

O novo regime jurídico para a distribuição de energia eléctrica em baixa tensão: breve apontamento crítico

O objectivo deste breve apontamento crítico à solução normativa aprovada pela Lei n.º 31/2017, de 31 de Maio, e aos seus ulteriores desenvolvimentos cinge-se a uma explicação dos pressupostos em que se baseia este regime jurídico, à análise crítica das soluções já conhecidas e à fundamentação do nosso juízo negativo quanto à solução política e jurídica adoptada.

1. O complexo ponto de partida

O ponto de partida para análise deste problema – porque é, como veremos, um problema – reside na determinação ou não da existência de uma *atribuição municipal em matéria de distribuição de energia eléctrica*, que deva ser reconduzida a um *elemento caracterizador entre nós do núcleo da autonomia do poder local* ⁽¹⁾. Em nosso entender, só um tal entendimento jurídico-político pode justificar a complexidade do modelo adoptado no território continental.

⁽¹⁾ O art. 23.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro (alterada pelas Leis n.ºs 25/2015, de 30 de Março, 69/2015, de 16 de Julho, 7-A/2016, de 30 de Março, e 42/2016, de 28 de Dezembro), que aprova o regime jurídico das autarquias locais, inclui a energia no leque de atribuições do município, enquanto elemento de promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respectivas populações, em articulação com as freguesias. Uma atribuição que se materializa na competência da câmara municipal para criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviços e redes de circulação de energia [art. 33.º, n.º 1, alínea *ee*)]. Sublinhe-se que a qualificação da energia como atribuição dos municípios já resultava dos diplomas legais anteriores – *v.* art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, e art. 8.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março.

Mais recentemente, segundo o art. 19.º, n.º 1, alínea *b*), *ii*), da Lei n.º 50/2018, de 16 de Agosto, que aprova o *quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais*, passa também a ser da competência dos órgãos municipais, nas praias marítimas, fluviais e lacustres, integradas no domínio público do Estado, proceder à manutenção, conservação e gestão do abastecimento de energia.

Lembramos que a *qualificação do abastecimento de energia eléctrica às populações como um serviço público municipal* foi há muito debatida na Europa, aquando da liberalização e privatização do sector, tendo ficado pacificado o entendimento de que este é hoje um *serviço de interesse económico geral*, prestado em regime de mercado regulado, e que o princípio da autonomia do poder local não pode ser invocado pelos Estados (nem por entidades administrativas ou político-administrativas infra-estaduais) como limite à implementação das regras europeias do mercado interno da energia, designadamente para permitir que os municípios continuem a exercer a actividade de fornecimento de energia eléctrica às populações, mesmo em países que tinham forte tradição municipal na prestação deste serviço, como era o caso da Alemanha ⁽²⁾.

Também recorrer ao *argumento histórico*, pese embora o papel que os serviços municipalizados tiveram no início do processo de electrificação do país, para tentar justificar a *inevitabilidade* ou *inerência* das competências municipais no sector eléctrico, se nos afigura desadequado e excessivo ⁽³⁾.

⁽²⁾ Sobre as competências dos municípios alemães na área energética e, em especial, no sector eléctrico *v.*, por todos, BÜDENBENDER, “Die Entwicklung des Energierichts seit Inkraft-Treten der Energierichtsreform von 1998”, *in DVBl*, Junho 2001, p. 953; TOBIAS LEIDINGER, “Energiewirtschaftsgesetz contra kommunale Selbstverwaltungsgarantie?”, *in DöV*, Heft 20, 1999, pp. 861 e segs.; e MARCELLO CLARICH, “Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: L’esperienza italiana e tedesca a confronto”, *in Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 91 e segs. Alguns autores ainda tentaram defender que a *municipalização da actividade* se podia justificar em nome da garantia do acesso à rede, o que também não fazia qualquer sentido, tendo em conta que a distribuição de energia eléctrica em baixa tensão é uma actividade subordinada ao poder de regulação das autoridades reguladoras – *v.* DIRK HAUSER, *Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht*, Dissertation (recurso *on-line*), Stuttgart, 2004, p. 98.

⁽³⁾ No mesmo sentido *v.* VIEIRA DE ANDRADE, “Distribuição pelos municípios da energia eléctrica em baixa tensão”, *in Colectânea de Jurisprudência*, 1989, p. 22. De resto, não deixa de ser curioso que, sob o mesmo quadro legal em matéria de atribuições municipais, onde a identificação expressa da atribuição é em matéria de energia em geral e não do sector eléctrico, o legislador tenha entendido que, no caso do gás natural, a atribuição das competências em matéria de redes de distribuição de gás era uma atribuição do Estado e uma competência do Governo – *v.* art. 27.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro – e que os municípios nunca tenham reclamado qualquer “poder” relativamente às actividades neste sector energético.

Com efeito, os municípios deram um contributo importante ⁽⁴⁾ mas o trabalho fundamental na electrificação de todo o território continental foi desenvolvido após o 25 de Abril (basta uma breve análise demográfica e da expansão urbana para verificar este facto) pela então empresa pública nacional – a EDP, E.P. –, à qual, em 1976, todas as actividades foram confiadas em regime de monopólio ⁽⁵⁾.

De resto, foi a centralização numa empresa pública nacional de todas as actividades do sector eléctrico, incluindo a distribuição em baixa tensão (BT) – a qual, à data, incluía também a venda de energia eléctrica aos consumidores finais –, que motivou, no início dos anos '80, a primeira onda de litígios entre o Estado e os municípios ⁽⁶⁾, a qual haveria de cul-

⁽⁴⁾ V. Lei n.º 2075, de 21 de Maio de 1955. Sobre a história da electricidade em Portugal v. JAIME FERREIRA/JOÃO FIGUEIRA, *A electrificação do centro de Portugal, no século vinte*, EDP, Lisboa, 2001; JOSÉ MANUEL LOPES CORDEIRO, *Cooperativa Eléctrica do Vale de Este: sete décadas de electrificação rural (1930-2001)*, Vila Nova de Famalicão, CEVE, 2001; ANA CARDOSO DE MATOS, *O Porto e a electricidade*, Lisboa, Museu da Electricidade, 2003; e NUNO LUÍS MADUREIRA, *A História da Energia. Portugal 1890-1980*, Livros Horizonte, 2005.

⁽⁵⁾ Lembramos que o Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, nacionalizou as sociedades exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica e determinou a transferência para a entidade económico-jurídica que resultasse da reestruturação das empresas nacionalizadas das instalações e serviços de produção e distribuição de energia eléctrica que àquela data eram explorados por autarquias locais, directamente ou por intermédio de serviços municipalizados ou por federações de municípios (art. 12.º, n.º 2). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, criou a empresa pública Electricidade de Portugal – EDP, E.P. e encarregou-a, em regime de exclusividade, da exploração do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica no território do Continente, transferindo para esta todos os bens que faziam parte das empresas nacionalizadas e dos municípios (art. 7.º).

⁽⁶⁾ Discutiu-se nessa ocasião o facto de aquela medida – a nacionalização de todas as actividades do sector, seguida da transferência para a empresa pública dos bens privados e municipais – poder consubstanciar uma violação dos direitos das autarquias locais. A solução harmonizadora, então concebida, constava da Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/82, publicada em 14 de Julho, na sequência do disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 213-A/80, publicada em 18 de Junho, que reafirmou a distribuição de energia eléctrica em BT como atribuição autárquica e estabeleceu alguns princípios que apontavam para a concessão, pelas autarquias, dos serviços de distribuição à empresa pública EDP. O Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, veio dar execução ao disposto nas mencionadas resoluções, estipulando, em termos gerais, as condições a que deveriam obedecer os referidos contratos de concessão.

Alguns municípios foram, porém, forçados a aderir a este regime de concessões, *ex vi* do disposto no Decreto-Lei n.º 262/84, de 1 de Agosto, segundo o qual o Governo ficava

minar com a adopção do modelo organizativo e regulatório vigente até hoje.

A organização e regulação da actividade de distribuição de energia eléctrica em BT consta do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro (na sua redacção actualizada ⁽⁷⁾), caracterizando-se, essencialmente, pelos seguintes traços: *i*) reconhecimento de atribuições municipais em matéria de energia eléctrica, que, até 2006, incluíam a distribuição em BT, a venda de energia eléctrica aos consumidores finais e a iluminação pública; *ii*) o exercício daquelas actividades pela EDP, E.P., em regime de concessão de serviço público, com exclusividade, e mediante o pagamento aos municípios, a título de contrapartida, de uma prestação pecuniária legalmente qualificada como *renda* ⁽⁸⁾; e *iii*) a regulação das concessões a partir de instrumentos normativos estaduais, baseando-se os contratos celebrados pelos municípios num contrato-tipo aprovado por portaria ministerial ⁽⁹⁾, e sendo a renda calculada de acordo com as regras fixadas pela lei e por instrumentos regulatórios estaduais, cabendo aos municípios exercer pequenos poderes, dentro da margem de decisão que o legislador lhes concede, no âmbito do serviço de iluminação pública.

Este quadro regulatório, no âmbito do qual *os municípios sempre desempenharam, na prática, um papel irrelevante no exercício da actividade de distribuição em BT*, limitando-se, basicamente, a receber a renda e, mais recentemente, a “desafiar” as regras estipuladas nos contratos de concessão em

autorizado a atribuir à EDP a distribuição de energia eléctrica em BT nos municípios que não cumprissem as obrigações decorrentes do tarifário aprovado e que fossem devedoras à EDP. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/86, de 23 de Maio, veio identificar, em concreto, os casos em que a EDP assumiria a distribuição de energia eléctrica em BT.

⁽⁷⁾ A redacção do Decreto-Lei n.º 344-B/82 foi actualizada pelo Decreto-Lei n.º 297/86, 18 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 17/92, de 5 de Fevereiro.

⁽⁸⁾ A primeira fórmula de determinação do valor da renda foi aprovada pela Portaria n.º 1076/82, de 17 de Novembro, posteriormente modificada pela Portaria n.º 966/83, de 9 de Novembro. Seguiram-se a Portaria n.º 90-B/92, de 10 de Fevereiro, e a Portaria n.º 437/2001, de 28 de Abril. Em 2008, o Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de Novembro, estipulou um novo regime de cálculo da renda, que ainda está em vigor.

⁽⁹⁾ Inicialmente, o contrato-tipo constava da Portaria n.º 148/84, de 15 de Março, posteriormente alterada pela Portaria n.º 148/84, de 15 de Março. Mais tarde, a Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio, revogou a Portaria n.º 148/84 e aprovou novo contrato-tipo.

matéria de serviço de iluminação pública⁽¹⁰⁾, arrastou-se até hoje e conseguiu sobreviver à profunda reorganização do sector no contexto da separação entre as actividades (*unbundling*)⁽¹¹⁾, à liberalização do mercado e da actividade de comercialização⁽¹²⁾, à privatização das empresas concessionárias das redes de transporte (REN) e de distribuição (EDP, S.A.) e aos diversos pacotes europeus sobre a organização do mercado interno da electricidade⁽¹³⁾.

Contudo, apesar de, pelo menos desde 2006⁽¹⁴⁾, Estado e municípios estarem cientes de que o modelo regulatório vigente – baseado nos mencionados contratos municipais de concessão com clausulado pré-determinado num modelo-tipo estadualmente definido, em que o concessionário acabava por ser, na prática⁽¹⁵⁾, uma única entidade – teria inevita-

⁽¹⁰⁾ Referimo-nos à celebração de contratos de gestão de eficiência energética na iluminação pública.

⁽¹¹⁾ A separação entre as actividades reguladas e as actividades de mercado é implementada entre nós com o “pacote legislativo” de 1995, que incluía, entre outros diplomas, o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, que estabelecia as bases da organização do Sistema Eléctrico Nacional, e o Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, que criou a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE).

⁽¹²⁾ Referimo-nos, essencialmente, aos seguintes diplomas: definição das condições de exercício, em regime de mercado, da actividade de comercialização (Decreto-Lei n.º 184/2003, de 20 de Agosto), aprovação de um regime transitório relativo à comercialização de energia eléctrica (Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto), alargamento do conceito de elegibilidade aplicável aos consumidores de energia eléctrica (Decreto-Lei n.º 36/2004, de 26 de Fevereiro) e extensão da elegibilidade aos consumidores de energia eléctrica em baixa tensão normal (Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto).

⁽¹³⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre as diversas fases e regimes regulatórios pelos quais passou o sector eléctrico em Portugal, v. o nosso *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

⁽¹⁴⁾ Com a aprovação e entrada em vigor dos Decretos-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e n.º 172/2006, de 23 de Agosto. Embora a questão do cenário “pós-concessões municipais à EDP” só se tenha colado agora, ela foi amplamente discutida, pela primeira vez, em 2001, aquando da primeira renovação dos contratos de distribuição de energia eléctrica em BT, tendo alguns autores considerado que, já nessa data, deveria ter existido um procedimento concursal – PEDRO GONÇALVES/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *As concessões municipais de distribuição de electricidade*, CEDIPRE, 2001.

⁽¹⁵⁾ No território de Portugal continental, existem actualmente, para além da EDP-Distribuição, 10 entidades que exercem esta actividade, mas que no seu conjunto apenas abrangem 0,5% dos clientes finais – v., para uma visão geral do sector, ERSE, *Guia sobre a Distribuição de Energia Eléctrica em Baixa Tensão*, Fevereiro de 2018, p. 7 (recurso disponível em www.erse.pt).

velmente de ser alterado ⁽¹⁶⁾, nem um nem outros fizeram o que seria exigível e expectável. Era essencial, tendo em conta as dimensões formais e materiais de um Estado de Direito, como a segurança jurídica ou a boa administração, terem sido adoptadas medidas adequadas no sentido de preparar convenientemente as alterações indispensáveis para promover uma *smooth transition* entre os modelos, aproveitar a oportunidade para criar um ambiente adequado à captação de investimentos para os desafios futuros que se colocam nesta actividade (em particular no plano das redes inteligentes) e procurar a melhor solução para o interesse público.

A nosso ver, a solução óptima para a reorganização do modelo teria passado pela distinção clara entre as actividades de distribuição de energia eléctrica em BT e iluminação pública, limitação das atribuições municipais à iluminação pública e fundindo a distribuição de energia eléctrica em BT, AT e MT, que assim passariam a ser exploradas em um único regime de concessão nacional.

Lembramos que a *distribuição de energia eléctrica em BT* consiste apenas na “veiculação de electricidade em redes de distribuição de baixa tensões para entrega ao cliente, excluindo a comercialização” e que esta actividade é necessariamente “independente, no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões de outras actividades não relacionadas com a distribuição” ⁽¹⁷⁾, designadamente a comercialização ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ A entrada em vigor dos Decretos-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e n.º 172/2006, de 23 de Agosto, não pôs em causa a vigência dos contratos de concessão de distribuição de energia eléctrica em BT, entretanto renovados (renovação que, como dissemos, ocorreu em 2001), mas obrigou à respectiva adaptação às novas regras legais – o art. 71.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 29/2006 referia expressamente que a exploração das concessões de electricidade em BT passaria a processar-se de acordo com o novo regime jurídico fixado nesse diploma e na legislação complementar – na parte em que o regime jurídico relativamente à exploração das redes de distribuição em BT se revelava incompatível com as novas regras europeias –, o que levou, desde logo, à possibilidade de os municípios passarem a adquirir a energia eléctrica para a iluminação pública a um fornecedor diferente do distribuidor – v. LICÍNIO LOPES MARTINS, “A «instrumentalização» dos monopólios naturais contra vias de abertura a medidas de eficiência energética”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 28, 2011, pp. 49-62.

⁽¹⁷⁾ Cf. arts. 3.º, alínea o), e 36.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na sua redacção actualizada.

⁽¹⁸⁾ A ERSE, de resto, no âmbito das suas atribuições e competências, tem desenvolvido um incansável esforço de esclarecimento dos municípios sobre o conteúdo e os contornos regulatórios do exercício desta actividade, incluindo a publicação de documen-

Acresce que a distribuição em BT não é exercida em regime de mercado, mas sim sob a regulação económica da autoridade reguladora (a ERSE), que se traduz, dito de forma simplificada, num regime de *regulação tarifária* que impede o operador da rede de distribuição ⁽¹⁹⁾ de repercutir livremente nos proveitos a recuperar (*vulgo*, na cadeira tarifária que forma, por último, o preço do fornecimento de energia eléctrica suportado pelo consumidor final do serviço) todos os custos que pretende.

Queremos com isto destacar também que *a actividade de distribuição em BT não é, nem pode vir a ser, uma fonte de alta rentabilidade para os municípios*. Pelo contrário, aqueles que optarem pela internalização da actividade perdem até o direito ao recebimento da *renda*, cujo valor anual agregado a nível nacional representa em 2018, segundo as informações sobre tarifas e preços da ERSE, 258 197 M€, consubstanciando a 2.ª maior parcela dos custos de política energética, ambiental ou de interesse económico geral (logo a seguir ao sobrecusto com a produção em regime especial), suportados por todos os consumidores de energia eléctrica.

Apesar deste enquadramento normativo da actividade de distribuição de energia eléctrica em BT, que a afasta, em muito, do que pode qualificar-se como um serviço público municipal, o legislador de 2017 optou por manter o *status quo* em relação à competência municipal para a sua exploração. A solução aprovada pela Lei n.º 31/2017, de 31 de Maio, é uma tentativa – a nosso ver pouco conseguida – de compromisso entre a manutenção dos poderes das autarquias locais e a criação de condições de operacionalidade, que, no essencial, visa *criar zonas de dimensão adequada para uma correcta e eficiente exploração da actividade de distribuição de energia eléctrica em BT em regime de concessão de serviço público*. A solução, contudo, tem não só sido contestada no plano político como ainda se tem revelado de complexa execução no plano jurídico.

tos de informação e desambiguação técnica, que podem ser consultados no respectivo sítio da *Internet*.

⁽¹⁹⁾ De acordo com o art. 3.º, alínea *aa*), do Decreto-Lei n.º 29/2006, o operador da rede de distribuição é “a entidade que exerce a actividade e é responsável, numa área específica, pelo desenvolvimento, pela exploração e pela manutenção da respectiva rede e, quando aplicável, pelas suas interligações com outras redes, bem como por assegurar a garantia de capacidade a longo prazo”.

2. A nebulosa solução legislativa

Em traços gerais, a solução adoptada consiste, primeiramente, em determinar, segundo critérios técnicos e financeiros, áreas territoriais para a exploração eficiente da actividade (proposta técnico-burocrática da competência da autoridade reguladora). Em seguida, essa proposta tecnocrática de organização geográfica das áreas de exploração da actividade aos municípios no território do Continente é apresentada aos respectivos órgãos para decisão político-administrativa. Nesta fase, os municípios podem escolher entre quatro opções: *i*) aceitar a proposta e operacionalizá-la através da adesão ao procedimento de concessão sincronizada; *ii*) apresentar uma proposta de organização geográfica distinta, fundamentada em critérios técnico-burocráticos equivalentes aos utilizados pela autoridade reguladora; *iii*) optar pela exploração directa da actividade (direito potestativo); *iv*) ou ainda optar pela concessão, mas fora do procedimento sincronizado, ou seja, não integrando a área de agregação, caso em que também se impõe ao município que fundamente essa decisão em critérios técnico-burocráticos equivalentes aos utilizados pela autoridade reguladora.

Estas soluções suscitam mais dúvidas do que certezas, não só pela originalidade e excesso de complexidade do regime jurídico, como ainda pelas inúmeras lacunas que o diploma legal contém e que podem comprometer a própria efectividade do mesmo. Com efeito, embora a ERSE tenha, em tempo, alertado para este facto ⁽²⁰⁾, o legislador nada diz no art. 5.º quanto ao modo de controlo das decisões, caso os municípios, por exemplo, decidam não integrar os concursos sincronizados sem fundamentar essa decisão ou sem a fundamentar em termos adequados; também nada diz quanto ao eventual controlo de uma decisão de agregação dos municípios, segundo um modelo diferente daquele que venha a ser proposto pela entidade reguladora, mas sem fundamentar devidamente essa proposta alternativa. *Quid iuris nestes casos?*

⁽²⁰⁾ V. parecer da ERSE no âmbito do procedimento legislativo da proposta de lei n.º 29/XIII/2.º, disponível no sítio do Parlamento.

Pode invocar-se aqui a autonomia do poder local? Já explicámos que não, que não é nem pode ser esse o argumento no quadro do actual modelo regulatório de mercado interno da electricidade, em que a defesa do interesse público – seja o controlo dos custos do sistema que em última instância são repercutidos sobre os consumidores finais da energia eléctrica por via tarifária, seja o interesse geral em que a rede de distribuição continue a cumprir parâmetros adequados de qualidade e fiabilidade – é, neste caso, confiada a uma autoridade reguladora independente: a ERSE.

Mais, não obstante a boa qualidade geral que reconhecemos e já aqui destacámos relativamente à documentação – técnica e de divulgação geral – produzida pela ERSE sobre todo este processo, procurando assegurar um debate inclusivo, no quadro de um Estado de Direito democrático e participado, a verdade é que há outros pontos sensíveis que aí acabam por não conseguir sequer ser abordados.

Referimo-nos, desde logo, a problemas relativos aos *investimentos em inovação*, que a distribuição em BT vai demandar num futuro próximo, tendo em conta a transição energética para um modelo de descarbonização económica, de mobilidade eléctrica e de expansão da automação (ex. investimentos indispensáveis para que as redes de distribuição de energia eléctrica venham a ser dotadas da tecnologia necessária para permitirem o fornecimento de outros serviços agregados, essenciais no quadro da inteligência artificial – a migração para as *smart grids* ⁽²¹⁾), a que se somam custos respeitantes a projectos ainda em curso, como a substituição de todos os contadores por contadores inteligentes ⁽²²⁾. Ora, esta complexidade

⁽²¹⁾ Não nos é possível desenvolver o tema dos benefícios das *smart grids* na distribuição de energia eléctrica na economia deste texto, limitamo-nos, por isso, a enunciar alguns serviços auxiliares, como a maior confiança no fornecimento, a capacidade de armazenamento de energia, a redução do consumo final de energia que proporciona externalidades positivas também ambientais, a troca bidireccional de energia que acarreta enormes vantagens financeiras, etc. V., por todos, RAMESH BANSAL, *Handbook of Distributed Generation: Electric Power Technologies, Economics and Environmental Impacts*, Springer International Publishing, Cham, 2018, e KAZEM ZARE/SAYYAD NOJAVAN, *Operation of Distributed Energy Resources in Smart Distribution Networks*, Academic Press, Elsevier, London, 2018.

⁽²²⁾ De acordo com o disposto no art. 239.º do Regulamento das Relações Comerciais (Regulamento n.º 561/2014 da ERSE e publicado na 2.ª série do *Diário da República*, de 22.12.2014, actualizado pelo Regulamento n.º 632/2017, publicado na 2.ª série do *Diário da*

pode afastar os investidores privados do sector e comprometer o progresso, ou, pior, levar à selecção de investidores desadequados e sem a *expertise* necessária, o que, em última instância, avolumaria ainda mais a factura da energia eléctrica. O regulador, de resto, tem alertado constantemente para este ponto sensível, sublinhando que qualquer solução a adoptar não pode ser mais dispendiosa nem menos eficiente do que aquela que vigora actualmente.

As principais etapas para a implementação do novo modelo foram calendarizadas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/2018, de 11 de Janeiro, segundo a qual *i) até 30 de Junho de 2018*, a ERSE tornaria pública (no seu sítio da *Internet*) a proposta de delimitação da área territorial de cada procedimento de concurso a lançar, bem como os estudos que serviram de base a essa proposta ⁽²³⁾; *ii) no mesmo prazo*, a ERSE apresentaria ao membro do Governo responsável pela área da economia um estudo com os aspectos e parâmetros a fixar no programa de concurso-tipo e no caderno de encargos-tipo ⁽²⁴⁾; *iii) 60 dias após a apresentação das propostas pela ERSE*, o membro do Governo aprova, por portaria, o programa de concurso-tipo e o caderno de encargos-tipo, ouvida a Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP) e as entidades intermunicipais; *iv) no mesmo prazo de 60 dias*, os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, das autarquias locais e da energia aprovam por portaria, ouvidas a ANMP e a ERSE, as minutas de contrato-tipo de concessão; *v) até 30 de Setembro de 2018*, os órgãos dos municípios ou entidades intermunicipais tomam uma decisão relativamente à definição da respectiva área territorial ou quanto à opção pela exploração directa da actividade; *vi) até 31 de Dezembro de 2018*, as entidades que integram os agrupamentos de entidades adjudicantes aprovam as peças dos respectivos procedimentos.

República, de 21.12.2017), os equipamentos de medição (contadores e indicadores de potência) são fornecidos e instalados pelos operadores das redes de distribuição.

⁽²³⁾ A proposta e os respectivos estudos foram publicados dentro do mencionado prazo e encontram-se em consulta pública até ao dia 17 de Setembro (<http://www.erse.pt>). Foram apresentadas três propostas de agregação: as propostas 1 e 2 apresentam cinco áreas de agregação com configurações relativamente distintas e a proposta 3 apenas duas áreas de agregação.

⁽²⁴⁾ Na página da ERSE estão também em consulta pública as principais determinantes do procedimento tipo de atribuição das concessões.

Em todas estas fases é possível antever dificuldades, não só de natureza política, pela necessidade de estabelecer consensos entre os municípios, mas também de operacionalização de algumas soluções jurídicas, como é o caso dos procedimentos sincronizados – cuja regulamentação, por portaria, ainda não foi publicitada – ou mesmo do regime jurídico a que ficam subordinadas as concessões em vigor que entretanto atinjam o seu termo, sem que os municípios concedentes celebrem o acordo previsto no art. 8.º da Lei n.º 31/2017, de 31 de Maio, ou optem pela gestão directa (25).

Também não é claro que os problemas financeiros dos municípios identificados em 2001, aquando da renovação das concessões, tenham, entretanto, sido ultrapassados. Pelo contrário, as dificuldades financeiras que muitos municípios enfrentam fazem-nos mesmo suspeitar do contrário, ou seja, de que será difícil que estas entidades consigam cumprir as obrigações financeiras que decorrem da cessação dos contratos, nos termos em que as mesmas se encontram actualmente reguladas.

Com efeito, de acordo com o art. 13.º, n.º 2, do contrato-tipo, aprovado pela Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio, a transferência do património próprio do concessionário para a câmara, no termo da concessão, obedece ao disposto no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro (na sua redacção actualizada). Segundo aquela norma, valem neste caso as mesmas regras que se aplicam à denúncia do contrato, ficando o concedente obrigado a pagar ao concessionário o valor líquido do património próprio das entidades concessionárias. Esse património é avaliado

(25) Poder-se-ia pensar na utilização de instrumentos processuais para compelir o município a celebrar aqueles acordos, mas a questão é bastante mais complexa, pois isso pressuporia que a concessionária tivesse interesse em prorrogar o contrato e, por essa razão, accionasse a via judicial, mas tal interesse pode não existir e a prorrogação do contrato ser essencialmente um interesse público de âmbito nacional para cuja prossecução o Estado não dispõe de instrumento jurídico adequado.

Nesta matéria têm também surgido dúvidas sobre o sentido e o âmbito do que seja *gestão directa*, ou seja, que tipo de contratos podem os municípios celebrar com entidades privadas para que estas auxiliem na execução da actividade, sem que essa colaboração consubstancie uma “fraude à lei”. Têm sido publicitados no portal da contratação pública diversas aquisições de serviços por parte dos municípios a respeito desta matéria, com a fundamentação de que os mesmos não dispõem de recursos próprios. Porém, tais contratos aparentemente consubstanciam formas de defraudar as proibições ou limitações legais impostas pela Lei n.º 31/2017.

por uma comissão formada por representantes de ambas as partes e presidida por um elemento designado por despacho conjunto dos Ministros das Finanças, Administração Interna e Energia, aos quais, mediante despacho conjunto, competirá homologar o valor proposto. Poder-se-á argumentar que este valor pode ser objecto de negociação entre os municípios e a concessionária EDP, para evitar demoras e custos de contexto, mas não se pode é ignorar que estamos perante uma obrigação contratual e legal, com a qual a concessionária sempre contou ao programar os seus investimentos. Independentemente dos critérios utilizados para a quantificação dos valores, é fácil antever que podem estar aqui em causa valores elevados, pois não só é estimável que uma parte importante de bens actualmente afectos às concessões em BT integrem, nos termos do disposto nos arts. 6.º a 8.º-A do contrato-tipo aprovado pela Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio, o património próprio da concessionária, como ainda que investimentos em curso e ainda não amortizados por via tarifária tenham de ser englobados no valor da indemnização a pagar à concessionária cessante.

Dificuldades a que acresce ainda, nos termos do art. 4.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, a obrigação de absorção pelos municípios dos trabalhadores da EDP ligados à exploração deste serviço, com salvaguarda dos respectivos direitos.

E tudo isto terá de fazer-se sem agravamento das tarifas para os consumidores finais e sem pôr em causa a viabilidade económica e financeira da exploração da actividade.

3. Apreciação crítica

Concluimos a apreciação crítica deste complexo procedimento legislativo, político, administrativo e regulatório, reiterando, uma vez mais, a crítica central de que todo este regime jurídico parte, a nosso ver, de um pressuposto errado: o de que a actividade de distribuição de energia eléctrica em BT é um elemento caracterizador do núcleo da autonomia do poder local. As explicações anteriores permitem perceber que essa asserção não tem hoje sentido e que não existe nenhum fundamento jurídico-constitucional que limite o poder de conformação do legislador nesta matéria, impedindo-o de separar a distribuição de energia eléctrica em BT da iluminação pública (como já sucede na Região Autónoma da Madeira ⁽²⁶⁾) e de limitar as atribuições municipais a esta segunda matéria, passando a distribuição em BT a ser regulada a nível nacional, à semelhança do que sucede com a distribuição do gás natural.

Quanto ao financiamento municipal da “conta da iluminação pública”, ele poderá continuar a ser suportado, total ou parcialmente, por um *tributo* cobrado à empresa concessionária da rede de distribuição de energia eléctrica em BT – tributo equivalente à taxa de ocupação do subsolo que é exigida às concessionárias do gás natural ou à taxa municipal de direitos de passagem que é cobrada às empresas de comunicações ⁽²⁷⁾ – que tenha como facto tributário a implantação no subsolo municipal das redes de distribuição de energia eléctrica.

Mais, no quadro da actual lei do regime financeiro das autarquias locais, nada impede que os municípios do Continente possam ainda, nos termos do disposto na alínea *e*) do art. 14.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de Se-

⁽²⁶⁾ V. Decreto Legislativo Regional n.º 2/2007/M, de 8 de Janeiro, actualizado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 34/2016/M, de 5 de Agosto.

⁽²⁷⁾ A actual redacção do n.º 3 do art. 44.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, já contempla, de resto, esta possibilidade quando estipula que “a renda [renda da concessão de distribuição de energia eléctrica em BT] referida nos números anteriores pode ser substituída por outros mecanismos que não penalizem os direitos dos municípios, após audição da Associação Nacional de Municípios Portugueses e da ERSE”.

Questão diferente é depois saber se o valor suportado pelas empresas com estes tributos pode (ou deve) ser repercutido sobre os consumidores finais, por via tributária.

tembro, na redacção introduzida pela Lei n.º 51/2018, de 16 de Agosto, lançar uma *contribuição municipal para custear a iluminação pública*, à semelhança do que já existe em outros países, embora na maior parte dos países europeus se considere que esta despesa municipal deve ser custeada a partir da tributação municipal do património (entendimento que também nos parece ser o mais correcto), cuja receita, entre nós, já se encontra consignada aos municípios e que representa uma carga tributária considerável sobre as famílias e as empresas.

SUZANA TAVARES DA SILVA (*)

(Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

(*) Por vontade expressa da autora, este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.