSE - que consagram os termos e critérios para apuramento do prejuízo emergente de procedimento fraudulento, entendido como “qualquer apropriação irregular de energia eléctrica”.

Assim, em obediência ao disposto no 2.º parágrafo, do ponto 31.2.1 da Secção IV, da Directiva n.º 5/2016, de 26 de Fevereiro, da ERSE[13] e ao apurado, a Autora considerou um período de utilização ilícita obtido por referência à data da vistoria e compreendido entre 12-06-2015 a 11-06-2018, com base nos consumos registados – cfr. histórico de leituras junto como doc. n.º 5 - requerimento eletrónico, datado de 11/06/2021.

Nessa sequência, como ficou demonstrado, foi elaborado o cálculo para o período de 36 meses, com base nos consumos registados pelo contador entre 14-07-2015 e 12-06-2018 (data da realização da inspecção – v. ponto 9), sendo aplicado o factor multiplicador X 1,5 para apurar **1/3 dos consumos** que não foram registados pelo contador **devido a ter uma fase (das três existentes) que não estava a registar consumo por estar invertida** (cfr. documento n.º 6 - requerimento eletrónico, datado de 11/06/2021).

Finalmente, os encargos administrativos alegados corresponderiam às diligências levadas a cabo pelos técnicos para efeitos de inspecção e regularização da instalação, designadamente correcção das ligações, com respectiva selagem.

O ressarcimento dos encargos administrativos está expressamente previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro, sendo que tal normativo prevê que a Autora seja ressarcida das *“despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude”* – v., no entanto, a conclusão a que chegaremos mais à frente. Como bem entendeu o tribunal recorrido, resulta plausível o valor reclamado pela Autora (€ 72,10 – ponto 14 dos factos provados) a este título *“face à explicação do que a testemunha AA explicou que fizeram, sabendo que dois funcionários da autora se deslocaram ao local de consumo da ré, mostrando-se esse valor reflectido na carta que a autora escreveu à ré e que consta do documento n.º 7 junto com o requerimento eletrónico, datado de 11/06/2021, com a referência 39136905”*.

Nessa medida, também não se vislumbra que o tribunal recorrido tenha cometido qualquer erro de julgamento quanto à factualidade constante do ponto 13 dos factos provados nem, finalmente, quanto ao ponto 14, até porque a recorrente não indica qualquer argumento no sentido de pôr em causa os custos alegados pela Autora quanto aos encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia constatada.

Tais custos, tal como decorre da fundamentação apresentada pelo tribunal recorrido, mostram-se, aliás, plenamente comprovados, seja pelo depoimento das testemunhas indicadas (confirmação da presença na inspecção), seja através da prova documental. Improcede, pois, também esta parte da impugnação.

*

De todas estas considerações decorre, assim, a conclusão de que não se pode reconhecer a existência de qualquer erro de julgamento quanto à matéria impugnada, já que, conforme decorre do exposto, a fundamentação apresentada pelo Tribunal recorrido não foi posta em causa pela recorrente, ou pelo menos, não o foi de forma a que tal erro possa aqui ser reconhecido.

Na verdade, tal como atrás evidenciamos, torna-se evidente que o Tribunal Recorrido ponderou devidamente a prova produzida, não se lhe podendo imputar, pelas razões expostas, qualquer erro de julgamento no que concerne aos factos aqui impugnados. Nesta conformidade, conclui-se, pois, que a decisão da matéria de facto proferida pela Primeira Instância não merece qualquer censura, na medida em que não só cumpriu as regras de prova que se impunham cumprir, como também, porque procedeu de acordo com o disposto no art. 607º do CPC, a uma análise bem fundamentada e crítica dos meios de prova produzidos no sentido já explanado, análise crítica essa que o presente Tribunal aqui renovou, quanto aos pontos da matéria de facto postos em crise pela Recorrente, e que aqui se confirmam integralmente no sentido do decidido pelo Tribunal de Primeira Instância.

*

Aqui chegados, e uma vez que a matéria de facto se manteve inalterada, fica evidente que têm que se considerar prejudicadas todas as conclusões apresentadas pela Recorrente que, em termos de mérito, decorriam das peticionadas alterações da matéria de facto que aqui não foram acolhidas.

No entanto, isso não quer dizer que possamos subscrever integralmente o enquadramento jurídico propugnado pelo tribunal recorrido que optou por condenar a Ré pela via do enriquecimento sem causa (arts. 473º e ss. do CC), conforme havia peticionado em termos subsidiários a Autora.

Julga-se, no entanto, que a solução jurídica pode antes ser encontrada na responsabilidade civil extracontratual pela prática de factos ilícitos (arts. 483º e ss. do CC), pois que, salvo o devido respeito pela opinião contrária, se nos afigura que estão preenchidos todos os pressupostos legais de afirmação de tal responsabilidade[14]. O Decreto-Lei nº 328/90 de 22 de Outubro refere no seu preâmbulo:

“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 conseqüente fuga ao pagamento dos consumos reais”, designadamente através da viciação dos aparelhos de medição pelo que é “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.”.

Dispõe o art. 1º, nº 1 deste diploma que “Constitui violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica[15] 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 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”.

E o nº 2 deste preceito: “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**” – presunção juris tantum de responsabilidade do consumidor perante o distribuidor.

O nº 2 do art. 1º do Decreto-Lei nº 328/90 de 22 de Outubro, diploma que regula as medidas adequadas à erradicação de práticas fraudulentas quanto ao consumo de energia eléctrica, prevê **uma presunção juris tantum, imputável ao respectivo consumidor**, nos termos da qual “... 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”. Com esta presunção pretende-se desincentivar as práticas de consumo fraudulento na certeza que, segundo as regras da experiência, apenas o consumidor beneficia da viciação dos contadores.

Acompanhamos o entendimento de que não se trata propriamente de uma presunção de autoria do procedimento fraudulento, **mas sim de uma presunção (de ilicitude e culpa) de responsabilidade do consumidor perante o distribuidor** – neste sentido vide Ac. da R.P. de 13/05/2021 (Aristides Rodrigues de Almeida), in www.dgsi.pt onde se refere o seguinte:

“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 (da decisão recorrida), 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. Assim, a distribuidora de energia **tem apenas** o ónus da prova que o equipamento de contagem foi objecto de intervenção fraudulenta incumbindo, por sua vez, ao consumidor, em face da acima referida presunção legal, o ónus da prova do contrário, que tal intervenção não é imputável por ser devida a motivo estranho à sua vontade (ex. caso de força maior) ou a acto praticado por terceiro (... e mais à frente...).

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.”

*

Revertendo para o caso concreto, pode-se constatar que não ficou provado que tenha sido a Ré quem violou o contador, uma vez que inexistente qualquer prova nesse sentido (daí, como vimos, o acerto da decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto a esta matéria de facto).

Mas a Autora logrou provar que o equipamento de contagem que serve aquele consumidor foi objecto de uma intervenção fraudulenta.

Assim, sendo incumbida à Ré o ónus de provar que essa intervenção não resultou de culpa sua, pois que sobre ela recaia a citada presunção[16].

Ora, a verdade é que a Ré não logrou provar que assim (não) sucedeu, ou seja que tenham sido terceiros a efectuar essa fraude ou que o contador tenha sido manipulado por outro motivo.

Nesta conformidade, pode a Ré ser considerada presumida responsável da intervenção fraudulenta constatada pela Autora, pois que a Ré não logrou ilidir tal presunção, atenta a factualidade considerada provada.

Aqui chegados, não podemos, no entanto, acompanhar a decisão recorrida na parte em que condenou a Ré no pagamento das despesas administrativas, pois que no caso de a adulteração não poder ser imputada ao consumidor, o distribuidor apenas tem direito a ser ressarcido do valor do consumo irregularmente feito pelo consumidor cfr. artigo 3.º, n.º 2, do citado diploma.

Ou seja, “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 “ – como se concluiu no Ac. da RP que vimos acompanhando -, as quais, no caso, ascenderam a 72,10€ com encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia acima reportada, quantia a que, pelas razões expostas, a Ré não pode, assim, ser condenada a ressarcir a Autora.

Nesta conformidade, tendo em conta o exposto, julga-se que a sentença recorrida deve ser parcialmente revogada nessa parte, mantendo-se, no entanto, a condenação da Ré no que concerne aos valores a que a Autora tem direito para ser ressarcida do valor do consumo irregular apurado (nos termos acima referidos) que pode ser presumidamente imputado à Ré nos termos dos citados dispositivos legais.

Pelo exposto, ainda que com fundamento diferente (mas acolhendo parcialmente o pedido principal da Autora), mantém-se a condenação da Ré a ressarcir a Autora do montante global de 8.277,18 € (oito mil duzentos e setenta e sete euros e dezoito cêntimos), correspondentes ao valor do consumo irregularmente feito pelo consumidor.

De qualquer forma, como já decorre do exposto, este direito ao ressarcimento do consumo irregularmente feito, não estando, como vimos, dependente de ter sido o próprio consumidor a executar o procedimento fraudulento sobre o aparelho de medição, tem subjacente a si a ideia de que se tal mecanismo legal não estivesse previsto 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 – como acabou por concluir o tribunal recorrido.

Procede, pois, parcialmente o recurso.

*

III-DECISÃO

Pelos fundamentos acima expostos, acordam os Juízes deste 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 8.277,18 € (oito mil duzentos e setenta e sete euros e dezoito cêntimos) e mantendo-a no mais.

*

Custas por ambas as partes na proporção do decaimento.

*

Notifique.

*

Porto, 13 Julho de 2022

(assinado digitalmente)

Pedro Damião e Cunha
Fátima Andrade
Eugénia Cunha

[1] Abrantes Gerales, In “Recursos no Novo Código de Processo Civil “, pág. 133;

[2] v. Ac. do STJ de 24.9.2013 (relator: Azevedo Ramos) publicado na DGSi e comentado por Teixeira de Sousa, in “Cadernos de Direito Privado”, nº 44, págs. 29 e ss.;

[3] Pode inclusivamente, verificados determinados requisitos, ordenar a renovação da prova (art. 662º, nº2, al a) do CPC) e ordenar a produção de novos meios de prova (al b));

[4] Abrantes Gerales, In “Recursos no Novo Código de Processo Civil”, pág. 266 “A Relação actua como Tribunal de substituição quando o recurso se funda na errada apreciação dos meios de prova produzidos, caso em que se substitui ao tribunal de primeira Instância e procede à valoração autónoma dos meios de prova. Confrontada com os mesmos elementos com que o Tribunal a quo se defrontou, ainda que em circunstâncias não totalmente coincidentes, está em posição de formular sobre os mesmos um juízo valorativo de confirmação ou alteração da decisão recorrida...”;

[5] Miguel Teixeira de Sousa in “Estudos Sobre o Novo Processo Civil”, Lex, 1997, p. 348.

[6] Cfr. acórdãos do STJ de 19/10/2004, CJ, STJ, Ano XII, tomo III, pág. 72; de 22/2/2011, CJ, STJ, Ano XIX, tomo I, pág. 76; e de 24/9/2013, disponível em www.dgsi.pt.

[7] Cfr. Ac. do S.T.J. de 3/11/2009, disponível em www.dgsi.pt.

[8] Segundo Ana Luísa Gerales, in “Impugnação e reapreciação da decisão sobre a matéria de facto” (nos Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Lebre de Freitas) Vol. I, pág. 609 “Em caso de dúvida, face a depoimentos contraditórios entre si e à fragilidade da prova produzida, deverá prevalecer a decisão proferida pela primeira Instância em observância aos princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova, com a consequente improcedência do recurso nesta parte...”; no mesmo sentido, v. Miguel Teixeira de Sousa, in “Blog IPPC” (jurisprudência 623- anotação ao ac. da RC de 7/2/2017) onde refere: “É verdade que os elementos de que a Relação dispõe não coincidem -- nomeadamente, em termos de imediação -- com aqueles que a 1.ª instância tinha ao dispor para formar a convicção sobre a prova do facto. No entanto, isso não significa que, como, aliás, o STJ tem unanimemente entendido, nem que a Relação esteja dispensada de formar uma convicção própria sobre a prova do facto, nem que funcione uma presunção de correcção da decisão recorrida. Importa, pois, verificar quais os elementos que devem ser considerados pela Relação para a formação da sua convicção sobre a prova produzida. Quanto a estes elementos, há uma diferença entre a 1.ª instância e a Relação: a 1.ª instância apenas dispõe dos meios de prova; a Relação dispõe daqueles meios e ainda da decisão da 1.ª instância. Como é claro, esta decisão, cuja correcção incumbe à Relação controlar, não pode ser ignorada por esta 2.ª instância. É neste sentido que se pode afirmar que, no juízo sobre a confirmação ou a revogação da decisão da 1.ª instância, a Relação pode utilizar um critério de razoabilidade ou de aceitabilidade dessa decisão. Este critério conduz a confirmar a decisão recorrida, não apenas quando for indiscutível que a mesma é correcta, mas também quando aquela se situar numa margem de razoabilidade ou de aceitabilidade reconhecida pela Relação. Correspondentemente, a decisão deve ser revogada se a mesma se situar fora desta margem.”;

[9] In “CPC anotado”, 3ª edição (2022), pág.175.

[10] Como se refere no ac. da RG de 26.4.2018 (relator: Maria Purificação de Carvalho), in Dgsi.pt: “O erro na apreciação das provas consiste em o tribunal ter dado como provado ou não provado determinado facto quando a conclusão

deveria ter sido manifestamente contrária, seja por força de uma incongruência lógica, seja por ofender princípios ou leis científicas, nomeadamente das ciências da natureza e das ciências físicas ou contrariar princípios gerais da experiência comum (sendo em todos os casos o erro mesmo notório ou evidente), seja também quando a apreciação e valoração das provas produzidas apontarem num sentido diverso do acolhido pela decisão judicial mas excluindo este”.

[11] Em termos da jurisprudência, tem surgido a questão – não levantada pela Recorrente - de saber se o distribuidor não deveria informar o consumidor desta faculdade de requerer esta (contra-)vistoria e as consequências do não cumprimento desse dever de informação – v. por ex. o ac. da RG de 13.1.2022 (relator: Margarida Fernandes), in dgsi.pt. No entanto, além desta questão não ter sido levantada pela Recorrente, a verdade é que tal dever de informação não se impunha à aqui Autora, uma vez que, no caso concreto, esta não optou por interromper o fornecimento de energia eléctrica, selando a respectiva entrada (tendo apenas solicitado o ressarcimento dos valores do consumo irregularmente efectuado e das despesas associadas). Como se refere no ac. da RP de 13.5.2021 (relator: Aristides Almeida), in dgsi.pt: “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” - conclusão a que aqui também chegaríamos. No mesmo sentido se pronunciaram também os Acs. do STJ de 14/10/2003 (Relator: Camilo Moreira) e Ac. da RC de 03/11/2020 (Relator: Carlos Moreira). Com interesse, v. ainda o ac. do STJ de 10.5.2016 (relator: Gabriel Catarino – aqui, numa situação em que a Autora optou pela interrupção do fornecimento da energia eléctrica) - acórdãos disponíveis em dgsi.pt.

[12] Directiva publicada no Diário da República 2.ª série — N.º 111 — 9 de Junho de 2016, de onde consta o ANEXO II relativo aos “Valores de consumo médio anual e desvios padrão a considerar nos procedimentos fraudulentos” – v. quadro aí mencionado.

[13] Directiva (publicada no Diário da República 2.ª série — N.º 40 — 26 de Fevereiro de 2016) que tem a seguinte redacção: “31.2 Determinação do consumo de energia eléctrica associado a procedimento fraudulento 31.2.1 Período de tempo: Uma vez comprovada a existência de procedimento fraudulento, compete ao ORD fazer prova do período de tempo durante o qual este teve lugar. Para o efeito, o ORD deverá verificar, entre outras situações, a eventual ocorrência de variações abruptas no perfil de consumo da instalação e a data da última deslocação à instalação, com acesso ao equipamento de medição. O período de tempo apurado ficará sempre condicionado pela data de início do contrato do titular a quem for imputada a responsabilidade pela prática de procedimento fraudulento, se existir contrato, não podendo, em qualquer caso, ser superior a 36 meses. 31.2.2 Consumo 31.2.2.1 Energia Quando existirem evidências claras e registos fiáveis nos equipamentos de medição da energia eléctrica consumida associada ao procedimento fraudulento, serão considerados os dados assim apurados e o respectivo histórico. Deverão ainda ser considerados, quando existam, os registos da recolha remota do diagrama de carga e dos diagramas vectoriais de tensão e corrente do equipamento de medição da instalação de consumo. Quando não existirem evidências claras nem registos fiáveis nos equipamentos de medição da energia eléctrica consumida associada ao procedimento fraudulento, o seu valor será estimado com base no consumo anual por escalão de potência contratada, nos termos do ponto 33.1.2, adicionado do respectivo desvio padrão (...).

[14] Sobre os tipos de responsabilidade civil que aqui podem surgir v. Pedro Falcão, in “O Contrato de fornecimento de energia eléctrica”, Petrony editora (2019), págs. 109 e ss., onde o autor esclarece a situação em que ocorre “consumo fraudulento” e defende “... vistas as coisas, caberá ao comercializador pedir a reparação do dano sofrido (lucro cessante) em sede contratual (porque “o consumo fraudulento é uma forma de incumprimento do contrato do utente (perante o comercializador)”) e ao operador da rede de transporte (a aqui Autora), enquanto gestor global do sistema (gestor, nomeadamente, dos mecanismos de garantia da potência...), a reparação do danos respectivamente sofrido (dano emergente e lucro cessante) em sede extracontratual” (pág. 111) – como decorre do que iremos dizer de seguida, importa atentar, neste âmbito, que o contrato de fornecimento de energia eléctrica é apenas celebrado entre o utente e o comercializador, surgindo “a participação do operador de rede enquanto devedor da prestação prometida a favor de terceiro ao abrigo do contrato de uso das redes”, mas não sendo efectivamente parte do contrato de fornecimento. “Trata-se efectivamente de relações jurídicas autónomas, a consubstanciada no contrato a favor de terceiro, por um lado, e a consubstanciada no contrato de fornecimento propriamente dito...” (pág. 62)

[15] Cumpre aqui esclarecer que o contrato de fornecimento de energia poderá ser configurado nos seguintes termos: é um contrato misto, com elementos de compra e venda (art. 874.º do Código Civil) e de prestação de serviço (art. 1154.º do Código Civil) por terceiro, de execução duradoura, nos termos do qual o comercializador, “única contraparte do utente no contrato” Pedro Falcão, in “ELETRICIDADE E RESPONSABILIDADE ELECTRICITY AND LIABILITY” (revista de direito da responsabilidade - ano 1 (2019), disponível online), se obriga à “venda da electricidade e a promessa da prestação do serviço pelo terceiro operador da rede, consubstanciada na instalação e manutenção do contador, na entrega da electricidade e na medição do consumo” (prestação de execução continuada), encontrando-se o utente adstrito à contraprestação, de execução periódica, consistente no pagamento do preço proporcional à energia eléctrica pelo mesmo efectivamente consumida, fixado por unidade de medida (kWh), e reconduzível à figura da venda ad mensuram (art. 887.º do Código Civil). O contrato configura-se assim, rigorosamente, como um contrato misto de compra e venda e prestação de serviço por terceiro, cabendo ao comercializador, única contraparte do utente no contrato, a venda da electricidade e a promessa da prestação do serviço pelo terceiro operador da rede, consubstanciada na instalação e manutenção do contador, na entrega da electricidade e na medição do consumo. Esta promessa de facto de terceiro surge, no entanto, garantida pela celebração entre o comercializador e aquele operador de um contrato de uso das redes enquanto contrato a favor de terceiro” (págs. 1024 e 1025). V., no mesmo sentido, de uma forma mais desenvolvida, Pedro Falcão, in “O Contrato de fornecimento de energia eléctrica”, Petrony editora (2019), págs. 47 e ss.

[16] Pedro Falcão, in “O Contrato de fornecimento de energia eléctrica”, Petrony editora (2019), pág. 112, apesar de reconhecer que a lei estabelece esta presunção, critica a solução legal considerando que “não nos parece razoável que a lei presuma, sem mais, imputável ao utente, v. g. a adulteração do contador que, embora associado exclusivamente à sua instalação de utilização, não é exclusivamente acedido por esse mesmo utente. Sendo certo que uma hipotética adulteração só se justifica, em princípio, em seu benefício, não se afigura justo que sobre ele impenda o ónus de realizar a prova, praticamente impossível, da não realização desse comportamento, se for esse o caso ... Seria porventura adequada a *revogação* da mencionada norma, deixando a eventual presunção para o tribunal, em face do caso concreto” – mas o que é certo é que a norma se mantém em vigor, apesar destas críticas.