

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE ECONÓMICO E FINANCEIRA DO SISTEMA ELÉCTRICO LIBERALIZADO SOB REGULAÇÃO ESPECIAL

Suzana TAVARES DA SILVA

Professora de la Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra

Investigadora do Instituto Jurídico

Tratar os problemas da sustentabilidade económica e financeira do sistema eléctrico liberalizado subordinado a regulação pública é um tema muito vasto para uma comunicação como esta, por isso tentaremos recortá-lo e centrar a nossa análise: *i)* primeiro, nos principais desafios que o novo quadro político europeu para o clima e a energia no período de 2020 a 2030 suscita a países como Portugal e Espanha; *ii)* segundo, nos constrangimentos e nas oportunidades decorrentes das orientações relativas aos auxílios estatais à protecção ambiental e à energia 2014-2020; *iii)* por último, nos desafios regulatórios e jurídicos que emergem deste novo contexto.

1. A energia é hoje um domínio europeizado

A criação do mercado eléctrico europeu não é uma finalidade em si, mas antes o instrumento considerado adequado para assegurar o cumprimento dos três objectivos fundamentais da política energética europeia: *i)* o abastecimento seguro e a preços competitivos; *ii)* o cumprimento das metas ambientais e da política do clima (inicialmente reconduzidas à estratégia 20-20-20¹); *iii)* o aumento da eficiência energética.

De acordo com a estratégia acordada pelos Estados-membros, o mercado eléctrico europeu deveria ser uma realidade concluída em 2014, o que significaria, entre outros elementos, poder nessa data registar-se:

- 1) o acesso livre às actividades de produção e comercialização de energia eléctrica, sem prejuízo do respeito pelas normas em matéria de licenciamento ambiental, urbanístico e industrial;
- 2) a organização dos operadores das redes de transporte sob um dos modelos de *unbundling* impostos pela Comissão, seja a separação patrimonial plena, seja o modelo de operador independente;
- 3) o desaparecimento de todas as formas de tarifas reguladas no consumo, fruto da transição de todos os consumidores para regime de fornecedor de energia eléctrica em mercado, passando a caber aos sistemas de segurança social o apoio aos consumidores

¹ A estratégia Europa 2020 centra-se na promoção de um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, no âmbito do qual se inclui: *i)* redução de 20% nas emissões de gases com efeito de estufa; *ii)* um aumento de 20% na quota das energias renováveis; *iii)* um aumento de 20% na eficiência energética da UE relativamente ao ano de 1990 – Cf. COM(2010) 2020 final.

vulneráveis e ao *combate à pobreza energética*², na sua forma de dificuldades económicas no acesso a este serviço;

4) a limitação do âmbito das obrigações de serviço público impostas às empresas eléctricas, que passariam a incluir apenas a segurança, a regularidade e a qualidade do serviço; a garantia da ligação de todos os clientes às redes; a protecção dos consumidores quanto a tarifas e preços; a promoção da eficiência energética, a protecção do ambiente e a racionalidade de utilização dos recursos renováveis endógenos e a convergência do SEN com os sistemas regionais insulares;

5) o cumprimento pelos mercados eléctricos grossistas das obrigações em matéria de integridade e transparência impostas pelo Regulamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de Outubro;

6) a existência de uma boa capacidade de interligação e interconexão entre as redes dos diferentes países que permitisse gerir de forma mais eficiente os excedentes de produção;

7) a regulação pública do sector ajustada a critérios de eficiência.

Ora, em Outubro de 2014, registamos que não só esta é uma realidade ainda não concretizada, como a Comissão concluiu, nos relatórios periódicos de monitorização do sistema, que tem havido uma intervenção pública *incorrecta e ineficiente* na regulação deste sector.

Com efeito, na comunicação de 5 de Novembro de 2013, centrada no papel da intervenção pública nestes mercados³, o destaque principal da Comissão foi para a necessidade de *reduzir os custos da electricidade* através da reformulação dos esquemas de apoio à *geração a partir de energias renováveis*⁴ e do reforço do quadro regulatório Europeu como instrumento de *guidance* da regulação nacional.

² O tema da *pobreza energética* é também um dos tópicos de análise pelo Comité Económico e Social Europeu, como atestam o parecer exploratório de 2011 sobre «A pobreza energética no contexto da liberalização e da crise económica» (2011/C 44/09) e o parecer de iniciativa de 2013 sobre «Acção coordenada a nível europeu para prevenir e combater a pobreza energética» (2013/C 341/05). Sobre o conceito de pobreza energética *cf.*, por último, Francisco SILVA ARDANUY, *Pobreza Energética en España. Alcance y Protección Constitucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; Isabel GONZÁLEZ RÍOS, «Del “servicio universal” y “las obligaciones de servicio público” en el sector eléctrico a la protección del cliente vulnerable frente a la pobreza energética: regulación comunitaria y derecho español», *Estudios de Direito da Energia N.º 0* (Org. Suzana Tavares da Silva), DaeDe – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, pp. 67ss.

³ *Cf.* C(2013) 7243 final.

⁴ Recorde-se que esta comunicação é emitida no seguimento: *i*) da comunicação de 2012 sobre as acções necessárias para fazer o mercado interno funcionar [COM(2012)663], na qual a Comissão havia proposto um Plano de Acção para assegurar o sucesso do mercado interno europeu, o qual envolvia novas orientações para o apoio financeiro da produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis; *ii*) assim como da comunicação, também de 2012, sobre “Energias renováveis, um *player* determinante no mercado energético europeu” [COM(2012)271].

Entre as razões apontadas no documento para uma *reformulação da intervenção pública no domínio da incentivação financeira das energias renováveis*⁵ podemos destacar: *i)* o facto de a maior parte dos *regimes de apoio* financeiro terem sido *concebidos quando as tecnologias ainda eram incipientes e tinham quotas de mercado negligenciáveis* e hoje estas tecnologias estarem mais maduras e ocuparem quotas significativas de mercado; *ii)* a circunstância de *não serem implementadas medidas legislativas em matéria de gestão da procura*, o tem consubstanciado um entrave à optimização da produção de electricidade a partir de fontes renováveis, em especial a produção eólica e fotovoltaica, pois a falta daqueles instrumentos não permite um maior aproveitamento das novas tecnologias em matéria de redes de distribuição inteligentes, contadores inteligentes e instrumentos de armazenamento nas redes⁶; *iii)* o problema gerado pelas *intervenções regulatórias ineficientes* nos mercados energéticos nacionais, actualmente mais integrados e internacionalizados, que afectam também os mercados vizinhos.

É a partir da conclusão de que é necessário assegurar uma regulação pública eficiente nos mercados energéticos que começaram a ser desenhadas, a nível europeu, *novas soluções regulatórias* integradas para o mercado interno, cuja aplicação no plano nacional e ibérico justifica a nossa reflexão crítica nesta intervenção.

2. O problema do preço final da electricidade no âmbito da privatização do sector

Um dos primeiros elementos que mereceu a atenção e o estudo da Comissão foi, como dissemos, o dos *preços* e dos *custos* da energia, em especial da electricidade no mercado interno. Uma preocupação que se explica pela circunstância de ter sido projectada uma redução dos preços finais da electricidade pagos pelas empresas e pelos consumidores do sector, em resultado dos ganhos de eficiência alcançados neste novo contexto organizatório e regulatório, que afinal não chegou a ser alcançada. Isto é, apesar de no novo modelo regulatório todos os custos passarem a ser suportados pelos consumidores, sem possibilidade, portanto, de redistribuição de parcelas destes pelos contribuintes, através de financiamento público do orçamento do Estado, ainda assim era esperado que em 2014 os preços finais da electricidade pagos pelos consumidores finais fossem mais baixos, comparativamente aos preços praticados no início do processo de liberalização do sector⁷.

Ora, o estudo publicado revelou a existência de *diversos problemas regulatórios*, que explicam os elevados custos dos serviços eléctricos em alguns países Europeus.

⁵ Sobre o direito das energias renováveis em Portugal, por todos, Cláudia DIAS SOARES / Suzana TAVARES DA SILVA, *Direito das Energias Renováveis*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁶ Estima-se que este tipo de medidas poderia reduzir em 10% os picos de procura.

⁷ Javier Cremades aponta três razões para este aumento exponencial do preço da electricidade apesar dos ganhos de eficiência conseguidos ao nível dos custos de geração: *i)* o aumento do preço das energias fósseis nos mercados internacionais (de 2003 a 2011 o Brent teve um aumento de 311%); *ii)* a mudança de paradigma ambiental, que impõe o aumento da quota de energias limpas, as quais são mais caras; e *iii)* o sobrecusto da descarbonização da produção de energia eléctrica – in Javier CREMADES, *La energía secuestrada. Desmontando los mitos del fundamentalismo energético*, Pearson, Madrid, 2013, pp.143ss.

Conclusões que não tomaram em conta situações onde os problemas regulatórios parecem ser ainda mais graves, como as de Portugal e Espanha, onde as medidas políticas tendentes a moderar o impacto destes custos nos consumidores levou à acumulação de elevadíssimos *défices tarifários* (diferença entre os custos reconhecidos e as receitas obtidas através das facturas eléctricas)⁸ e à recente adopção de medidas de reajuste económico e financeiro no sector. Entre os aspectos sublinhados no estudo, destacam-se os *custos acrescidos com a "descarbonização" do sector* no curto prazo, que só produzem resultados económicos no longo prazo, bem como os custos dos investimentos de capital intensivo com as novas redes energéticas e ainda os custos com a reorganização do novo quadro regulatório.

Assim, o estudo analisa as facturas energéticas nos seus três parciais principais e aponta soluções de melhoria da eficiência para cada um dos níveis:

1) *Preço da energia* - esta deveria ser a maior parcela da factura e a sua diminuição deveria estar exclusivamente dependente da utilização de tecnologias mais eficientes na geração de electricidade (por exemplo, a generalização de grandes centrais que utilizam fontes renováveis, diminuindo a dependência face ao preço dos combustíveis fósseis e dos custos das licenças de CO₂) e de maior eficiência nos serviços de comercialização. Não é bem assim, pois para além de alguma dependência relativamente aos próprios preços dos produtos energéticos primários (gás e petróleo), o preço da energia eléctrica é formado em mercados grossistas, que em regra aliam os problemas relacionados com a *formação do preço em mercado*⁹ aos problemas da

⁸ O valor do *défice tarifário* em 2012 ascendia a cerca de 24.000 milhões de euros em Espanha e a cerca de 3.000 milhões de euros em Portugal. Sobre o conceito de *défice tarifário*, por todos, Rafael MATEO DE ROS Y CEREZO, «El Déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo», *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I Aspectos Jurídicos* (Ed. Fernando Becker *et alii*), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 347ss; Juan Jose LAVILLA RUBIRA, «El déficit tarifario en el sector eléctrico», *Derecho de la Regulación Económica III* (Ed. Muñoz Machado *et alii*), Iustel, Madrid, 2009, pp. 937ss.

⁹ O preço nos mercados eléctricos grossistas (*Power Exchanges*), em regime de *price-based pool*, como o MIBEL, é determinado pelo *preço marginal*: os produtores apresentam a sua proposta de quantidade e preço de produção para o dia seguinte (Mercado Diário ou *mercado spot*), excluindo as parcelas transaccionadas através dos contratos bilaterais, e a contraparte (comercializadores e consumidores autorizados a operar em mercado) apresentam as suas necessidades, cabendo ao gestor do mercado organizar as propostas com base no *método dos preços mais baixos* até encontrar a oferta e a procura (as ofertas são organizadas por horas e cada hora pode ainda ser faccionada em parcelas que referem a quantidade de energia e o preço, incluindo ou não, se admissíveis, condições complexas), encontro que determinará o *preço de mercado*. Este *preço de mercado* ou *preço spot*, que é fixado a partir do *preço oferecido pela última unidade de produção seleccionada*, remunera todos os operadores, o que pode permitir aos primeiros despachos um lucro considerável. O modelo de *price-based pool* foi adoptado inicialmente no mercado britânico, mas existem outros modelos concorrentes, designadamente o *cost-based pool*, adoptado no Chile e na Argentina, no qual o preço é orientado para os custos marginais de funcionamento, e o modelo *net pool*, considerado mais eficiente, mas também mais complexo, na medida em que assenta em contratos de transacção física, servindo o mercado

influência que neles é exercida pelos *mercados de derivados* de produtos energéticos e de serviços auxiliares.

2) *Custos de rede* – uma parcela na qual são repercutidos os custos com a manutenção e expansão das redes eléctricas, os serviços do sistema (operação das redes) e as perdas na rede, podendo esta parcela ser ainda amplamente inflacionada com a computorização das redes (redes inteligentes) e com os custos decorrentes do cumprimento de obrigações de serviço público;

3) *Impostos, tributos e outros custos políticos (Custos de Interesse Económico Geral)* – parcela na qual se inclui não só o IVA e os impostos especiais sobre a energia, ambiente e clima (nos regimes jurídicos onde eles existem¹⁰), assim como os encargos com

para as operações de despacho e balanço, o que significa que o preço é estabelecido em função da procura – sobre estes modelos v. Subhes BHATTACHARYYA, *Energy Economics*, Springer, London, 2011, pp. 707ss.

As margens financeiras podem ser transaccionadas nos mercados de derivados, como o OMIP, que funciona como *hedging risk* – para maiores desenvolvimentos v. Alberto POTOSCHNIG, «El mercado Mayorista», *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo II Aspectos Económicos* (Dir. Fernando Becker *et alii*), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 333ss; Patrícia PEREIRA DA SILVA, *O Sector da Energia Eléctrica na União Europeia. Evolução e Perspectivas*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007; Frank WOLAK, «La limitación de la desventaja potencial de la competencia eléctrica en el mercado mayorista», *Energía y Regulación*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 139ss.

¹⁰ Incluiu-se neste universo o Imposto Especial de Consumo de Electricidade, previsto na Directiva 2003/96/CE, de 27 de Outubro de 2003, que foi introduzido em Portugal, no Código de Impostos Especiais de Consumo (CIEC), pela primeira vez, na Lei do Orçamento de Estado para 2012 (art. 132.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro). O valor deste imposto foi fixado em € 1/MWh ou € 0,001/kWh (taxa máxima) para o Continente, pela Portaria n.º 320-D/2011, de 30 de Dezembro.

Estes impostos especiais sobre o consumo incidem sobre os custos sociais e ambientais que o consumo de certos produtos ocasiona, sendo calculados segundo um critério de equivalência. Tratando-se de um imposto indirecto, a sua liquidação e cobrança está a cargo dos comercializadores, que depois procedem à respectiva repercussão sobre os consumidores finais (à excepção dos clientes finais economicamente vulneráveis, beneficiários de tarifa social, nos termos do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro, que estão isentos), os quais constituem os verdadeiros contribuintes deste imposto. A gestão deste tributo obedece a regras de transparência por parte das empresas comercializadoras, como se conclui da Recomendação n.º 1/2012 da ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Em Espanha, o Impuesto Eléctrico é anterior à Directiva europeia. Previsto no Capítulo IX do Título primeiro da Ley 38/1992, de 28 de diciembre, foi introduzido naquele país pela Ley 66/1997 e regulamentado pelo Real Decreto 112/1998, na altura como receita supletiva por ocasião da supressão das subvenções ao carvão. Mais tarde, o regime jurídico deste tributo foi modificado pela Ley 22/2005 e pela Ley 17/2007, no intuito de o ajustar à mencionada Directiva Europeia, correspondendo hoje ao percentual de 4,864% (resultante da aplicação de 1,05113 sobre termo de facturação de potencia, o termo de facturação da energia, o termo de facturação da energia reactiva e os complementos de facturação), embora a doutrina continue a questionar a sua natureza ambiental, considerando que o

a subsidiação das energias renováveis (em Portugal esta parcela inclui ainda os custos de manutenção do equilíbrio contratual e a garantia de potência) ou da energia nuclear. *Esta parcela é a mais dispar entre os países europeus*, sobretudo na quota referente ao custo com as renováveis, sendo quase insignificante na Irlanda, Polónia e Suécia (menos de 1% da factura final), mas representando um encargo significativo na Alemanha (16%) e em Espanha (15,5%).

As conclusões/orientações da comunicação são relevantes, por um lado apontando para a necessidade de encontrar caminhos para a redução da factura energética no consumo doméstico e, por outro, discutindo a viabilidade/dificuldade em proceder à *standardização* de custos em certos sectores industriais especialmente energívoros, como as indústrias químicas, celuloses, metalúrgicas, etc., às quais são reconhecidos alguns benefícios fiscais, tendo em vista a sua concorrência no mercado global¹¹.

Analisaremos em seguida as medidas apontadas pela Comissão para alcançar esta redução dos preços finais da electricidade através da modificação da política de financiamento da geração a partir de fontes renováveis no quadro das novas *guidelines* sobre ajudas de Estado à Energia e ao Ambiente.

Embora a Comissão esteja também muito entusiasmada com outras medidas que podem ajudar a diminuir os preços finais, como a possibilidade de expansão dos mercados de trocas de energia eléctrica no âmbito do mercado interno, em especial após o arranque do projecto-piloto “*EU wide electricity trade - day-ahead market coupling*”. Um projecto que envolve 14 Estados-membros e a Noruega¹², e que consiste essencialmente em organizar um mercado grossista para uma zona relevante, baseado também no princípio do preço marginal (como o MIBEL), que assim consegue ser mais reduzido (eficiente), uma vez que há um melhor aproveitamento dos excedentes, que são transaccionados a partir da capacidade disponível nas trocas transfronteiriças.

mesmo deve antes ser qualificado como um imposto de fabricação – Cf. Miguel Ángel SÁNCHEZ HUETE / José Antonio FERNÁNDEZ AMOR, «La Fiscalidad de la Electricidad en España: Tributos Estatales y Autonómicos», *Estudios de Direito da Energia N.º 0* (Org. Suzana Tavares da Silva), DaeDe – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, pp. 99ss; José Luis PEÑA ALONSO, «Los impuestos sobre la producción y transporte de energía eléctrica. Especial referencia al Impuesto sobre la Electricidad», *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I Aspectos Jurídicos* (Dir. Fernando Becker *et alii*), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 829ss

¹¹ Apesar de actualmente a doutrina discutir a compatibilidade de alguns destes benefícios concedidos pelos Estados-membros com as regras europeias em matéria de auxílios de Estado – Cf. Christian KOENIG / Franziska SCHRAMM, «Exemptions for Large-scale Energy Consumers under State Aid Scrutiny», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015 /1, pp. 33-41.

¹² Os operadores das redes energéticas de Estados-membros, em colaboração com os operadores dos mercados energéticos desses países (Bélgica, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Áustria, Reino Unido, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, Polónia e Suécia) a que se soma a Noruega, iniciaram um projecto-piloto para a comercialização conjunta de electricidade, no denominado “*day-ahead market coupling*”.

As preocupações com estes parâmetros de eficiência são compreensíveis, pois as metas da Estratégia 2020 foram entretanto ampliadas no contexto do denominado “*Quadro 2030*”¹³, prevendo-se actualmente: *i*) uma redução de 40% nas emissões de gases com efeitos de estufa relativamente ao nível de 1990; *ii*) uma quota de 27% de energias renováveis; *iii*) ambições renovadas para as políticas de eficiência energética, que apenas serão quantificadas com a revisão da Directiva sobre Eficiência energética; e *iv*) um novo sistema de governação e um novo conjunto de indicadores a fim de assegurar um sistema energético competitivo e seguro.

3. As novas guidelines sobre ajudas de Estado à Energia e ao Ambiente – o novo modelo de financiamento das energias renováveis

Nas “orientações relativas a auxílios estatais à protecção ambiental e à energia 2014-2020”¹⁴ pode ler-se que na transição 2020-2030 é expectável que uma parte significativa da geração eléctrica a partir de fontes renováveis seja já competitiva, pelo que a subsidiação existente com fundamento na responsabilidade de equilíbrio deve ser progressivamente eliminada, devendo esta energia transitar para regimes de mercado, ou seja, ser incluída em leilões e procedimentos concursais competitivos, reduzindo-se a subsidiação a uma função residual (através do *feed-in-premium*).

Trata-se também do reconhecimento de que os instrumentos de incentivação para o cumprimento das metas da Estratégia 2020 não foram os mais correctos e que a *subsidição à tarifa*, como a experiência comparada há muito demonstrava¹⁵, não era uma forma sustentável de implementar a política da mudança de paradigma energético para uma economia descarbonizada (em especial para aumentar a quota das energias renováveis). O excesso de incentivação através do *feed-in-tariff* comprometeu o desenvolvimento deste sector em Portugal nos próximos anos, sendo agora necessário recorrer a uma sobretributação no domínio da designada *reforma fiscal verde*¹⁶ e à criação de um tributo

¹³ Cf. A Comunicação da Comissão “Um quadro político para o clima e a energia no período de 2020 a 2030” – COM(2014) 15 final.

¹⁴ Cf. (2014/C 200/1).

¹⁵ Em 2008, os Estados Unidos da América eram o país com mais MW de energia eólica instalada e o seu sistema de incentivo baseava-se exclusivamente em contratos de aquisição privada e incentivos fiscais – Cf. Jose Ignacio MORALES PLAZA, *Las Claves de éxito de la inversión en energías renovables*, CIFE, Marcial Pons, 2012; Marta VILLAR EZCURRA, *Cambio climático, fiscalidad y energía en los Estados Unidos. Una batería de ejemplos a considerar*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012; Suzana TAVARES DA SILVA, «A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?», *RevCEDOUA*, 2/2011, n.º 28, pp. 39-47; Suzana TAVARES DA SILVA / Marta VICENTE, «Equitable Sacrifice and Foreign Investment Protection: the Portuguese Experience», *International Energy Law Review*, Issue 4, 2012, pp. 33-38.

¹⁶ A *reforma fiscal verde* é a designação dada a um projecto de reforma fiscal preparado em Portugal no ano de 2014, que entrará em vigor em 2015, e cujo objectivo fundamental visava a “simplificação da tributação ambiental e energética e a revisão dos respectivos

especial sobre as empresas eléctricas¹⁷ para encontrar “nova folga financeira” para assegurar a incentivação deste sector económico¹⁸.

As novas *guidelines* não impedem os Estados de continuar a promover concursos (contratos de aquisição de energia ou *feed-in-tariff*) para tecnologias inovadoras com potencial de mercado, no intuito de assegurar a diversificação do *mix* ou para responder a condicionalismos da rede, incluindo neste âmbito as instalações de pequena produção em regime de demonstração¹⁹.

Em termos especiais, as *guidelines* estipulam que:

i) os subsídios à geração eléctrica a partir de centrais mini-hídricas têm um efeito positivo na descarbonização, mas podem ter um efeito negativo no impacto nos sistemas hídricos e na biodiversidade, pelo que se hão-de subordinar ao regime jurídico da Directiva 2000/60/CE sobre o quadro de acção comunitária no domínio da política da água²⁰;

elementos essenciais, de forma a promover a competitividade económica, a sustentabilidade ambiental e a eficiente utilização dos recursos, no âmbito de um modelo de crescimento sustentável mais eficaz”. Entre outras medidas, incluem-se neste “pacote legislativo” a introdução da “taxa de carbono”, a recomendação para a oneração tributária dos bens energeticamente menos eficientes e a fixação de um período de amortização de equipamentos eólicos e fotovoltaicos entre 12,5 anos e 25 anos.

¹⁷ Referimo-nos à *contribuição extraordinária sobre o sector energético*, criada pelo artigo 228.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014 (a Lei 83-C/2013, de 31 de Dezembro).

¹⁸ As receitas da *contribuição extraordinária sobre o sector energético* são consignadas ao *Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Sector Energético*, criado pelo Decreto-Lei n.º 55/2014, de 9 de Abril, um património autónomo, sem personalidade jurídica e com autonomia administrativa e financeira do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, cujos objectivos são o financiamento de políticas do sector energético de cariz social e ambiental, relacionadas com medidas de eficiência energética e a redução da dívida tarifária do Sistema Eléctrico Nacional.

Ainda neste âmbito importa destacar o papel do *Fundo de Eficiência Energética*, um património autónomo sem personalidade jurídica do Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, criado pelo Decreto-Lei n.º 50/2010, de 20 de Maio, que tem como objectivo financiar os programas e medidas previstas no Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética (PNAEE), incentivar a eficiência energética, por parte dos cidadãos e das empresas, apoiar projectos de eficiência energética e promover a alteração de comportamentos, neste domínio, ao qual estão consignadas receitas como a da “taxa ambiental” sobre as lâmpadas de baixa eficiência energética (criada pelo Decreto-Lei n.º 108/2007, de 4 de Dezembro). O Regulamento de Gestão do Fundo de Eficiência Energética foi aprovado pela Portaria n.º 26/2011 de 10 Janeiro

¹⁹ Em Portugal este novo regime jurídico obrigará a rever novamente o art. 33.º-G do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

²⁰ Sobre o tema da “gestão integrada da água e da energia” v. Sergio SALINAS ALCEGA, «Reflexiones sobre la necesaria aproximación internacional a la cuention de la gestión integrada de agua y energia», *Agua y Energía* (Dir. Embid Irujo), Thomson-Reuters, Cizur, Menor, 2010, pp. 173-238. Em Portugal esta gestão integrada é conseguida através da “taxa

ii) os subsídios à energia proveniente da utilização de resíduos (incluindo o aproveitamento do calor residual) como combustível de alimentação podem contribuir de forma positiva para a protecção ambiental desde que respeitem a hierarquia dos resíduos e as prioridades nas formas de tratamento dos resíduos previstas na Directiva 2008/98/CE;

iii) os subsídios à biomassa, tendo em conta os elevadíssimos custos de exploração destas centrais (muitas vezes superiores às receitas geradas) e os baixos custos de instalação²¹, podem ser estendidos também após a amortização das instalações.

Os auxílios ao funcionamento não podem exceder o prazo de 10 anos, devem contribuir para integrar as fontes renováveis no mercado e devem ainda, por força dos mecanismos de cooperação estipulados na Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 (Directiva das renováveis), estar abertos a outros países do EEE e às Partes do Tratado da Comunidade da Energia.

A partir de Janeiro de 2016, os auxílios são concedidos na modalidade de *feed-in-premium*, ou seja, como um “prémio” que se acrescenta ao preço de mercado. A partir dessa data, os produtores de electricidade que utilizem fontes renováveis estão sujeitos às responsabilidades normais em matéria de equilíbrio nos mercados intradiários líquidos (termina qualquer “vantagem” em matéria de despacho) e ficam subordinados a medidas para garantir que não têm incentivo para produzir electricidade a preços negativos²². Estas condições não se aplicam a instalações com capacidade instalada inferior a 500kW, nem a projectos de demonstração²³.

A partir de 1 de Janeiro de 2017, os auxílios são concedidos no âmbito de um *procedimento competitivo*, com base em critérios claros, transparentes e não discriminatórios²⁴, podendo ser abertos a todos os produtores ou limitar-se a tecnologias

de recursos hídricos” (Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de Junho), um tributo regulatório que influencia o preço final da água, incluindo a que é utilizada para a produção de energia hidroeléctrica. Este tributo é fixado, essencialmente em função de uma hierarquia no uso da água (valor social), do coeficiente de escassez das albufeiras (valor económico) e da poluição hídrica gerada pelo uso daquele recurso natural (valor ambiental).

²¹ Sobre as questões regulatórias da energia da biomassa v. Ramón MARTÍN MATEO, *La verde energia de la biomassa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

²² Uma situação que já se registou em alguns dias no MIBEL, fruto do “excesso de oferta” de produção renovável, em especial eólica e hídrica. Por essa razão, nos mercados nórdicos tem vindo a ser introduzido um sistema diferente de remuneração, o *Real-Time Pricing*, que combinado com um regime selectivo de incentivos financeiros à produção renovável é capaz de “equilibrar” a introdução daquele tipo de produção nos mercados tradicionais, ao mesmo tempo que assegura o cumprimento das metas ambientais – v. Maria KOPSAKANGAS-SAVOLAINEN / Rauli SVENTO, *Modern Energy Markets. Real-Time Pricing, Renewable Resources and Efficient Distribution*, Springer, London, 2012 (pp. 61).

²³ Na energia eólica estas condições apenas são excepcionadas quando exista uma capacidade de electricidade instalada de 3 MW ou 3 unidades de produção.

²⁴ Os Estados podem não promover estes concursos se demonstrarem que: i) apenas um ou um número muito reduzido de projectos ou locais podem ser elegíveis; ii) um procedimento de concurso competitivo levaria a níveis de apoio mais elevados (evitar a licitação

específicas, quando a primeira modalidade conduza a um resultado subóptimo. Ficam fora das exigências deste concurso as instalações com uma capacidade instalada inferior a 1MW e os projectos de demonstração. Os auxílios têm como limite o valor da plena amortização das instalações e os auxílios ao investimento devem ser deduzidos aos auxílios ao funcionamento.

Por último, os *certificados verdes* também serão considerados compatíveis com o regime dos auxílios de Estado, desde que os Estados façam prova suficiente de que esse apoio: *i)* é essencial para garantir a viabilidade das fontes de energia renováveis em causa; *ii)* não conduz, para o regime no seu conjunto, a uma sobrecompensação ao longo do tempo, nem entre diversas tecnologias, nem a uma sobrecompensação para tecnologias individuais menos implantadas, desde que sejam introduzidos níveis diferenciados de certificados por unidade de *output*; e *iii)* não dissuade os produtores de energia de fontes renováveis de se tornarem mais competitivos.

A grande novidade contemplada nestas novas orientações é o fim dos regimes de *feed-in-tariff*, que foram muito utilizados por Portugal e Espanha na promoção do sector das energias renováveis.

Há dois aspectos nesta mudança que consideramos especialmente sensíveis e que nos propomos tratar nas considerações que se seguem: *i)* a adopção de um *critério de protecção da confiança legítima* desfasado do contexto jurídico actual e das necessidades de uma política regulatória eficiente; *ii)* o *comprometimento dos objectivos do mercado interno da electricidade*, designadamente, o abastecimento seguro e a preços competitivos.

4. A protecção da confiança legítima dos investidores e a *accountability* das medidas regulatórias

Na resposta às "*frequently asked questions*", a Comissão sublinha que estas *guidelines* apenas valem para as instalações futuras, não afectando os modelos regulatórios/remuneratório em vigor, o mesmo é dizer que os esquemas de *feed-in-tariff* já existentes e os contratos de aquisição em vigor serão pontualmente cumpridos. Uma solução proposta pela Comissão não obstante estar hoje demonstrado que eles são ineficientes e que geram sobrecompensações, factos que estiveram na origem das modificações agora impostas. A nossa perplexidade quanto à solução adoptada para os projectos/investimentos em curso é ainda agravada pela circunstância de, não estando anteriormente prevista a "cláusula-travão" da proibição de subsidiação para além dos custos de amortização da instalação, ser possível e provável que as taxas de retorno do capital nestes investimentos subsistam especialmente elevadas quando comparadas com outros tipos de investimento, em particular neste contexto de crise.

Para além do que podemos denominar como "dupla moralidade", o *gap* gerado entre as novas instalações, que terão de se subordinar ao procedimento concursal para a obtenção dos subsídios, e as instalações já existentes, que continuam a salvo das oscilações dos

estratégica); *iii)* um procedimento de concurso competitivo resultaria em taxas baixas de realização de projectos (evitar a sublicitação).

preços no mercado e das variações na procura, afastará os novos investidores deste sector. Qual é o fundamento jurídico para a salvaguarda dos regimes de incentivos em curso?

Em Portugal e Espanha o quadro jurídico que determina este estado de coisas fundamenta-se, exclusivamente, na protecção dos investidores à luz de uma interpretação clássica do *princípio da protecção da confiança legítima* no domínio das relações jurídicas de direito público²⁵, longe, portanto, dos novos subsídios teóricos e dogmáticos que resultam do novo modelo do Estado Regulador²⁶.

O *Estado Regulador* é um conceito da teoria do Estado, segundo o qual a intervenção do poder público na economia visa imprimir eficiência em sectores estratégicos e essenciais ao bem-estar e assegura uma gestão transparente e legítima de expectativas dos investidores²⁷, ao mesmo tempo que, no plano constitucional, ele é complementado com o de *Estado Garantidor*, no sentido de que esta intervenção é ainda influenciada pelos subsídios de um modelo social e de bem-estar, o mesmo é dizer que na sua nova forma de intervenção na economia o Estado mantém um compromisso com estes valores públicos, designadamente com a preocupação de garantir a universalidade no acesso aos bens

²⁵ Na perspectiva tradicional, o *princípio da protecção da confiança legítima* reconduz-se, essencialmente, como sintetiza Maria Lúcia Amaral, a um especial método de ponderação entre bens jurídicos fundamentais de valor equivalente, que têm a particularidade, face ao princípio da proporcionalidade, de se apresentarem num conflito diacrónico, ou seja, associados a uma sucessão de regimes jurídicos, o que explica a sua especial ligação ao problema da retroactividade e da retrospectividade. No essencial, a jurisprudência constitucional costuma fundamentar a violação deste princípio jurídico submetendo a factualidade em apreço a um quádruplo teste: *i*) verificar a existência de comportamentos das entidades públicas aptos a gerar nos destinatários expectativas de continuidade; *ii*) constituição de expectativas legítimas e razoáveis; *iii*) existência de planos de vida que revelam um investimento de confiança; *iv*) a existência de razões de interesse público que frustram as expectativas legítimas e a verificação de um dano da confiança (por todos v. acórdão 128/2009). Sobre o tema v. Maria Lúcia AMARAL, «A protecção da confiança», *V Encontro de Professores de Direito Público* (Carla Amado Gomes Org.), ICJP, 2012, pp. 21-29; Federico CASTILLO BLANCO, *Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²⁶ Quer isto significar que aos investidores do sector eléctrico é assegurado um regime jurídico de protecção dos respectivos investimentos, baseado no princípio da protecção da confiança legítima, que neutraliza os efeitos das modificações regulatórias posteriores; isto apesar de os mesmos operarem num sector regulado, porque não inteiramente competitivo – onde o Estado, através de entidades especiais (as autoridades reguladoras independentes), está legitimado a intervir para assegurar os objectivos de interesse público que caracterizam este serviço de interesse económico geral –, dotado de elevada complexidade técnica e onde a inovação tecnológica deve ser incentivada por políticas públicas sustentáveis.

²⁷ Sobre o conceito de *Estado regulador* v. Karen YEUNG, «The Regulatory State», *The Oxford Handbook of Regulation* (Ed. Baldwin *et alii*), Oxford University Press, 2012, pp. 64ss; Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997; Pedro GONÇALVES, *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013.

económico-sociais, o que poderá assegurar através de obrigações de serviços público, medidas de incentivo financeiro e políticas sociais²⁸.

Ora, esta nova forma de intervenção do Estado na economia pretende ser flexível e colaborativa, para se ajustar à incerteza económica e científica que caracteriza o nosso tempo²⁹, afastando-se, nessa medida, dos modelos tradicionais de intervenção pública a partir do uso de poderes de autoridade, reflectida na outorga de direitos a privados, seja por autorização ou licença, seja por delegação.

A questão que agora se coloca é a de saber em que medida o direito económico do Estado regulador, baseado em *instrumentos de gestão de políticas*, como as tarifas, os benefícios fiscais e os tributos ambientais, mais do que em instituto jurídico-administrativos tradicionais, como o contrato, a licença ou a delegação, consegue cumprir a função de garantia da protecção da confiança dos investidores no contexto da promoção da política europeia de energia/ambiente/clima.

A questão, a nosso ver, é bastante complexa e a resposta adequada encontra-se actualmente nos modelos anglo-saxónicos, onde a gestão das políticas públicas, mesmo no plano jurídico-normativo, se baseia em critérios de maior pragmaticidade do que os que podemos encontrar nos sistemas da *civil law*, incluindo as propostas germânicas do financiamento regressivo³⁰.

Com efeito, o inovador modelo regulatório britânico RIO III, proposto pela OFGEM, pode ser uma fonte de inspiração no contexto destes denominados modelos paradigmáticos de gestão de políticas públicas, não só no sector eléctrico.

²⁸ Sobre a nova colocação dos problemas de garantia do serviço público nos modelos de Estado Regulador e Garantidor v., por todos, Claudio FRANZIUS, *Gewährleistung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009; Kay WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008; Michael FEHLING / Matthias RUFFERT (Org.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010; Markus KRAJEWSKI, *Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen*, Springer, Berlin, 2011.

²⁹ Sobre as implicações da incerteza científica e da inovação tecnológica nos regimes jurídico-administrativos, no método do direito administrativo e na regulação jurídica em geral v. José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho: Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999; e *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

³⁰ O regime jurídico germânico, adoptado na *Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2009* (§§ 16-20) assenta num sistema de *feed-in-premium parcial*, semelhante àquele que agora a Comissão vem propor, complementado por um modelo de “mecanismo automático de revisão da bonificação”, que permite neutralizar ganhos excessivos. Importa lembrar que este regime alemão tinha ainda como coadjuvante à sustentabilidade a reforma fiscal verde ou ambiental que começou a ser introduzida naquele país em 1999, e que, em certa medida, é também inspiradora das reformas europeias em matéria ambiental e energética – sobre o tema v. Constanze ADOLF, «De contrapartida financiera a oportunidade; de visión a concreción: La reforma fiscal medioambiental en Alemania y las oportunidades para la coordinación europea», *Energía y tributación ambiental* (Pelegry & Basterra Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 81ss.

RIIO é o acrónimo de *Revenue = Incentives + Innovation + Outputs*, um modelo de regulação de *performance*, desenvolvido pelo regulador britânico para ajustar as tarifas das redes energéticas à incerteza do contexto decorrente da mudança de paradigma para uma energia “descarbonizada”. O projecto desenvolve-se faseadamente e foi concebido, no essencial, para “guiar” as empresas que gerem as redes energéticas³¹ a: *i*) colocar os *stakeholders* no centro do seu processo de decisão; *ii*) investir de forma eficiente na garantia de serviços seguros e de qualidade; *iii*) inovar para alcançar uma redução de custos para os consumidores actuais e futuros; *iv*) desempenhar um papel relevante na promoção de uma economia descarbonizada e na prossecução de outros objectivos ambientais³².

A implementação deste modelo regulatório assenta num *procedimento colaborativo e participativo*³³, típico da *governance* (por oposição ao *government*)³⁴, concebido para produzir os seus resultados ao longo de um universo temporal de oito anos. O projecto

³¹ No Reino Unido a opção em matéria de subsidiação às renováveis baseou-se desde o início no regime de certificados verdes (*Renewable Obligation Certificate - ROC*), que sendo muito eficiente, produziu resultados modestos em termos de crescimento de quota de mercado destes sectores.

³² Todas as informações sobre o modelo e a sua forma de implementação estão disponíveis em: <www.ofgem.gov.uk/network-regulation---riio-model>(último acesso em 26 de Dezembro de 2014).

³³ O *procedimento colaborativo* consiste na organização de um esquema de decisão e/ou solução de conflitos (incluindo a forma preventiva) no qual todos os interessados têm um papel activo, ou seja, as entidades públicas, os grupos de interesses e os cidadãos são parte activa da solução concreta. Dentro da subespécie dos instrumentos da “*governance colaborativa*” interessam-nos fundamentalmente as “negociações regulatórias” (*regulatory negotiation*), utilizadas pelas *agencies* britânicas e norte-americanas, que consistem em trazer para o procedimento de criação da medida regulatória os seus destinatários. Conhecidos pela expressão *procedimentos “reg-neg”*, estes procedimentos visam tornar aceitável a nova medida, simplificando a sua elaboração, reduzindo o tempo do seu estudo e preparação e evitando a litigação e as ineficiências do sistema típico de “*command-and-control*” – cf. Chris ANSELL, «Collaborative Governance», *The Oxford Handbook of Governance* (Ed. Levi-Faur), Oxford University Press, 2012, pp. 498ss.

³⁴ A *governance* baseia-se, fundamentalmente, na expansão de formas diversificadas de regulação (*standards*, melhores práticas, indicadores, *rankings*, listas negras, avisos, recomendações...), que complementam e/ou substituem os instrumentos típicos da *regulação estadual* ou *government* (actos autorizativos, ordens, regulamentos, proibições, delegações...), nas quais participam outros actores para além dos poderes públicos, como é o caso das empresas, dos cidadãos, dos grupos representativos de interesses, etc. Muitos autores entendem a *governance* como alternativa ao *government*, mas não é necessariamente assim; pelo contrário, os instrumentos da *governance* são um adjuvante essencial no contexto da adaptação do direito administrativo ao novo modo de condução de políticas públicas, também designado como “novo direito administrativo” – cf. David LEVI-FAUR, «From “Big Government” to “Big Governance”?», *The Oxford Handbook of Governance* (Ed. Levi-Faur), Oxford University Press, 2012, pp. 3ss; Andreas VOSSKUHLE, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, (Org. Hoffmann-Riem *et alii*), Beck, München, 2006, pp. 1-61.

conta já com duas *deliverables* (uma sobre preços nas redes de transporte e outra sobre preços nas redes de gás) e está neste momento em preparação a *deliverable* sobre preços nas redes de distribuição eléctrica.

Os resultados produzidos pelo projecto RIIO – que nesta medida se apresenta não só como um procedimento colaborativo, mas também como um *procedimento generativo de ciência*³⁵ – se fossem transpostos para o modelo jurídico continental, e concebidos como resultados de um procedimento administrativo típico, em que o interesse público no caso concreto é determinado por acto unilaterais das autoridades públicas (não obstante a típica participação dos administrados nos procedimentos), poderiam suscitar problemas de validade, na medida em que as soluções adoptadas afectam as legítimas expectativas dos investidores, que vêm reduzida a sua margem de remuneração. Onde é que reside então a diferença? Como se caracterizam as *legitimate expectations* dos investidores no modelo britânico³⁶? O que podem eles reclamar do poder público britânico? Será o mesmo conceito que nós conhecemos sob a denominação de protecção da confiança legítima?

³⁵ A doutrina alemã aponta o surgimento de novas espécies procedimentais no universo do direito administrativo, associadas a áreas de incerteza ou especial complexidade regulatória, nas quais se inscrevem a regulação económica, o risco e a concorrência. Trata-se de procedimentos que são concebidos para dar operatividade à colaboração entre as entidades públicas e os privados na concepção da melhor solução regulatória – cf. Burkard WOLLENSCHLÄGER, *Wissensgenerierung im Verfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009; Hans Christian RÖHL, «Ausgewählte Verwaltungsverfahren», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, (Org. Hoffmann-Riem et alii), Beck, München, 2008, pp. 705ss.

³⁶ As *legitimate expectations* apresentam, como a doutrina explica, um duplo fundamento teórico, podendo ser reconduzidas: i) à *teoria da confiança*, que fundamenta a proibição de as entidades públicas causarem danos a privados numa teoria utilitarista (maximização da felicidade), segundo a qual não é admissível um “dano preventivo” que se destine a salvar um bem ou interesse público superior; ii) à *teoria do rule of law*, segundo a qual as entidades públicas estão vinculadas à garantia da igualdade formal de tratamento e da continuidade dos regimes jurídicos (previsibilidade da acção pública), consistindo estas vinculações num reconhecimento do valor jurídico da autonomia dos indivíduos. De acordo com esta segunda corrente, que é a aplicada pelos tribunais britânicos, a gradação na protecção das *legitimate expectations* varia em função do grau de maior previsibilidade que é reconhecido ao lesado. Assim, se o lesado beneficia de um acto administrativo constitutivo de um direito, a sua revogação apenas pode ser admitida em casos limitados (com o consentimento do destinatário do acto ou com base no exercício de poderes legais expressos), já se estamos perante uma violação de parâmetros de auto-vinculação administrativa (interrupção de um comportamento administrativo típica e reiteradamente adoptado em situações semelhantes anteriores), caberá ao lesado demonstrar que a decisão administrativa adoptada no caso concreto é irrazoável ou arbitrária. Regista-se, neste particular, uma proximidade clara entre a protecção judicial (por efeito da *judicial review* das decisões das entidades públicas) das *legitimate expectations* e o princípio da protecção da confiança legítima, considerado nos modelos da *civil law* como uma dimensão essencial do princípio do Estado de Direito.

Assim, reconhecendo o modelo anglo-saxónico um valor jurídico essencial à protecção das *legitimate expectations* enquanto concretização da justiça, tal como sucede nos sistemas da

Num contexto arriscado como o actual, em que os fluxos de investimento dependem de *confiança*, como é que este conceito pode e deve ser trabalhado pelo direito, sem comprometer a justiça e a sustentabilidade, e sem conduzir a soluções como a Portuguesa e a Espanhola, em que a “tentativa de emenda dos erros/excessos da política anterior corre o risco de deitar fora a criança com a água do banho”?³⁷

O problema principal neste exercício de direito comparado entre a regulação anglo-saxónica e a continental é que esta linguagem não é uma linguagem jurídica tradicional³⁸. Ela é antes o resultado da *interdisciplinaridade* que caracteriza a regulação anglo-saxónica, na sua combinação de saberes de gestão, matemática (teoria dos jogos e cooperação), economia, psicologia comportamental, ciência política, ou seja, os problemas da *nova fronteira entre o direito e a ciência*³⁹ ou *o direito da certeza no contexto do desconhecimento*⁴⁰. Neste novo contexto, pode o direito recuperar a primazia? Devemos continuar a trabalhar com os nossos institutos jurídicos tradicionais da ponderação de interesses perante a mudança normativa? É sustentável a intervenção tradicional do direito que proíba modificações retrospectivas de regimes normativos ou que assegure a indemnização dos investidores perante as alterações que lesam os seus interesses em função de uma planificação prévia? Ao regular questões dinâmicas como as económicas através de leis, regulamentos, contratos administrativos que estabelecem relações jurídicas concretas de longa duração, estamos a ser eficientes? Estamos a construir modelos sustentáveis?

civil law, verificamos que a diferença fundamental está na dogmática subjacente à realização deste princípio, que nos sistemas da *common law* se reconduz à combinação de três dimensões fundamentais: a procedimental (a forma como a mudança normativa é adoptada), a substantiva (a medida em que as expectativas são afectadas e a densidade que lhes é atribuída) e a compensatória (as medidas adoptadas para permitir a transição de regime causando a menor lesão possível) – Søren SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2003.

Em suma, no modelo de *civil law* a violação da protecção da confiança legítima centra-se predominantemente numa dimensão substantiva de ponderação da relevância do interesse público e do grau de lesão provocado, ao passo que no modelo de *common law* essa violação é também aferida a partir das dimensões procedimental e compensatória, o que atenua o desvalor da conduta das entidades públicas sempre que a factualidade possa ser reconduzida a um caso de *fair change of politics*.

³⁷ Em Espanha, as medidas de ajustamento financeiro envolveram a redução das remunerações à produção de energia renovável, o que tem suscitado um debate aceso na doutrina – Cf. Roberto GALÁN VIOQUE, «El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables», *Estudos de Direito da Energia N.º 0* (Org. Suzana Tavares da Silva), DaeDe – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, pp. 41ss.

³⁸ Para uma perspectiva global do contexto interdisciplinar, embora distinto, em que evoluíram os dois modelos v. Günther SCHULTZ *et alii* (Ed.), *Regulation between Legal Norms and Economic Reality*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

³⁹ Cf. José ESTEVE PARDO, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes, ob. cit.*, 2013.

⁴⁰ Cf. Carsten KREMER, «Ungewissenheit im Sicherheitverwaltungsrecht», *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht* (Ed. Ino Augsberg), Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 195-215.

Obviamente que não é *mister* desta comunicação apresentar as respostas a todas as questões formuladas, apesar de algumas delas ficarem subentendidas nas pistas apresentadas para o novo caminho da regulação. O nosso propósito é bem mais modesto e cinge-se a apresentar novas colocações para problemas jurídicos clássicos.

Assim, no seguimento da apresentação de novas pistas, importa destacar que um domínio onde estes problemas têm vindo a ser discutidos é precisamente na *arbitragem internacional do investimento*, em litígios originados pela adopção por parte dos Estados de medidas que interferem com a taxa de rentabilidade programada pelos investidores em função de medidas públicas de atracção do investimento, no âmbito das quais podemos incluir os subsídios à tarifa na produção de electricidade a partir de fontes renováveis. Um domínio que, convém lembrar, beneficia de uma protecção jurídica reforçada, pois independentemente da existência ou não de um *Bilateral Investment Treaty (BIT)* entre os Estados de nacionalidade do investimento e da empresa investidora, os investidores podem ainda beneficiar da protecção do *Tratado da Carta da Energia* se forem nacionais de algum Estado subscritor desse Tratado (são 51 os Estados subscritores)⁴¹.

É neste tipo de litígios que estão actualmente envolvidas a Espanha e a República Checa, após a adopção de diversas medidas em matéria de revisão das remunerações garantidas no sector da produção de energias renováveis nos segmentos termosolar e fotovoltaico, respondendo cada um deste país por 7 acções de arbitragem internacional do investimento⁴²⁻⁴³.

A questão de saber se os países hospedeiros destes investimentos podem “voltar a colocar o génio na lâmpada”⁴⁴ é de difícil resposta. Em Portugal, por exemplo, a opção para

⁴¹ Sobre a protecção dos investidores no âmbito do Tratado da Carta da Energia *v.*, por todos, Thomas ROE / Matthew HAPPOLD, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charters Treaty*, Cambridge University Press, 2011; Rudolf DOLZER / Christoph SCHEUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 27ss.

⁴² Com fundamento na violação de BIT: *Eiser Infrastructure v. Spain* (ICSID Case No. ARB/13/36); *Antin Infrastructure Services Luxembourg v. Spain* (ICSID Case No. ARB/13/31); *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited v. Spain* (ICSID Case No. ARB/13/30). Com fundamento na violação do Tratado da Carta da Energia (TCE): *The PV Investors v. Spain* (UNCITRAL Arbitration Rules); *Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain* (Arbitration Institute of the SCC); *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain* (Arbitration Institute of the SCC); *CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain* (Arbitration Institute of the SCC).

⁴³ Com fundamento na violação do TCE: *Voltaic Network GmbH v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc); *ICW Europe Investments Limited v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc); *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc); *WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc); *Natland Investment Group NV and others. v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc); *Antaris Solar GmbH and other v. Czech Republic* (UNCITRAL Arbitration Rules); *Mr. Jurgen Wirtgen and others v. Czech Republic* (UNCITRAL ad hoc).

⁴⁴ Expressão de Anna de Luca para caracterizar as medidas de reequilíbrio ou ajustamento financeiro adoptadas pelos Estados no âmbito do combate aos deficits tarifários *in*

reduzir a parcela dos custos políticos na factura eléctrica foi a via fiscal – através da já mencionada “contribuição extraordinária sobre o sector energético”⁴⁵ – que parecia ter sido inicialmente bem-sucedida, mas que chegados ao momento da respectiva cobrança se verifica que não foi paga pela maior parte das empresas, as quais impugnaram a respectiva liquidação. Com efeito, a solução adoptada pelo Estado português está longe de ser juridicamente inatacável, seja com fundamento na violação dos princípios do direito tributário português, seja com fundamento na violação dos *standards* de protecção dos investidores estrangeiros. É que embora o Tratado da Carta da Energia, no seu artigo 21.º, compreenda limites à aplicação da protecção do investimento perante medidas fiscais, essa neutralização não é absoluta, como se infere da leitura do n.º 5 do mesmo artigo. Apesar disso, a estratégia das empresas em Portugal parece, para já, limitar-se à impugnação do tributo nos tribunais nacionais.

Já em casos próximos ao Espanhol e ao Checo, anteriormente decididos no sistema de arbitragem do investimento estrangeiro, as soluções que podemos encontrar não são totalmente concludentes, mas apontam para uma potencial razão dos Estados. Vejamos.

No primeiro caso em que foi invocado e aplicado o Tratado da Carta – caso *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, decidido pela *Stockholm Chamber of Commerce*, de 16.12.2003 – que opôs a empresa sueca *Nykomb* à Letónia, a propósito do investimento da primeira na *Windau*, uma empresa resultante da privatização do sector eléctrico letão, o tribunal deu razão ao investidor. A *Windau* celebrara, entre 1996 e 1997, diversos contratos com a *Latvenergo* (empresa pública que detém do monopólio da distribuição de electricidade), pelos quais aquela se obrigava a construir várias instalações de cogeração. A *Latvenergo* comprometia-se, por seu turno, nos termos do artigo 27.º, parágrafos 9 e 10 da Lei letã sobre a regulação das actividades energéticas, de 6 de Setembro de 1995, a comprar a energia excedente do processo produtivo da *Windau*, com base numa remuneração de “dupla tarifa”, um modelo incentivador da eficiência energética semelhante a outros que vinham sendo introduzidos na Europa e equiparável aos subsídios à tarifa concedidos no domínio das renováveis. Em 1998, por força da transposição do direito europeu, a Letónia aprovou uma nova Lei da Energia, a qual aboliu a remuneração de dupla tarifa, comprometendo, desta forma, a possibilidade de a *Windau* amortizar o investimento realizado na instalação da cogeração. O tribunal condenou a Letónia a “repor” o regime de “dupla tarifa” pelo período ainda em falta (oito anos), tomando em linha de conta que o referido mecanismo não era incompatível com o direito europeu e que não acarretava prejuízo para as “contas públicas”. Esta decisão foi duramente criticada por alguma doutrina⁴⁶.

Já no caso *AES - Tisza v. Hungria* (ICSID Case n.º ARB/07/22), de 2010, em que se discutia também a violação dos *standards de protecção do investimento estrangeiro* por

«Withdrawing incentives to attract FDI: Can host countries put the genie back in the bottle?», *Columbia Center on Sustainable Investment*, disponível on-line em <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-125-De-Luca-FINAL.pdf>> (último acesso em 28 de Dezembro de 2014).

⁴⁵ Cf. *supra* notas 17 e 18.

⁴⁶ Thomas WÄLDE, «In the Arbitration under Art. 26.º Energy Charter Treaty, *Nykomb v. Lituânia* – Legal Opinion», *Transnational Dispute Management*, vol. 2, issue 5, 2005.

parte da Hungria, em decorrência da modificação, em 2008, da forma de cálculo do preço da energia, pondo termo a um regime de preços administrativos e de contratos de aquisição de energia, passando para um regime de regulação tarifária, segundo o qual os lucros das empresas (que haviam sido privatizadas), estavam excessivamente altos, pelo que seriam limitados (*capped*) a um máximo de 7,1%, considerando este um nível de remuneração adequado. O Tribunal concluiu que a Hungria não havia violado os artigos 10(1), 10(7) e 13 do Tratado da Carta, nem os *standards* do investimento estrangeiro. Mais concretamente, pode ler-se na decisão arbitral que: *i) não houve expropriação*, pois os investidores continuaram a receber uma remuneração adequada pelos seus investimentos, não sendo possível afirmar que “havia sido privados do investimento ou que o mesmo havia sofrido uma depreciação considerável”; *ii) não houve violação do dever de protecção jurídica*, pois este *standard* não equivale a uma cláusula de estabilização plena, pelo que é normal que os investimentos sofram, no longo prazo, os efeitos de algumas medidas políticas dos Estados hospedeiros; *iii) não houve violação da cláusula da nação mais favorecida, nem da proibição de tratamento discriminatório*, porque a medida legislativa adoptada era geral (uniforme) e abstracta; *iv) não houve violação do standard FET*⁴⁷, pois o órgão regulador da Hungria adoptou um critério de reconhecimento de custos baseado na contabilidade fornecida pelo investidor.

No mais recente caso *Electrabel v. Hungria* (ICSID Case n.º ARB/07/19), de 2012, em que se discutia a violação do TCE pela Hungria ao alterar, após a adesão à União Europeia, as regras da remuneração da energia produzida em regime de cogeração, afectando os valores recebidos pela empresa que havia sido privatizada, e que, segundo os investidores, desta forma não conseguiria recuperar os custos fixos, o Tribunal Arbitral não deu razão ao investidor por considerar que não teria havido violação dos *standards* de protecção do investimento, na medida em que o mesmo não beneficiava de um regime protegido (não havia *expectativa legítima*) e as novas regras não consubstanciavam tratamento discriminatório, pois não havia empresas concorrentes com a Electrabel.

Registamos, portanto, uma aparente recepção pelo direito do investimento estrangeiro, expresso nas decisões arbitrais mais recentes, da necessidade de maior flexibilização na compreensão do que deve ser a *actualização do interesse público* e a pertinência das mudanças regulatórias razoáveis que visam assegurar a correcta implementação do *novo modelo regulatório da economia*. Um modelo que é baseado não

⁴⁷ O *standard FET* corresponde, no plano do direito do investimento estrangeiro – que como sabemos, por se tratar de uma proposta de normatização global para problemas que surgem neste novo ramo do direito, caracterizado pela originalidade de permitir que sujeitos de direito privado demandem os Estados perante órgãos jurisdicionais (tribunais arbitrais) que tratam as duas partes como iguais, ou seja, que analisam os actos do poder público que lesam direitos e interesses dos privados descontextualizados das prerrogativas típicas do poder soberano – a uma medida de protecção dos investidores, que consiste na subordinação do comportamento dos Estados hospedeiros (dos actos adoptados por estes) aos testes da proporcionalidade e da protecção das expectativas legítimas para saber se aos investidores deve ser atribuída ou não uma indemnização – cf. Fulvio Maria PALOMBINO, *Il Trattamento «giuste ed equo» degli investimenti stranieri*, il Mulino, Bologna, 2012 e Roland KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment* in *International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

apenas no crescimento, mas sim na *inovação e na sustentabilidade*, que são as novas imposições do *desenvolvimento sustentável*. No essencial, o que sublinhamos com interesse e aplauso, é a aceitação pela arbitragem do investimento de que a protecção jurídica dos investidores há-de articular-se, neste novo modelo, com o *ónus da permanente actualização tecnológica e de performance* imposto aos agentes económicos, e em especial àqueles que actuam em mercados regulados, onde essa imposição só pode decorrer de medidas regulatórias públicas⁴⁸, pois tratando-se de mercados imperfeitos ela não resulta naturalmente do funcionamento do sistema capitalista, como acontece em sectores onde a concorrência é perfeita ou pelo menos intensa.

Em suma, no contexto deste novo modelo económico, a *regulação por performance* (apesar de ou especialmente por não ser inteiramente jurídico na sua substância) é, em nosso entender, um caminho mais adequado para gerir a complexidade que se avizinha com a conjugação, no âmbito do mercado interno europeu, de duas linhas de orientação política, que convergem, mas que são aparentemente contraditórias⁴⁹, e que podem produzir resultados negativos cruzados, com elevado risco para os investimentos: *i)* por um lado, as medidas típicas da sustentabilidade energética como a *gestão da procura*, a diminuição do consumo e a adopção de *mecanismo de preço em tempo real*, resultantes da implantação das *redes inteligentes*, a que se soma o desenvolvimento do *novo regime de microgeração* (autoconsumo e venda de excesso⁵⁰), segundo o qual se pretende reduzir o consumo global de energia e gerir de forma mais eficiente as intermitências típicas da geração a partir de fontes renováveis; e *ii)* por outro, as medidas de melhoria da segurança no abastecimento, que incluem a aceleração dos *investimentos em grandes redes transeuropeias de transporte* para aumentar a capacidade de exportação da energia produzida ao abrigo de *projectos de investimento conjuntos*⁵¹, através dos quais se pretende aumentar a quota da energia renovável em todos os países do mercado interno sem dependência das condições geográficas regionais.

Recorde-se que as *infra-estruturas energéticas*, com especial destaque para as redes eléctricas transnacionais, figuram entre os principais instrumentos do Programa Europeu

⁴⁸ Sobre o tema da dificuldade e dos desafios da regulação na concepção de sistemas energéticos sustentáveis, que respondam aos novos desafios da economia, em especial a sustentabilidade e a inovação v. Catherine MITCHELL / Bridget WOODMAN, «Regulation and Sustainable Energy Systems», *The Oxford Handbook of Regulation* (Ed. Baldwin *et alii*), Oxford University Press, 2012, pp. 572ss.

⁴⁹ Sobre os novos desafios do modelo energético europeu no contexto das imposições internacionais em matéria de energia sustentável v. Susanna QUADRI, *Energia Sostenibile*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

⁵⁰ Em Portugal este regime jurídico foi finalmente adoptado entre nós pelo Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de Outubro.

⁵¹ Alguns dos quais integrados nos denominados projectos de interesse comum europeu – cf. <http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/pci/doc/2013_pci_projects_country.pdf> (último acesso em 28 de Dezembro de 2014).

Fazem parte deste universo, entre outros, o *projecto Helios* (cooperação Grécia/Áustria) e o *projecto Dinamarca/Alemanha/Suécia* em matéria de produção eléctrica offshore no Mar do Norte, a qual será depois transportada pela *Electricity Northern Seas Offshore Grid*.

para a Retoma Económica⁵², onde Portugal e Espanha apenas inscreveram instalações para melhorar as trocas transfronteiriças na Península Ibérica, de onde o excedente de renováveis parece estar condenado a não conseguir escoar!

Aliás, Portugal parece estar longe da nova realidade europeia e neste momento não tem sequer “margem” financeira para a incentivação da política energética reclamada pela Europa, o que nos leva a suspeitar que a médio prazo poderá deixar de contribuir, como tem feito até aqui, para o cumprimento das metas europeias no domínio da política energia-ambiente-clima. A própria tributação verde não será, a nosso ver, a solução, pois a sua repercussão, seja por via jurídica, seja por via económica, acabará sempre por alcançar o consumidor final, sobre o qual impende já uma elevada carga tributária e um cabaz de preços de serviços essenciais que empurram novos sectores da sociedade para a pobreza.

De resto, o reconhecimento de que o modelo traçado para o mercado interno da electricidade na Europa tem uma probabilidade séria de falhar em alguns países está patente no próprio conceito normativo de *pobreza energética* sobre o qual a UE hoje trabalha⁵³. Um conceito centrado na exclusão do acesso a serviços energéticos por parte de grupos vulneráveis, em especial os consumidores com menos recursos económicos, para os quais se prevê um apoio financeiro pelos sistemas nacionais de segurança social. Um conceito que é depois complementado com uma preocupação com os clientes como menos formação educacional, para o que se exigem regras em matéria de transparência e informação ao nível da factura de electricidade (art. 3.º/7 e 8 da Directiva 2009/72/CE), mas sobre os quais não repousam expectativas fortes de que sejam um motor da melhoria da eficiência do modelo.

Conclusão

Em face dos desafios que se avizinham, parece-nos que um dos principais problemas que os Estados-membros actualmente enfrentam no domínio da regulação dos seus sistemas energéticos, e em especial dos respectivos sistemas eléctricos, se prende com a desadequação dos instrumentos regulatórios utilizados – originários de um modelo típico de administração autoritária – e com a desarmonização do sistema jurídico para dar uma resposta adequada e eficiente às novas colocações da protecção jurídica dos investimentos no quadro de um modelo económico assente no desenvolvimento sustentável e na inovação tecnológica. E neste contexto, a própria europeização deste sector não parece ter conseguido contribuir para uma superação destas dificuldades, pelo que o caminho adequado, segundo nos parece, estará mais próximo de uma “anglosaxonização” do direito da energia.

⁵² Veja-se o último relatório COM(2014) 669 final.

⁵³ Cf. *supra* nota 2.