



CEDIPRE ONLINE | 27

A Rede Nacional de Transporte de Electricidade: O Diálogo na Doutrina Portuguesa

João Filipe Graça

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
MARÇO | 2016

www.cedipre.fd.uc.pt

CEDIPRE ONLINE | 27

A Rede Nacional de Transporte de Electricidade: O Diálogo na Doutrina Portuguesa

João Filipe Graça



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
MARÇO | 2016

TÍTULO	A Rede Nacional de Transporte de Electricidade: O Diálogo na Doutrina portuguesa
AUTOR(ES)	João Filipe Graça
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-545 COIMBRA PORTUGAL Tel. Fax: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	A Rede Nacional de Transporte de Electricidade: O diálogo na doutrina portuguesa, Publicações CEDIPRE Online – 27 http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, março de 2016
	COIMBRA MARÇO 2016

A REDE NACIONAL DE TRANSPORTE DE ELECTRICIDADE: O DIÁLOGO NA DOCTRINA PORTUGUESA

João Filipe Graça

Sumário: 1. Introdução ao “estado da arte”; 2. O (ex?) “activo”: Rede Nacional de Transporte; 3. “Essential Facilities” e as modalidades de acesso à rede; 4. A natureza jurídica da Rede Nacional de Transporte e o seu entendimento na doutrina portuguesa; 4.1. A posição de MARCELLO CAETANO; 4.2. A posição de ANA RAQUEL MONIZ; 4.3. A posição de PEDRO COSTA GONÇALVES; 4.4. A posição de SUZANA TAVARES DA SILVA; 5. Reflexão sobre a problemática.

Palavras-chave: Rede Nacional de Transporte. Regulação. Infra-estruturas Essenciais. Acesso de Terceiros à Rede. Domínio Público. Direito Privado Administrativo.

1. Introdução ao “estado da arte”

Falar de uma temática subjacente ao *sector energético* em pleno século XXI é falar de um potencial estratégico que nenhum *Estado pode* ou *deve* ignorar¹. Todavia, no momento em que se questionam as estratégias que cada *Estado* deve assumir ao nível das suas escolhas energéticas, que *função* deverá ser atribuída às “*public utilities*” que servem (ou serviram!) de suporte ao seu *acesso* e *prestação*? Deverão os *Estados* estruturar uma *visão estratégica* que integre as realidades *supra* referidas como manifestações de um *interesse nacional*? Poderão actuar “livremente” os *Estados* nes-

¹ Analisando os principais desafios jurídicos no âmbito do sector energético, RICHARD PIERCE, “*The Past, Present and Future of Energy Regulation*”, George Washington University Law School, Research Paper No. 513, 2010, cit., pp. 1 – 14, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1687699> e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011. Para uma análise à *Estratégia Nacional para a Energia até 2020* no ordenamento jurídico português V., *Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de Abril*.

te sector? Não serão muitas destas *infra-estruturas* concebidas como *infra-estruturas essenciais*? Qual deverá ser a *natureza e o regime jurídico* das mesmas?

Numa era caracterizada como “rescaldo” do resultado dos finais da década de 80 do século XX, caracterizada por um ciclo político-económico neo-liberal, proveniente, designadamente, de acontecimentos como o *Consenso de Washington* e dos Governos de *Reagan* e *Thatcher*, temos assistido a múltiplos processos de *liberalização e privatização*² que têm alterado a concepção de *Estado* no sector económico, designadamente, no *sector energético*³. Neste sentido, de uma *responsabilidade pública de execução*, típica de um *Estado Social*, assistimos à assunção de uma *responsabilidade pública de garantia*⁴, típica de um *Estado Regulador* ou *Garantidor*⁵, cujo resultado traduz uma alteração das formas de actuação do *Estado* no sector económico. De facto, a *transferência* para o sector privado da *titularidade* de certas *actividades públicas* (“*despublicatio*”), ditas “*essenciais*”⁶, pressupõe a existência de uma *regulação* que *garanta* a qualidade da *presta-*

² Não obstante a polissemia do conceito, *privatizar* “significa transferir da esfera jurídico-pública para a esfera jurídico-privada a titularidade e/ou o direito de exploração/gestão de meios de produção”. Cf. PAULO OTERO, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, Lisboa, 1999, cit., p. 14. Para uma análise ao fenómeno das *privatizações* no ordenamento jurídico português V., PAULO OTERO, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, STUDIA IURIDICA, n.º 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, cit., pp. 31 – 57 e MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Privatizações e Regulação, A Experiência Portuguesa*, Lisboa, 1999. De salientar, ainda, é o facto de as *privatizações*, em articulação com os fenómenos actuais da *internacionalização* e *europeização* do *direito público* em geral, demonstrarem novos desafios aos cânones tradicionais das disciplinas jurídicas. Em particular, questiona-se, por via destas influências, a emergência de um “*novo direito administrativo*”. Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 7; *Idem*, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, cit., p. 24 e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, cit., p. 36.

³ Neste sentido, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, inédita, 2008.

⁴ A *responsabilidade pública de garantia* diverge da *responsabilidade pública de execução*. Nesta, o Estado decide por si próprio a realização de tarefas em cumprimento do *interesse público*. Na primeira, verifica-se um processo de *privatização material* de tarefas que se deslocam para o sector privado relativamente a actividades e incumbências situadas num *dever estadual de garantia*. Este tipo de responsabilidade pressupõe a *privatização material* de uma tarefa ou então a activação da responsabilidade própria dos privados em áreas relacionadas com o cumprimento de fins estaduais. Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008, cit., pp. 165 – 167.

⁵ Defendendo a existência de um paradigma que ilustra a existência de um *Estado Regulador* com acolhimento constitucional na *al. f)* do art. 81.º da C.R.P., LUÍS CABRAL MONCADA, *Direito Económico*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, cit., p. 56. Assumindo a emergência de um paradigma que ilustra a existência de um Estado incentivador do mercado, um Estado orientador de comportamentos e um Estado como garantidor do bem-estar, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico perante o Estado... ob. cit.*, p. 12. Questionando a emergência de um “Estado Garantidor”, J. J. GOMES CANOTILHO, “O Estado Garantidor. Claros – Escuros de um Conceito”, *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coord. António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Almedina, Coimbra, 2008, cit., pp. 571 – 576.

⁶ Como é o caso do fornecimento de electricidade, *al. b)* do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 23/1996, de 26 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

ção e acesso de actividades anteriormente públicas⁷. Neste sentido, é possível afirmar a emergência de uma *destatalização* do Estado na económica.

A mutação que referimos ilustra, como consequência, a veicidade que hodiernamente caracteriza o *controlo unilateral* das questões económicas pelos Estados⁸. De facto, a hipertrofia de uma “*mão visível europeia*” (v.g., “pacotes de liberalização”) no sector energético⁹ ilustra, por um lado, não só o que a doutrina vem designando como o crescente fenómeno de “*europeização*”¹⁰, mas também a desintegração de *monopólios públicos*¹¹.

Todo este fenómeno, a par da inserção do ordenamento jurídico português no ordenamento jurídico da União Europeia, implica, no espírito ensaiado por PETER HÄBERLE, a necessidade de obter “*soluções unificadas*”¹², ou por outras palavras, *consensuais*. Esta realidade, no sector energético, colhe reflexos no § 1 do art.º 170 do TFUE quando se determina a criação e o desenvolvimento de *redes energéticas transeuropeias*¹³. Neste sentido, e embora toda a presente temática possa ser concebida como “parte componente” de *interesses nacionais* (que ainda existem e sempre existirão), acreditamos que a concretização de um *mercado energético europeu* implica uma efectiva *cooperação* (“*Estado-Rede*”), ou seja, uma efectiva “*estadualidade aberta*” (SCHMIDT-ASSMAN)¹⁴; uma “*desconcentração e descentralização da regulação jurí-*

⁷ Salientando estes aspectos, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, cit., p. 54 e ss e JODY FREEMAN, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, Vol. 28, cit., pp. 160 e 161.

⁸ No mesmo sentido, SABINO CASSESE, *A Crise do Estado*, Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci, Saberes Editora, Campinas, 2010, cit., p. 45; *Idem*, “L` Arena Pubblica – Nuovi Paradigmi per lo Stato”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 3, 2005, cit., pp. 601 – 650 e ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*, Tradução de Patrice Charles Wuillaume, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 1999, cit., p. 163. Salientando esta realidade com especial ênfase nas questões económicas que derivam do relacionamento entre a Constituição e o Direito Europeu, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Almedina, Coimbra, 1997, cit., p. 9 e EDUARDO PAZ FERREIRA, “A Constituição Económica de 1976 «Que Reste-t-il de nos Amours?»”, *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Separata do Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, cit., p. 408.

⁹ No mesmo sentido, MEHMET SUAT KAYIKCI, “The European Third Energy Package: How Significant for the Liberalisation of Energy Markets in the European Union?”, 2011, cit., p. 2. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2102161>.

¹⁰ Neste sentido, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, cit., p. 117 e ss; SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., p. 37 e PEDRO COSTA GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor MARCELLO CAETANO – No Centenário do seu Nascimento*, Vol II, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, cit., p. 550 e ss e *Idem*, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *Direito Público e Regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, cit., p. 31 e ss.

¹¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações... *ob. cit.*”, p. 77 e LUCÍA GARCÍA-MORATO e GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Derecho de la Competencia em Sectores Regulados, Fusiones y Adquisiciones Control de Empresas y Poder Político*, COMARES editorial, Granada, 2000, cit., p. 16.

¹² Cf. PETER HÄBERLE, “Derecho constitucional comun europeo”, *Revista de Estudios Politicos*, n.º 79, Enero – Marzo, 1993, cit., p. 34.

¹³ Para uma visão em termos europeus das prioridades em *infra-estruturas energéticas*, V., COMISSÃO EUROPEIA, *Prioridades em infra-estruturas energéticas para 2020 e mais além. Matriz para uma Rede europeia integrada de energia*, [COM (2010) 677 final].

¹⁴ Cf. EBERHARD SCHMIDT-ASSAMANN, “La ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Septiembre/Diciembre, 2006, cit., p. 21.

dica” (GOMES CANOTILHO)¹⁵, onde os *interesses, agora transnacionais, flexibilizam-se, imaterializam-se e desterritorializam-se*¹⁶.

É com base nesta perspectiva, influenciada nas transformações ocorridas ao nível do *direito público*,¹⁷ que entendemos que a *RNT de electricidade* deve ser debatida¹⁸. Na verdade, entendemos que esta *infra-estrutura* necessita de ser articulada entre três vertentes que assumem uma verdadeira relação de osmose: (i) a *globalização do sector energético* protagonizada pelo *Tratado da Carta da Energia* do qual Portugal é signatário¹⁹; (ii) a aposta da União Europeia ao nível do desenvolvimento de novas tecnologias de *transporte de electricidade* em alta tensão e a longa distância, com vista a criar não só *corredores prioritários para a electricidade*, mas também de “*auto-estradas europeias de electricidade*”²⁰ – cuja realidade, (in)existente e obsoleta, implica um investimento total estimado de 200 mil milhões de euros²¹ – e, por fim, (iii) a existência de esforços na construção de um *mercado ibérico de electricidade (MIBEL)*²².

¹⁵ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, cit., p. 703.

¹⁶ No mesmo sentido, SABINO CASSESE, *A Crise do Estado*, cit., p. 72; WEI DAN, *Globalização e Interesses Nacionais: A Perspectiva da China*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2006, cit., p. 167 e ss; NUNO SEVERIANO TEIXEIRA, “Interesse Nacional e Globalização: o caso português entre a teoria e a história”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, 2000, cit., p. 126 e RICHARD FALK, *Globalização Predatória. Uma Crítica*, Tradução de Rogério Alves, Instituto Piaget, Lisboa, 2001, cit., p. 55.

¹⁷ V., GIULIO NAPOLITANO, “Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: Variazioni su una lezione tedesca in terra americana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Año 2010, n.º 1, pp. 1 – 20.

¹⁸ Neste sentido aponta o “eixo 4” da *Estratégia Nacional para a Energia 2020*, anexo à *Resolução do Conselho de Ministros* n.º 29/2010, de 15 de Abril.

¹⁹ Para uma perspectiva geral do *Tratado da Carta da Energia*, AGOSTINHO MIRANDA e MARTA REBELO, “A Resolução de Litígios no Tratado da Carta da Energia: Uma Primeira Abordagem”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Org. Jorge Miranda, J. J. GOMES CANOTILHO, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Rego e Pedro Múrias, Almedina, Coimbra, 2012, cit., pp. 669 – 686.

²⁰ As “*auto-estradas europeias de electricidade*” visam estabelecer uma linha de transmissão de electricidade com capacidade significativamente superior para o transporte de electricidade do que as actuais redes de transmissão de alta tensão, tanto em termos de quantidade de electricidade transmitida como de distância percorrida por essa transmissão. Para atingir essas capacidades, mais elevadas, terão de ser desenvolvidas novas tecnologias, permitindo, nomeadamente, a transmissão de corrente contínua a nível de tensão significativamente superior a 400 kv. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Prioridades em infra-estruturas energéticas*, cit., p. 45.

²¹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Visão a longo prazo das infraestruturas na Europa e no mundo* [COM (2013) 711 final].

²² Sobre o MIBEL, V., SUZANA TAVARES DA SILVA, “O MIBEL e o mercado... ob. cit., pp. 279 – 308, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações... ob. cit., pp. 89 -91 e PATRÍCIA PEREIRA DA SILVA, *O Sector da Energia Eléctrica na União Europeia. Evolução e Perspectivas*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, cit., pp. 101 e ss.

2. O (ex?)“activo”: Rede Nacional de Transporte

A RNT apresenta um passado inserido na criação de *monopólios públicos* por via de *empresas verticalmente integradas*²³ (concebidas segundo uma lógica de *economias de escala*). Na verdade, esta tendência, após a *Segunda Guerra Mundial*, generalizar-se-ia na Europa, designadamente, no Reino Unido (através da *Central Electricity Generating Board*) e em Itália (através do *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*)²⁴.

No ordenamento jurídico português a realidade *supra* descrita também não representou uma excepção²⁵. Na verdade, a *nacionalização*²⁶ das sociedades de exploração do serviço público de *produção, transporte e distribuição* de energia eléctrica determinaram a constituição de *patrimónios autónomos* na titularidade do *Estado*²⁷. Esta realidade, efectuada pelo Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, conjugada com o Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, que procedeu à criação da *Empresa Pública EDP*, e com ela a sucessão a título universal dos patrimónios autónomos na titularidade do Estado, determinou a fusão de todas as empresas do sector anteriormente nacionalizadas. Nascia, deste modo, um *monopólio público* das actividades de *produção, transporte e distribuição*²⁸ no sector eléctrico.

Todavia, a partir das décadas de 80 e 90 observa-se uma inflexão no decurso dos acontecimentos²⁹. No ordenamento jurídico Norte-americano, a partir de 1978, assiste-se a um processo de reformas das quais se destacou a *Public Utility Regulatory Policy Act*³⁰. Por via desta actuação, (“*desregulamentação*”) *segmentos potencialmente competitivos*, como a *produção*, são separados *funcional e estruturalmente* de segmentos de *monopólio natural*, como o *transporte* e a *distribuição* de energia eléctrica³¹. Já na Europa esta realidade não seria diferente. Atribuindo-se especial ênfase

²³ Salientando esta realidade histórica no ordenamento jurídico Norte-americano, ROBERT MICHAELS, “Vertical Integration and the Restructuring of the U. S. Electricity Industry”, *Policy Analysis*, N.º 572, 2006, cit., pp. 1 – 31.

²⁴ Cf. VITAL MOREIRA, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, STUDIA IURIDICA, n.º 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, cit., p. 237; OCDE, *Lessons from Liberalized Electricity Markets*, Paris, 2005, cit., pp. 223 – 247; SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico*, cit., p. 161 e PATRÍCIA PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 73.

²⁵ Dando conta desta questão, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações... *ob. cit.*, p. 76.

²⁶ A nacionalização, entendida como *acto político*, é um instituto jurídico de ordem excepcional que visa cumprir um interesse público superior. Neste sentido, GASPAR ARINO ORTIZ, “La indemnización, Las Nacionalizaciones”, *Revista de Administración Pública*, Vol. III, N.º 100 – 102, 1983, cit., p. 2807.

²⁷ Cf. RUI MACHETE, “O Domínio Público e a Rede Eléctrica Nacional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano, 61, 2001, Lisboa, cit., p. 1398.

²⁸ No mesmo sentido, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico*, cit., p. 6; RUI MACHETE, *ob. cit.*, p. 1397 e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 238.

²⁹ Cf. OCDE, *ob. cit.*, p. 31.

³⁰ Neste sentido, RICHARD PIERCE, *ob. cit.*, p. 3.

³¹ Para uma análise desta problemática na Califórnia, ROBERT J. MICHAELS, *ob. cit.*, p. 3. Salientando este aspecto, PATRÍCIA PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 64.

à desintegração das *empresas verticalmente integradas*, a concretização de um *mercado energético europeu* carecia de uma *concorrência efectiva* neste sector³² e da sua progressiva (*des*)regulação.

Surgia, deste modo, sob a influência da *teoria dos mercados contestáveis* de BAUMOL, a necessidade de se segmentar o *mercado eléctrico – produção; transporte; distribuição e comercialização (“unbundling”)*³³, bem como de um regime jurídico que garantisse (i) o *acesso de terceiros à rede*³⁴, (ii) de mecanismos que evitassem o designado “efeito gargalo”³⁵ e (iii) uma suposta *diminuição dos custos para os consumidores*³⁶ enquanto condições de um “*market building*”³⁷.

É neste contexto que a *actividade de transporte*³⁸, concebida como um *monopólio natural*, adquire uma dinâmica própria que autonomiza os problemas que emergem da *RNT* quer como *infra-estrutura*³⁹, quer como *activo único*⁴⁰. Nestes termos, importa sublinhar que é sobre o *Operador da Rede de Transporte*⁴¹ que recai a exigente tarefa de proceder à *gestão técnica* da *actividade de transporte*, designadamente, (i) coordenar fluxos energéticos que derivam da procura; (ii) dificuldade de armazenamento da electricidade e (iii) necessidade de uma eficiência de tecnologias geradoras

³² Neste sentido, MEHMET SUAT KAYIKÇI, *ob. cit.*, p. 2 e FRANCOIS COPPENS and DAVID VIVET, “Liberalisation of Network Industries: Is Electricity an Exception to the Rule?” National Bank of Belgium, *Working Papers* No. 59, 2004, cit., p. 6 e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 227 e ss.

³³ No mesmo sentido, FRANCOIS COPPENS and DAVID VIVET, *ob. cit.*, pp. 5 e 6; SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, cit., p. 77; MEHMET SUAT KAYIKÇI, *ob. cit.*, p. 8.

³⁴ Neste sentido, ALEXANDER KOTLOWSKI, “Third-Party access in the Energy Sector: A Competition Law Perspective”, *Utilities Law Review*, Vol. 16, N.º 3, 2007, cit., pp.101 – 109.

³⁵ Salientando este efeito, PEDRO COSTA GONÇAVES, “As concessões no sector eléctrico”, *Cadernos O Direito*, N.º 3, Almedina, 2008, cit., p. 191.

³⁶ No que diz respeito à diminuição de custos de electricidade para os consumidores, cumpre referir que, na verdade, com a segmentação do mercado surgem novos custos. Referimo-nos aos *custos de transacção e compensações aos operadores das redes de transporte* decorrentes de fluxos transfronteiriços de electricidade nas suas redes (cfr. n.º 1 do art. 13.º do Regulamento (CE) N.º 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) N.º 1128/2003).

³⁷ Este aspecto foi fortemente enfatizado pela jurisprudência da União Europeia. Cf. designadamente, Acórdão C-274/08, de 29 de Outubro de 2009, do TJUE, disponível em www.euro-lex.eu.

³⁸ O transporte de electricidade visa a “*veiculação de electricidade numa rede interligada de muito alta tensão e de alta tensão, para efeitos de recepção dos produtores e entrega a distribuidores, comercializadores ou a grandes clientes finais, mas sem incluir a comercialização*”. Cf. al. mm) do art. 3º do Decreto –Lei n.º 29/2006, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

³⁹ A doutrina, embora recorra aos fenómenos associados à liberalização das telecomunicações, dá como exemplo da dificuldade, no sector do transporte de electricidade, a ausência de uma *elasticidade cruzada* entre a *procura* e a *oferta*. Isto porque a introdução de novas tecnologias não é acompanhada por um número crescente de aplicações. Cf. FRANCOIS COPPENS and DAVID VIVET, *ob. cit.*, p. 10.

⁴⁰ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico”, *cit.*, p. 191.

⁴¹ O *Operador da Rede de Transporte* consiste na “*pessoa singular ou colectiva responsável que exerce a actividade de transporte e é responsável, numa área específica, pelo desenvolvimento, pela exploração e pela manutenção da rede de transporte e, quando aplicável, pelas suas interligações com outras redes, bem como por assegurar a garantia de capacidade da rede a longo prazo, para atender pedidos razoáveis de transporte de electricidade*”. Cf. al. bb) do art. 3º do Decreto-Lei n.º 29/2006, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

de electricidade que suportem diferentes cargas a um custo mínimo⁴². Já no âmbito europeu, e tendo em conta a necessidade de um efectivo *comércio energético trans-fronteiriço*, é necessário referir que a actividade desenvolvida por esta entidade implica uma coordenação com a *Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte de Electricidade (REORT)*.

No ordenamento jurídico português a entidade que referimos *supra* é a *entidade concessionária* da respectiva rede, ou seja, a *Rede Eléctrica Nacional (REN)*⁴³. A sua origem resulta de uma *separação jurídica e patrimonial (full ownership unbundling)*⁴⁴ do grupo EDP cuja *reprivatização* data de 2006⁴⁵ sob a necessidade de “*racionalização da presença do Estado na economia*”⁴⁶. Actualmente, a REN actua ao abrigo de uma *concessão de serviço público* e de *exclusividade*, constituindo um claro exemplo de *destatalização do Estado na economia*.

3. “Essential Facilities” e as modalidades de acesso à rede

Antes de procedermos à análise da *natureza jurídica* da RNT e do seu entendimento na *doutrina*, entendemos que é fundamental abordar uma das principais questões que hoje se colocam no domínio das *infra-estruturas*, designadamente, no que diz respeito ao seu *acesso* (“efeito gargalo”). Um dos mecanismos que surge como resposta a este problema é a *doutrina das “essential facilities”*⁴⁷. Representando uma ruptura com o modelo de *intervenção jurídico-económico do Estado Liberal* – onde ao *direito público* não competia imiscuir-se na esfera privada da actividade económica e como tal impor certos comportamentos ou prestações positivas⁴⁸ –, a *doutrina das*

⁴² Cf. PATRÍCIA PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 73; SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 46 e ROBERT MICHAELS, *ob. cit.*, p. 4.

⁴³ Cf. n.º 1 do art.º 24. do Decreto-Lei n.º 29/2006, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

⁴⁴ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 87 e PATRÍCIA PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 64.

⁴⁵ Aprovada pela *Resolução do Conselho de Ministros* n.º 24/2006, de 16 de Fevereiro e disciplinada no Decreto-Lei n.º 228/2006, de 22 de Novembro.

⁴⁶ Relativamente à reprivatização da REN é possível afirmar que a mesma passou por três fases: a “primeira fase” do processo de reprivatização da REN surge com a *Resolução do Conselho de Ministros* n.º 74/2007, de 1 de Junho de 2007, que autoriza a PARPÚBLICA a proceder à sua alienação. A “segunda fase” de reprivatização da REN, inserida no âmbito do Programa de Assistência Económico-financeira entre Portugal e a Troika, surge com o Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de Novembro. Já a “terceira fase” de reprivatização da REN resulta do Orçamento de Estado de 2014. Cf. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Orçamento de Estado para 2014, Relatório*, 2014, cit., p. 72. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt.aspx>.

⁴⁷ A sua afirmação, enquanto *princípio jurídico*, surge com os “*leading cases*” *Terminal Railroad*, sendo nos finais da década de 70 afirmada jurisprudencialmente no caso *Hecht vs. Pro-Football, Inc.* Neste sentido, ABBOTT LIPSKY, “Essential facilities”, *Stanford Law Review*, Vol. 51, N.º 5, Maio, 1999, cit., pp. 3 e ss, disponível em <http://vlex.com/vid/essential-facilities-53964731>.

⁴⁸ Neste sentido, LUÍS CABRAL MONCADA, *ob. cit.*, pp. 18 e 19; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico, A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª Edição Revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, cit., p. 46; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, cit., p. 26; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, cit., p. 31 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administra-*

“essential facilities”⁴⁹, que surge no ordenamento jurídico Norte-americano, visa responder, uma vez verificados os seus *pressupostos de aplicação*⁵⁰, às práticas configuradas como *abusos de posição dominante*, designadamente, no que diz respeito à dificuldade, razoável, de duplicação de *infra-estruturas*⁵¹.

Também no ordenamento da União Europeia, a *doutrina das “essential facilities”* surge referida no n.º 2 do art. 106.º do TFUE⁵². Neste sentido, estabelece-se a inadmissibilidade da imposição de *condições discriminatórias de acesso a terceiros* por empresa com *posição dominante*⁵³. É deste modo que a actualidade e pertinência deste problema⁵⁴ determina a impossibilidade da sua desconsideração por parte do ordenamento jurídico português, enquanto Estado-membro da UE, facto que se manifesta, (i) não só com a preocupação acolhida no *novo regime jurídico da concorrência*⁵⁵ quanto a esta questão, mas também, (ii) e particularmente no sector energético,

tivo, Vol. I, com a colaboração de Luís Fábrika, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva, 3.ª Edição, 2.ª Reimpressão da edição de Novembro de 2006, Almedina, Coimbra, cit., p. 79.

⁴⁹ Para uma análise ao conceito V., OCDE, *The Essential Facilities Concept*, Paris, 1996.

⁵⁰ Consideram-se pressupostos de aplicação da doutrina da “essential facilities” (i) a existência de um controlo por parte de um monopólio ou por parte de um oligopólio; (ii) a incapacidade prática ou razoável do concorrente duplicar as infra-estruturas facilmente ou por razões económicas; (iii) a negação do uso das instalações ou a imposição de cláusulas restritivas, com a consequência de graves prejuízos à concorrência no mercado relevante onde o monopolista compete e (iv) a ausência de um motivo comercial válido. Neste sentido, OCDE, *The Essential Facilities*, cit., p. 55.

⁵¹ Para uma análise detalhada dos casos americanos e europeus que deram origem a esta doutrina vide, MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Lisboa, 2008, cit., pp. 759 – 774; MARIA LEITÃO MARQUES e JORGE ALMEIDA, “Entre a propriedade e o acesso: a questão das infra-estruturas essenciais”, *Concorrência, Estudos*, Coord. António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques, Almedina, Lisboa, 2006, cit., p. 45 – 70 e MEHMET BILAL UNVER, *Essential Facilities Doctrine Under EC Competition Law and Particular Implications of the Doctrine for Telecommunications Sector in EU and Turkey*, September, 2004, cit., pp. 4 – 25.

⁵² Fundamentando a doutrina das *essential facilities* com base no art. 86º do TCE, mas que corresponde actualmente ao n.º 2 do art. 106º do TFUE, MIGUEL MOURA E SILVA, *ob. cit.*, p. 760. De referir, no entanto, que esta doutrina, no espaço europeu, surge no caso SEALINK v.s. B & I – Holhead.

⁵³ “As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União”.

⁵⁴ Basta ver o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal da Áustria (*Oberster Gerichtshof*) onde a questão que se colocava era a interpretação do art.º 102 do TFUE no sentido de que uma autoridade pública não actua na qualidade de empresa quando armazena numa base de dados (registo das sociedades) os dados transmitidos pelas empresas em cumprimento de obrigações legais de comunicação de informações. Também não actua na qualidade de empresa a autoridade pública que permita a consulta e a emissão de cópias desses dados, mas proíba outras utilizações dos mesmos, invocando a protecção do seu direito *sui generis*. Cf. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof*, Processo C – 138/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/fiche>.

⁵⁵ Cf. al. e) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprova o novo regime jurídico da Concorrência: “Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”.

com a adopção da *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996*, que estabeleceu, inicialmente, as modalidades – *negociada ou regulada*⁵⁶ – de *acesso à rede*⁵⁷.

Todavia, se a *doutrina das “essential facilities”* permite configurar o *direito de acesso à rede* como *direito de acesso ao mercado*⁵⁸, apenas mitigado por *razões objectivas de recusa do seu acesso*⁵⁹, cumpre salientar que a mesma apresenta, não obstante, *consequências menos positivas*. Na verdade, as limitações ao *direito de propriedade / gestão da infra-estrutura* em causa surgem como um “*ónus*”⁶⁰ que o proprietário / concessionário terá que suportar. No entanto, também se entende que este “*ónus*” pode ser “*atenuado*”, designadamente, através de uma *compensação* adequada, por parte de *novos operadores no mercado*, que beneficiam, assim, do investimento, “*know-how*” e *desenvolvimento técnico* levado a cabo pelo *proprietário / concessionário da infra-estrutura essencial* em questão⁶¹.

⁵⁶ A maioria dos ordenamentos jurídicos europeus consagrou um sistema de *acesso regulado*, à excepção inicial da Alemanha, que optou por um *acesso à rede negociado*, embora em 2004 tenha efectuado uma reforma legislativa com o objectivo de implementar um *acesso regulado*. Cf. JOSÉ DIAZ LEMA, “La Liberalización de las Redes Europeas de Gas y Electricidad (Un Estudio de las Directivas Comunitarias 2003/54 y 2003/55)”, *REDETI*, N.º 21, Septiembre – Diciembre, 2004, cit., p. 400 e 401.

⁵⁷ Segundo o *Capítulo VII*, respeitante à *organização do acesso à rede* da Directiva em questão, os Estados-membros poderiam optar entre: um *acesso negociado* – (n.º 1 do art. 17º) estabelecido através de uma negociação directa entre o *gestor da rede* e o *interessado* através de um “*acordo comercial voluntário entre as partes*” (Cf. JOSÉ DIAZ LEMA, *ob. cit.*, p. 400) negociando-se, designadamente, cláusulas tendentes a fixar o volume de energia a transportar, bem como as condições técnicas de transporte –, e um *acesso regulado* – (n.º 4 do art.17º) que consistia na *prévia fixação de tarifas* visando limitar o gestor da rede no seu livre arbítrio da fixação do preço. Sobre uma análise geral dos sistemas de acesso previstos na Directiva e nas que lhe sucederam, vide, MARTHA ROGGENKAMP, ANITA RONNE, CATHERINE REDGWELL, e IÑIGO GUAYO, *Energy Law in Europe, National, EU and International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2001, cit., pp. 305 – 307 e NADIA CHEBEL-HORSTMANN, *La régulation du marché de l'électricité, Concurrence et accès aux réseaux*, L'Harmattan, 2006, cit., pp. 263 – 265.

⁵⁸ No mesmo sentido, LUCÍA GARCÍA-Morato, e GASPAR ARIÑO ORTIZ, *ob. cit.*, p. 22.

⁵⁹ São referidas como principais *limitações objectivas* desta teoria: (i) a incapacidade técnica da nova entidade para operar no sector; (ii) a falta de credibilidade do agente e (iii) a impossibilidade da *infra-estrutura* ser utilizada por mais um agente sem perda considerável do seu desempenho. Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los Mercados de Intrés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes (Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la Competencia*, COMARES EDITORIAL, Granada, 2001, cit., p. 318. No mesmo sentido, JUAN CUÉTARA MARTÍNEZ, “Sobre las Infraestructuras en Red”, *REDETI*, n.º 1, Junio, 1998, cit., p. 27. Salientando a importância da não discriminação, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico*, cit., p. 328.

⁶⁰ No mesmo sentido, MARIA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Ciudad Argentina, Madrid – Buenos Aires, 2003, cit., p. 225.

⁶¹ Partilhando a mesma opinião, MARIA LEITÃO MARQUES e JORGE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 68.

4. A natureza jurídica da RNT e o seu entendimento na doutrina portuguesa

Não obstante a satisfação de *necessidades colectivas*, é inegável que a RNT constitui uma *utilidade pública*⁶² propulsora de desenvolvimento económico e social⁶³. Neste sentido, será esta “*infra-estrutura essencial de rede*”⁶⁴, também designada como “*infra-estrutura empresarial*”⁶⁵, um bem do *domínio público*⁶⁶? Estará a mesma submetida a um *especial regime jurídico de direito público*?

Como ponto de partida cumpre salientar que não é o “*domínio*” por parte de um *ente público* que permite caracterizar uma *coisa*, técnico-juridicamente entendida, como *pública*⁶⁷. Embora no direito romano não existisse uma *distinção entre o domínio privado e o domínio público*⁶⁸, observava-se a existência de um *extra-commercium*, ou seja, uma *res extra patrimonium*, enquanto *res nullius humani iuris*, que actualmente

⁶² Sobre a noção de *utilidade pública*, V., ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público – O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2005, cit., p. 289.

⁶³ No mesmo sentido, JUAN CUÉTARA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 27 e MARIA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la noción de red (Su Relevancia en la Regulación de los Servicios Esenciales Económicos en Red)”, *REDETI*, N.º 18, Septiembre – Diciembre, 2003, cit., p. 747.

⁶⁴ Uma vez que a doutrina nacional qualifica a RNT como uma *infra-estrutura essencial de rede* (Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico*, cit., p. 343), cumpre analisar as características de tal conceito. Apresentando um âmbito de aplicação predominante nos mercados monopolistas, através de *abusos de posição dominante*, o conceito de *infra-estrutura essencial de rede* é susceptível de ser decomposto em três vertentes. Não sendo um conceito unívoco, a doutrina chama a atenção para o facto de o conceito de *infra-estrutura*, ao qual se atribui uma *função primária* e uma *função secundária* (Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, *O sector eléctrico*, cit., p. 349.), corresponde “*aqueles recursos que constituem um conjunto de bens de capital que permitem o funcionamento de outras actividades económicas e satisfazem as necessidades futuras através da ponderação de bens e serviços*” (Cf. TRILLÓ FIGUEROA, “Desarrollo y futuro de la infraestructura energética”, *La financiación privada de obras públicas (marco institucional y técnicas aplicativas)*, Coord. Ruiz Ojeda, CIVITAS, Madrid, 1997, cit., p. 103). Quanto ao conceito de *rede*, salienta-se que o mesmo corresponde “à estrutura de interconexão que põe em relação todos os possíveis operadores e consumidores de determinados tipos de bens e serviços” (Cf. MARIA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la noción de red”, cit., p. 734). Por fim, e quanto à característica da *essencialidade*, destaca-se a característica da *impossibilidade de duplicação da infra-estrutura*. Todavia, e como assinala a doutrina, “não basta concluir que o acesso a essa infra-estrutura é meramente conveniente ou adequado para a entrada de um agente no mercado dependente ou derivado. É necessário que o acesso à infra-estrutura seja indispensável a essa entrada” (Cf. MARIA LEITÃO MARQUES e JORGE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 61).

⁶⁵ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, p. 222.

⁶⁶ Sobre o conceito de *domínio público*, JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Domínio Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, cit., pp. 166 – 190 e *Idem*, “Domínio público – Mitologia e realidade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX, Janeiro – Março, 1973, cit., pp. 25 – 53.

⁶⁷ Cf. LUIZ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III Coimbra Editora, Coimbra, 1930, cit., p. 105.

⁶⁸ Cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA, *Do Domínio Público. I – Os Bens Dominiais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, cit., p. 16.

corresponde à generalidade das *coisas* que são enumeradas como integrantes do *domínio público*⁶⁹.

Subjacente a esta problemática estava, e continua a estar, a construção de um critério *teleológico* susceptível de determinar a *dominialidade de uma coisa*, ou seja, um critério que permita qualificar uma *coisa* como *coisa do domínio público* e não como *coisa do domínio privado*⁷⁰. É neste sentido que a doutrina francesa, designadamente, PHILIPPE YOLKA, apela à necessidade de uma unificação entre o *domínio público* e *domínio privado* sob a ideia de *propriedade pública estadual*⁷¹. Já na doutrina portuguesa, ANA RAQUEL MONIZ, referindo-se aos tipos de *bens*, entende que estes, quer sejam *bens públicos* ou *bens privados* pertencentes a entidades públicas, encontram-se submetidos ao serviço do *interesse público*⁷².

Tendo em conta a progressiva *privatização do direito público* – “*fuga para o direito privado*” – e uma *publicização do direito privado*, acompanhamos o entendimento daqueles autores que referem a existência e necessidade de *vinculações jurídico-públicas na actividade de direito privado* da Administração⁷³. Deste modo, e face à possibilidade de o *domínio privado da Administração*⁷⁴ ser dividido em *domínio privado disponível* e em *domínio privado indisponível*⁷⁵, dever-se-á entender que a prossecução e salvaguarda do *interesse público* também está presente no *direito privado administrativo*, razão pela qual nunca poderá ser marginalizada a *garantia e tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão*⁷⁶.

Mas tratar da natureza jurídica da RNT implica, para uma integral compreensão do problema, analisar, ainda que sumariamente, o fenómeno do *domínio público*⁷⁷. Po-

⁶⁹ Cf. SIMÕES COSTA, “Domínio Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. IV, Coimbra Editora, Lisboa, 1991, cit., p. 166.

⁷⁰ Na verdade, este é um conceito que não encontra consagração no actual Código Civil de 1966, contrariamente ao Código Civil de 1867 que enunciava uma noção de *coisa pública* no seu art.º 380. Hoje, o actual Código Civil refere-se indirectamente a este conceito, no n.º 2 do art.º 202, ao referir que se encontram fora do comércio jurídico todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público.

⁷¹ Cf. PHILIPPE YOLKA, *La Propriété Publique – Éléments pour une Théorie*, LGDJ, Paris, 1997, cit., p. 513. Para este autor, é a qualidade pública do proprietário que vai permitir compreender a especificidade da propriedade pública, no âmbito do qual se distinguem os bens do domínio público e os bens do domínio privado, todos eles sujeitos a regras exorbitantes de direito público.

⁷² Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, pp. 281 e 282.

⁷³ Neste sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, cit., p. 363.

⁷⁴ Sobre o tema, BERNARDO AZEVEDO, “O Domínio Privado da Administração”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. III, Coord. de PAULO OTERO e PEDRO COSTA GONÇALVES, Almedina, Coimbra, 2010, cit., pp. 43 e ss e MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª Edição, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, cit., p. 962.

⁷⁵ Referindo esta realidade JOSÉ PEDRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 28.

⁷⁶ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Claves del nuevo Derecho administrativo económico”, *Revista española de Derecho Administrativo*, N.º 135, 2007, cit., p. 429. Salientando uma posição convergente, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1002.

⁷⁷ Segundo SIMÕES COSTA, o *domínio público* é suscetível de duas acepções: a *objectiva*, sendo “um conjunto das coisas que, pertencendo a uma pessoa colectiva de direito público de população e território, são submetidos por lei, dado o fim da utilidade pública a que se encontram afectadas, a um

dendo assumir um carácter *estadual, regional e local*⁷⁸, o *domínio público*⁷⁹, entendido como um âmbito mais restrito do que a categoria de *bens públicos*⁸⁰, surge caracterizado pela sua *inalienabilidade; imprescritibilidade; impenhorabilidade; insusceptibilidade de garantir obrigações; de ser objecto de servidões reais; de posse privatística; de ser objecto de execução forçada ou de expropriação por utilidade pública*⁸¹, ou seja, apresenta como característica tradicional (mas não actual!), a *conservação*.

Dada a sua relevância, cumpre salientar a referência que a nossa lei fundamental faz a esta matéria uma vez que no seu art.º 84 da C.R.P., introduzido com a segunda revisão constitucional, de 1989, estabelece-se a existência de um *domínio público constitucional formal (e até mesmo material)*, ou *ex constitutione*, assim como um *domínio público legal, ou ex lege*⁸² (cf. al. f) do n.º 1 do art. 84º da C.R.P.) que por sua vez se encontra regulado no Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, que estabelece o *Inventário Geral dos Bens do Estado*.

Desta análise, depreende-se que o actual elenco constitucional, nesta matéria, não determina um *numerus clausus* dos *bens dominiais*⁸³. Todavia, em *termos constitucionais, formais*, não existe nenhuma norma que determine a *dominialidade* da RNT. Já quanto à sua determinação em termos legais, tal solução poderá não ser pacífica e isenta de dúvidas.

4.1 – A posição de MARCELLO CAETANO

A posição sufragada por MARCELLO CAETANO no domínio das *redes* necessita, antes de mais, de contextualização. Para o Autor, “*coisa pública*”, em sentido técnico-jurídico, implicava a necessidade da sua prévia qualificação por vial legal. No entanto, e através de uma construção doutrinal, “*coisa pública*” também podia resultar de uma afectação a um *uso directo e imediato do público*. A posição de MARCELLO CAETANO

regime jurídico especial caracterizado fundamentalmente pela sua incomerciabilidade, em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública” e a *acepção institucional*, onde o *domínio público* surge como um conjunto das normas que definem e regulam os direitos que se exercem sobre as *coisas públicas*. Cf. SIMÕES COSTA, *ob. cit.*, p. 166.

⁷⁸ Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1004. Para RUI MACHETE, a Constituição de 1976 parece inculcar um regime jurídico material em que só os chamados entes públicos de população e território podem ter bens do *domínio público*. Cf. RUI MACHETE, *ob. cit.*, p. 1374.

⁷⁹ Para MARCELLO CAETANO, o *domínio público* surgia como “categoria das coisas públicas, quer os poderes da Administração sobre os bens apropriados, sobre certos espaços sujeitos à mera soberania do Estado e, em sentido lato, sobre as próprias coisas particulares (servidões administrativas)”. Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 896.

⁸⁰ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1005.

⁸¹ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, cit., pp. 180 e 181 e J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1005.

⁸² No mesmo sentido, ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, p. 298.

⁸³ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 1005 e 1006.

reflecte, deste modo, o paradigma instituído pela *Constituição plebiscitária* de 1933, mais concretamente do plasmado no n.º 8 do artigo 49.º⁸⁴.

Não descurando as teorias atinentes ao *destino dos bens* (cujos critérios reflectem o *uso público*; o *serviço público* e o *fim administrativo*), passando pelas teorias atinentes aos *caracteres jurídicos naturais ou jurídicos das coisas* (como o *critério da afectação*)⁸⁵, para o Autor, “a publicidade das coisas resulta da lei: é um carácter atribuído pelo Direito positivo. Qualquer teoria elaborada acerca da definição das coisas não poderá aspirar a substituir-se à lei”⁸⁶.

Uma das críticas possíveis de elaborar à posição *supra* referida é, desde logo, o facto de a mesma reflectir uma perspectiva positivista do direito. Todavia, recorde-se que MARCELLO CAETANO também se socorria de um *critério indiciário de publicidade* de uma coisa: o *uso directo e imediato do público*. É com base neste mesmo critério que o Autor acaba por concluir que é possível a *dominialidade das redes eléctricas*, enquanto *universalidades públicas afectas ao serviço público*⁸⁷, considerando, neste caso, que o *serviço público* no domínio das redes era um reflexo de um “*serviço público económico*”⁸⁸. Por outro lado, era ainda necessário que as referidas redes pertencessem a uma *pessoa colectiva pública*⁸⁹, ou então, que estivessem sob *concessão* outorgada por uma *pessoa colectiva pública* e se encontrassem afectas ao *serviço público*.

Com base no critério simbiótico de *universalidade pública* e da *afectação ao serviço público*, é possível afirmar inequivocamente que, para MARCELLO CAETANO, a *rede eléctrica*, e conseqüentemente a RNT, constituíam uma *coisa pública*.

4.2 – A posição de ANA RAQUEL MONIZ

Segundo a posição perfilhada pela Autora a RNT não é subsumível à categoria dos *bens dominiais*⁹⁰. A base desta posição resulta da inexistência de uma tomada de posição, quer explícita quer implícita do Legislador, quanto à dominialidade da RNT. No entanto, da argumentação que a Autora mobiliza para expor o seu entendimento sobre a presente questão é possível reconhecer que, do ponto de vista legal, e por

⁸⁴ Nos termos do § 1 do n.º 8 do artigo 49.º da Constituição de 1933, “*Os poderes do Estado sobre os bens do domínio público e o uso destes por parte dos cidadãos são regulados pela lei e pelas convenções internacionais celebradas por Portugal, ficando sempre ressalvados para o Estado os seus direitos anteriores e para os particulares os direitos adquiridos, podendo estes porém ser objecto de expropriação determinada pelo interesse público e mediante justa indemnização*”.

⁸⁵ Sobre cada uma das teorias em questão V., MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pp. 881 – 885.

⁸⁶ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 886.

⁸⁷ Para este autor, *universalidades públicas* correspondem a “complexos de coisas pertencentes ao mesmo sujeito de direito público e afectadas ao mesmo fim de utilidade pública, que a Ordem jurídica submete ao regime administrativo como se se tratasse de coisas públicas simples” Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 873.

⁸⁸ Cf. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1976, cit., p. 218.

⁸⁹ No mesmo sentido, JOSÉ PEDRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 35.

⁹⁰ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, pp. 248 e 249.

mobilização a um argumento de *maioria de razão*, a RNT poderia estar integrada nas “redes de distribuição pública de energia eléctrica” previstas na al. I) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro⁹¹.

Continuando a analisar o entendimento da Autora também se conclui que a posição de neutralidade exercida pelo *Direito Europeu*, no que diz respeito à dominialidade das infra-estruturas, conjugada com *liberalização* e *privatização* dos tradicionais monopólios corporizados sobre a forma de *serviços* públicos e submetidos a “obrigações de serviço público”, potenciam a adesão, embora tendencial, a uma posição convergente com os argumentos para a não “dominialização” da RNT⁹².

4. 3 – A posição de PEDRO COSTA GONÇALVES

Para PEDRO COSTA GONÇALVES a RNT não apresenta uma natureza jurídico-pública na medida em que, do ponto de vista do “*domínio público ex constitutione*”, nada indica a *dominialidade* das *redes eléctricas*⁹³. Por sua vez, da análise ao Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, diploma que procede ao *Inventário Geral do Estado*, a referência a “redes de distribuição pública de energia eléctrica” (al. I) do art. 4.º), implica compreender a diferença estrutural e jurídica entre as actividades de *transporte* e *distribuição*, razão pela qual, para o Autor, não existe uma norma no ordenamento jurídico português que permita extrair a *dominialidade* da RNT⁹⁴.

Outro argumento que o Autor invoca sobre esta temática é a existência de uma nova filosofia que deriva da transformação de um “*Estado Proprietário*” para um “*Estado Regulador*”. Neste sentido, “mais do que um *regime do direito de propriedade* sobre as redes, ao Estado interessa delinear um *regime de gestão e de utilização* dessas infra-estruturas”⁹⁵. Da posição defendida por PEDRO COSTA GONÇALVES também é possível concluir que as redes eléctricas não devem ser concebidas como *universalidades públicas* uma vez que apresentam uma *identidade própria* que não se dissolve com a respectiva agregação e integração nas redes, características que o Autor entende verificada na *concessão* da RNT⁹⁶.

4. 4 – A posição de SUZANA TAVARES DA SILVA

Invocando a necessidade de uma “*visão jurídico-económica transversal*”⁹⁷, designadamente, em termos de eficiência, a Autora rejeita, à partida, uma categoria de *domínio público infra-estrutural*. Tendo em conta o carácter de *monopólio natural* da

⁹¹ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, p. 248.

⁹² Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *ob. cit.*, pp. 249 e ss.

⁹³ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *cit.*, p. 129.

⁹⁴ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *cit.*, p. 130.

⁹⁵ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *cit.*, p. 131.

⁹⁶ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *cit.*, p. 132.

⁹⁷ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico*, *cit.*, pp. 322 e ss.

rede eléctrica, SUZANA TAVARES DA SILVA, chama a atenção para o facto de a *concorrência*, neste sector, ser efectuada “na rede e pela rede, mas não entre redes”⁹⁸.

É neste sentido que a Autora refere que “as infra-estruturas apresentam-se, actualmente, como uma realidade dinâmica, global e estandardizada, que suscita problemas jurídicos novos, para os quais institutos jurídicos tradicionais como o domínio público e a propriedade privada se vêm revelando inoperativos e o próprio texto constitucional anacrónico, facto que em alguns casos, consubstancia uma “barreira jurídica ao mercado”⁹⁹. A posição que a autora assume reforça a característica da construção administrativa destes mercados. É deste modo que ao nível do *transporte de electricidade*, a sua posição enfatiza a existência de um modelo de capitalização, onde ao Estado cabe garantir a *gestão eficiente do bem* e renovar, periodicamente, a outorga da sua *gestão*¹⁰⁰.

Todavia, salienta que a *liberalização* efectuada no *sector energético* não estatui, *ipso facto*, uma conclusão inerente ao *estatuto da titularidade das redes*¹⁰¹. Suscitando objecções à *teoria da privatização – desafecção*¹⁰², para SUZANA TAVARES DA SILVA existe a necessidade de uma *decisão político-legislativa expressa* para uma possível privatização material, desde logo, por razões de segurança jurídica.

5. – Reflexão sobre a problemática

“Traçada” e percorrida a análise à natureza jurídica da RNT, do ponto de vista doutrinal e da sua juridicidade, concluímos que a *infra-estrutura* em questão não se encontra adstrita ao *regime jurídico da dominialidade*, não obstante se registre uma evolução deste regime que aponta para a *exploração e aproveitamento* das potencialidades económicas dos *bens* classificados e regidos segundo as características do *domínio público*¹⁰³.

Tal solução reflecte, assim, o actual paradigma que absorve o domínio das *infra-estruturas* e que o re-contextualiza à *teleologia* das novas funções do *Estado*, as quais aludimos no início do presente trabalho. Ora, face à tendência que se verifica quanto à substituição de uma *responsabilidade de execução* “*erfullungsverantwortung*” por uma *responsabilidade de garantia da prestação* “*gewahrleistungsverantwortung*”, res-

⁹⁸ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 187. Salientando uma posição convergente, ROBERT MICHAELS, *ob. cit.*, pp. 5 e 6 e FRANCOIS COPPENS and DAVID VIVET, *ob. cit.*, p. 20.

⁹⁹ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 320 e *Idem, Um novo Direito Administrativo?*, *cit.*, pp. 43 e 44.

¹⁰⁰ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, pp. 354 – 362.

¹⁰¹ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 356.

¹⁰² Nos termos da *teoria da privatização – desafecção*, uma ruptura do modelo público ao nível dos serviços determinará, como consequência, uma *desdominialização das infra-estruturas*. Salientando a questão, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 356.

¹⁰³ Salientando este problema, ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato Público e Domínio Público. Os Contratos sobre o Domínio Público à luz do Código dos Contratos Públicos e da nova legislação sobre o Domínio Público”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *cit.*, pp. 831 e ss. No mesmo sentido, RUI MACHETE, *ob. cit.*, p. 1375 e MARCELLO CAETANO, *Manual, cit.*, p. 1375.

ponsabilidade que se encontra funcionalizada à protecção da *igualdade, universalidade, continuidade* e a *adaptabilidade* dos serviços que são prestados, constatamos a existência de uma tensão entre, por um lado, as “ambições” (positivas e negativas) do *mercado* e da *concorrência* e, por outro lado, a salvaguarda e efectividade de um Estado de Direito na sua vertente de *socialidade condigna* e sem *retrocessos sociais* na prestação dos *serviços públicos essenciais*¹⁰⁴ que se encontra agregados às *infra-estruturas essenciais*.

Esta realidade surge, também, como consequência da “asfixia financeira” do *Estado moderno* e da sua “incessante” necessidade em obter novas formas de financiamento (*v.g. project finance*), realidade que é mais premente no sector das *infra-estruturas*¹⁰⁵. Como resultado, e seguindo o entendimento proposto por SUZANA TAVARES DA SILVA, “estabelecer uma linha divisória entre infra-estruturas públicas e privadas pode revelar-se uma tarefa muito complicada, quando não mesmo impossível”¹⁰⁶.

Não sendo a RNT uma *bem do domínio público*, coloca-se, assim, a questão de saber qual o regime jurídico que deverá modelar esta *infra-estrutura essencial*. A resposta ao problema, quanto a nós, passa por uma re-compreensão do *direito de propriedade*. Sendo inegável o impulso que a lei atribui à *concessionária* da RNT, a REN, na medida em que a considera *proprietária* ou *possuidora* dos bens que integram a *concessão*¹⁰⁷ (solução que não difere de outros ordenamentos jurídicos)¹⁰⁸, certo é que esta *propriedade* ou *posse* apresenta peculiaridades controversas, às quais, por sua vez, se conjugam com a controversa utilização da figura da *concessão de serviço público*.

No que diz respeito à mobilização do instituto jurídico da *concessão*, figura originalmente típica de um *Estado Intervencionista*, apelidada de “nobreza sem fortuna” (MAGALHÃES COLLAÇO), verificamos que a sua mobilização no domínio da RNT não é

¹⁰⁴ Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, *Estudos de Direito do Consumidor*, N.º 2, Coimbra, 2000, cit., p. 335. O Autor salienta quais os princípios que devem pautar esta actividade, desde logo, o *princípio da universalidade*, segundo o qual o serviço deverá de ser acessível a todos os interessados, parecendo resultar deste princípio, por outro lado, o dever de contratar imposto ao prestador do serviço; o *princípio da igualdade*, que prevalecerá assim sobre o da liberdade contratual; o *princípio da continuidade*, a fim de assegurar um funcionamento regular do serviço; e o *princípio do bom funcionamento*, com tudo o que isso implica em termos de qualidade do serviço, designadamente da sua adequação, eficiência e segurança. Sobressai, ainda, determinados padrões de qualidade como o grau de satisfação dos consumidores, principalmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões.

¹⁰⁵ Salientando um recuo e diminuição da *administração de infra-estruturas*, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões*, cit., p. 42 e 43. Sobre o *Project Finance* nas *infra-estruturas*, R. YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, San Diego, 2002, cit., p. 52 e GRAHAM VINTER, *Project Finance*, 3.ª Edition, London, 2006, cit., p. 32 e ss.

¹⁰⁶ Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector Eléctrico*, cit., p. 341. A Autora defende, assim, a insuficiência de considerar as infra-estruturas de rede como *bens públicos* produzidos por empresas privadas em regime de concessão de obra pública ou em complemento de concessão de um serviço público.

¹⁰⁷ Cf. n.º 1 da Base XIII, Capítulo II, Anexo II do Decreto-Lei n.º 172/06, de 23 de Agosto de 2006.

¹⁰⁸ Referimo-nos ao ordenamento jurídico Norte-americano nos termos do qual, desde 1978, a propriedade, no quadro da actividade eléctrica, era significativamente privada. Cf. PATRÍCIA PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 64.

uma questão pacífica e isenta de dúvidas na doutrina portuguesa¹⁰⁹. Nos termos da posição sufragada por PEDRO COSTA GONÇALVES, é a importância do regime jurídico das concessões que determina, por vezes, a sua aplicação a serviços que, não sendo *serviços públicos*, ainda assim a lei os submete a um *regime* (ou obrigações) *de serviço público*¹¹⁰. Deste modo, o Autor considera que “*as concessões de redes não são afinal concessões, mas sim títulos que habilitam o exercício de actividades privadas, ou seja autorizações ou licenças*”¹¹¹.

Já nos termos da posição sufragada por SUZANA TAVARES DA SILVA, a concessão da RNT deve ser qualificada como uma “*concessão de gestão de infra-estrutura que se há-de subordinar ao regime jurídico próximo da concessão de obra pública*”¹¹². Isto porque, para a autora, a concessão da actividade de transporte de energia eléctrica deve ser juridicamente qualificada como um *contrato misto*, uma vez que comporta dimensões de *concessão de serviço ou em regime de serviço* (consoante se entenda que a actividade foi ou não privatizada) e de *concessão de obra*, que deve ser qualificado como contrato de gestão de infra-estruturas.

Em nossa opinião, entendemos que parte da análise da presente questão implica, também, a necessidade de uma re-compreensão do *direito de propriedade*. Tendo em conta a análise das *bases da concessão* da RNT verificamos que existem *bens* que pertencem à *cessionária*, – reversíveis para o *Estado* findo o prazo da *concessão*¹¹³, tendo este a *obrigação de indemnizar* a *cessionária* “dos valores dos bens por ela adquiridos descontado das amortizações até ao último balanço aprovado e dos subsídios que receberam”¹¹⁴ –, assim como *bens* que pertencem ao *Estado*¹¹⁵, embora, como já tivemos a oportunidade de verificar, não subsumíveis ao regime jurídico do *domínio público* em sentido estrito.

No que diz respeito aos *bens da concessionária*¹¹⁶, entende a doutrina que tais bens, utilizados “*na gestão do serviço não pertencentes à Administração concedente,*

¹⁰⁹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico, *cit.*, p. 202 e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia, cit.*, p. 199.

¹¹⁰ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, *cit.*, p. 35. Salientando a passagem do conceito de *serviço público*, a cargo de entidades públicas, para as *obrigações de serviço público*, a cargo de entidades privadas, VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 246.

¹¹¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico, *cit.*, p. 202. Salientando a utilização da figura jurídica da *licença* no ordenamento britânico, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 169.

¹¹² Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, pp. 367 – 369.

¹¹³ Cf. n.º 1 e 2 da Base XXXVIII, Capítulo VI, Anexo II do Decreto-lei n.º 172/06, de 23 de Agosto de 2006.

¹¹⁴ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico, *ob. cit.*, p. 198.

¹¹⁵ Partilhando esta opinião, PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico, *ob. cit.*, p. 197; RUI MACHETE, *ob. cit.*, p. 1401 e SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico, cit.*, p. 339 e 340 onde a Aurora considera que nas *infra-estruturas* existe uma necessária imbricação entre o público e o privado.

¹¹⁶ Para PEDRO COSTA GONÇALVES, existe uma tendência para em princípio, as *cessionárias* das redes nacionais (...) proprietárias dos bens constitutivos das redes que exploram; será outra a situação apenas no caso de a legislação ou os contratos identificarem bens que não pertencem às *cessionárias*. Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações”, *cit.*, p. 133.

são naturalmente bens seus, sujeitos, em princípio, a um regime de direito privado”¹¹⁷. Todavia, entendemos que uma solução preconizada nestes termos implica uma nova compreensão das características do *direito de propriedade*. Não descorando que nas concessões é comum a existência de *cláusulas de transferência do direito de propriedade sobre os bens do concessionário para o concedente*, o que determina a existência de uma propriedade temporalmente limitada¹¹⁸, a verdade é que soluções deste tipo implicam uma *legitimidade democrática* acrescida quando interpretado o direito de propriedade como um *direito análogo a direitos liberdades e garantias*¹¹⁹.

Tido como o “molde jurídico onde vaza o poder humano de usar, de gozar, ou de dispor dos bens de forma plena”¹²⁰, o *direito de propriedade* que recai sobre os bens da concessionária da RNT implica o *livre acesso de terceiros a esta infra-estrutura essencial*. Esta característica, por sua vez, pode ser objecto de três interpretações possíveis: (i) considerar a existência de um *novo tipo de propriedade*, uma propriedade “vinculada”, (ii) a existência de uma mera *limitação indirecta ao direito de propriedade* resultante de um dever jurídico de contratar¹²¹ e (iii) uma *modelação do direito de propriedade* nos termos da parte final do art.º 1305.º do C.Civ.¹²².

Entendemos que a melhor doutrina é a que procede à compreensão, nestas circunstâncias, da existência de uma *propriedade vinculada*, ou seja, de uma *propriedade* que se separa do *uso*, por via de uma *afecção e/ou vinculação* a um determinado fim (eficiente) e não à sua *titularidade*¹²³. De facto, a adesão a estes argumentos permite responder não só às exigências, já salientadas, da doutrina das “*essential facilities*”, – já que a concessionária da RNT deve proporcionar aos interessados, de forma *não discriminatória e transparente*, o *acesso à rede*¹²⁴ –, mas também do cumprimento de

¹¹⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 310.

¹¹⁸ Como indica PEDRO COSTA GONÇALVES: “Quando os bens estão sujeitos a cláusula de transferência, entende-se que a Administração concedente adquire a titularidade de um direito real *in faciendo*, isto é, de um direito em que o sujeito passivo, enquanto proprietário da coisa que é dele objecto, fica obrigado a realizar uma prestação positiva; o concessionário pode assim ser considerado titular de um direito de *propriedade temporário ou resolúvel*.” Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão*, cit., p. 311.

¹¹⁹ Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, cit., pp. 897 e 898.

¹²⁰ Cf. ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA, *Direitos Reais* (segundo as prelecções do Prof. Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto ao 4 ano jurídico de 1970-71), Coimbra, 1971, cit., p. 217.

¹²¹ Salientando o facto de o acesso regulado representar a existência de contratos forçados entre os gestores das redes e os intermediários no acesso às redes no ordenamento espanhol *vide*, JOSÉ DIAZ LEMA, – «La Liberalización de las Redes Europeas de Gas y Electricidad (Un Estudio de las Directivas Comunitarias 2003/54 y 2003/55)», *REDETI*, N.º 21, Septiembre – Diciembre, 2004, cit., p. 403.

¹²² “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Sobre o artigo em questão, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol III, 2.º Edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, cit., p. 94.

¹²³ Neste sentido, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, cit., p. 132 e 133; LUCÍA GARCÍA-Morato e GASPAR ARIÑO ORTIZ, *ob. cit.*, p. 29; JUAN CUÉTARA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 29 e ss. e MARIA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la noción de red”, *cit.*, p. 745.

¹²⁴ Cf. art.º 28 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

obrigações em regime de serviço público, salvaguardadas por uma regulação (económica e social) *garantidora*¹²⁵, ou seja, uma nova forma de *responsabilidades do Estado*¹²⁶ que, *in caso*, surge salvaguardada pela ERSE.

Relativamente aos *bens do concedente* e determinada a não submissão da RNT ao *domínio público*, a pergunta que se impõe é a de saber que tipo de *domínio privado* deverá recair sobre a mesma. Como ponto de partida, e tendo em conta que a relevância estadual, nesta matéria, salienta uma preocupação acrescida com a *gestão eficiente* e não a *titularidade* do bem em causa, cremos que existe um perigo em considerar o *regime jurídico aplicável* como um *regime livremente disponível de domínio privado*.

Na nossa perspectiva, a questão circunda em torno do instituto privatístico da *acessão industrial imobiliária*¹²⁷. Não obstante na doutrina portuguesa, designadamente Rui Machete, rejeite a aplicação do instituto em causa, em virtude da solução estabelecida no C.Civ.¹²⁸, a verdade é que a aplicação de um *domínio privado* a uma *concessão* cuja duração é de 50 anos, num sector tecnologicamente desenvolvido e concessionado em efectiva desadequação tecnológica¹²⁹, onde o período temporal necessário às amortizações de capital intensivo – que resultam de um *dever de mo-*

¹²⁵ Sendo um conceito polissémico, a doutrina considera a *regulação* como “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado de acordo com determinados objectivos públicos.” Cf. VITAL MOREIRA, *A Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, cit., p. 34. Já PEDRO COSTA GONÇALVES entende por *regulação*, “uma intervenção estadual externa na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em regime concorrencial; em traços gerais, essa intervenção consiste na definição das condições normativas de funcionamento da actividade regulada e no controlo da aplicação e observância de tais condições.” Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, cit., p. 540.

¹²⁶ Cf. IÑIGO CASTIELHA, “La regulación económica como alternativa”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 130, 2006, cit., pp. 227 – 254. No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “As concessões no sector eléctrico”, cit., p. 201 e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, cit., p. 17.

¹²⁷ Sobre o instituto jurídico em causa, SANTOS JUSTO, António, *Direitos Reais*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, cit., p. 262. Segundo a jurisprudência do STJ, são requisitos da *acessão industrial imobiliária*: a) que a incorporação realizada resulte de um acto voluntário do interventor na feitura da obra; b) que essa incorporação seja efectuada em terreno que não lhe pertença ou seja propriedade de outrem; c) que os materiais utilizados pertençam ao interventor /autor da incorporação; d) que da incorporação resulte a constituição de uma unidade inseparável, permanente, definitiva e individualizada entre o terreno e a obra; e) que o valor acrescentado pela obra adicione valor àquele que o prédio possuía antes de ter sofrido a incorporação; f) que o interventor tenha agido de boa fé; g) que actue potestativamente de modo a formular uma pretensão de adquirir para si o direito de propriedade da coisa que sofreu a sua intervenção. Cf. Acórdão do STJ de 9 de Fevereiro de 2012, processo, 45/1999 L1. S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁸ Cf. RUI MACHETE, ob. cit., p. 1396. Segundo o Autor, a alínea d) do n.º 1 do artigo 688.º/1 do Código Civil, que se refere aos objectos susceptíveis de serem hipotecados, permite rejeitar a *existência de um tratamento jurídico unitário neste matéria e, como tal, o instituto da acessão é impedido de funcionar*.

¹²⁹ Segundo a caracterização da RNT em 31 de Dezembro de 1999, é necessário evidenciar a antiguidade que as subestações da RNT manifestam. Assim, destacamos as Subestações de Alto Mira; Ermesinde; Pereiros; Sacavém; Setúbal e Zêzere que entraram em serviço no início da década de 50 e início da década de 60. Cf. REN, *Caracterização da RNT em 31 de Dezembro de 1999, Julho de 2000*, cit., Anexo A (Principais características das subestações da RNT a 31 de Dezembro de 1999).

*dernização*¹³⁰ que recai não só quanto aos bens que pertencem à concessionária, mas também quanto os bens que, não sendo seus, são fundamentais para uma prestação eficiente e contínua do serviço ¹³¹ – é longo, determinam uma dificuldade na separação das propriedades afectas à concessão.

Sendo certo que seria uma *aquisição originária do direito de propriedade*, a verdade é que seria uma *aquisição temporalmente limitada* em virtude da *reversão* dos bens finda a *concessão*. No entanto, e como consequência, o montante da *indenização* prevista no n.º 2 da Base XXXVIII seria manifestamente superior.

Mas o nosso entendimento sobre o problema não deriva da solução preconizada pelo C.Civ. e da sua suposta conclusão de incompatibilidade na mobilização do instituto em causa. Para nós, a adesão a tal solução peca, não pela sua conclusão, mas pelas suas premissas. Como já referimos, a RNT consubstancia uma *infra-estrutura essencial* cuja relevância não pode ser menosprezada. É em virtude da sua *essencialidade* que acreditamos que a mobilização de *institutos privados* por parte da Administração não pode negar a existência da sua funcionalização à prossecução do *interesse público*. Como consequência, o recurso ao C. Civ. implica um certo *iter* argumentativo. Na verdade, só assim será quando não exista uma resposta obtida, sucessivamente, através de um *regime jurídico-administrativo especial*; de um *regime jurídico-administrativo geral*; de *princípios e normas gerais de direito administrativo* e, por fim, e a *título subsidiário*, recorrer-se-á à *lei civil*.

No nosso entender, a resposta à impossibilidade de mobilização da *acessão* será dada pela existência de um *domínio privado indisponível*, regido, enquanto *princípios e normas gerais de direito administrativo*, por um *direito privado administrativo* que, no entendimento da doutrina, apresentará “alguns traços semelhantes aos bens do domínio público”¹³².

¹³⁰ Cf. al. e), n.º 2, do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, que estabelece as bases da organização e funcionamento do sector da electricidade. Esta análise também é possível de ser constatada como uma das actuações da REN: “Renovar equipamento em fim de vida útil. Trata-se de outra categoria de decisões de planeamento, decorrendo de substituir equipamento em fim de vida ou ainda de mudar ou melhorar equipamentos antigos para melhorar e reduzir impactos ambientais de diversas naturezas, em particular junto de aglomerados de maior densidade e ocupação populacional” Cf. www.REN.pt.

¹³¹ Este entendimento é possível de ser constatado pela própria REN. Na verdade, e tendo em conta a eficiência energética no que diz respeito às perdas de energia eléctrica, que só se consegue alcançar por via da inovação da tecnologia, constatamos que no período de 1997 a 2009 reduziu-se 44% de perdas de energia eléctrica na RNT. Por outro lado, e no que diz respeito às infra-estruturas da RNT, constatamos, que por razões de ordem ambiental e de ordenamento do território, tem-se verificado a opção por remodelar, reconstruir ou reforçar as instalações existentes, em particular, a reutilização de corredores de linha em fim de vida útil. Cf. www.REN.pt.

¹³² Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1002.



• U



C •

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA