

Produção, mantendo-se em vigor os contratos de aquisição de energia celebrados com a Tejo Energia (Central do Pego) e com a Turbogás (Central da Tapada do Outeiro).

<sup>20</sup> Mercado a prazo, mercado *spot* e mercado bilateral.

<sup>21</sup> Citou-se o estudo realizado pelo Conselho de Reguladores do MIBEL, “Descrição do funcionamento do MIBEL”, sobre a “Aplicação do mecanismo dos CMEC em Portugal”, págs. 81-82.

<sup>22</sup> *Estudo citado*, pág. 83.

<sup>23</sup> “MIBEL: o início do embuste”, *RevCEDOUA*, *cit.*, pág. 41 (nota 32).

<sup>24</sup> Daí que, por exemplo, o IRC devido pela entidade produtora não estivesse abrangido pela previsão desta cláusula.

<sup>25</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de novembro, o qual, após ter sofrido múltiplas alterações veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro.

<sup>26</sup> Criado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro.

<sup>27</sup> Note-se que a possibilidade de utilizar a Central Electroprodutora para fim diverso da produção de eletricidade, além deste, só poderá ocorrer com consentimento do fundeiro, o que determinará uma alteração contratual, pelo que só nesta hipótese, que se desconhece que tenha ocorrido, a Contribuição Autárquica/Imposto Municipal sobre Imóveis, deixará de se poder considerar um custo exclusivo da atividade de produção de eletricidade.

<sup>28</sup> *As obrigações tributárias não são suscetíveis de transmissão inter vivos, salvo nos casos previstos na lei.*

<sup>29</sup> Dos dados factuais fornecidos pela entidade consultante não consta que esta cláusula tivesse sido acionada durante o período de vigência do CAE de Sines.

<sup>30</sup> Em 14 de junho de 2007 foi também outorgado entre as mesmas partes uma Adenda ao CAE de Sines, tendo por objeto determinar as novas condições contratuais em que passou a operar a Central Termoelétrica de Sines após a conclusão das modificações necessárias, tendo em vista o cumprimento das exigências estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 178/83, de 5 de agosto, o que revela que nessa data ainda não se encontravam reunidas todas as condições necessárias à efetiva cessação do CAE de Sines.

Em 7 de dezembro de 2011 foi assinado pelas mesmas partes um aditamento à Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, contemplando os aumentos de custos que resultaram do cumprimento de novas exigências ambientais efetuadas pelo então Instituto do Ambiente, por ofício de 15 de dezembro de 2006.

<sup>31</sup> Sobre o direito de superfície no direito romano, SANTOS JUSTO, em *Direito Privado Romano — III (Direitos reais)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, pág. 210-212.

<sup>32</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, em *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 374-375, LUÍS CARVALHO FERNANDES, em *Lições de Direitos Reais*, Quid iuris, Lisboa, 1996, pág. 363, RUI PINTO DUARTE, em *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002, pág. 171, nota 442, e AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES, em *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Universidade Lusíada, Lisboa, 1993, pág. 423.

<sup>33</sup> Sobre o âmbito da liberdade de convenção tendo por objeto o conteúdo dos direitos reais, cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 67-68.

<sup>34</sup> A PGS — Sociedade de Promoção e Gestão das Áreas Industriais e Serviços, S. A., após várias operações de fusão, integra atualmente a AICEP Global Parques — Gestão de Áreas Empresariais e Serviços, S. A. (AICEP).

<sup>35</sup> Anteriormente a este decreto-lei, a legislação sobre a gestão do património pertencente ao Estado ou a institutos públicos encontrava-se dispersa por diferentes diplomas.

<sup>36</sup> É discutido na doutrina se o superficiário tem um verdadeiro direito de propriedade sobre a obra implantada em solo alheio. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pág. 587-591, MENEZES CORDEIRO, em *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, pág. 714-716, OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Estudos sobre a Superfície e a Acesso*, separata da *Scientia Iuridica*, Braga, 1973, pág. 18 e seg., LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pág. 390-392, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 365-367, e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, em *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 817-820.

<sup>37</sup> Apesar de nestas alíneas, tal como sucede na cláusula 26.1.3., os contraentes preverem modificações e a extinção do direito de superfície que incide sobre os terrenos onde se encontra instalada a Central Electroprodutora de Sines, e ainda a transmissão do próprio direito de propriedade sobre esses terrenos, sem a intervenção do titular desse direito, que ocupa a posição de fundeiro na relação superficiária, tais cláusulas não são nulas, por falta de legitimidade dos contraentes, como sucede, por exemplo, com a venda de coisa alheia (artigo 892.º do Código Civil), uma vez que a ocorrência de tais vicissitudes está dependente de factos futuros e incertos, nada impedindo que essa legitimidade pudesse vir a ser assegurada até ao momento da aplicação das referidas cláusulas.

As partes outorgantes do CAE em documento de alteração a este contrato, datado de 6.1.2005, vieram reconhecer que o contrato constitutivo do direito de superfície devia ser considerado um contrato complementar necessário para a operação da Central.

Cumprir referir que estas cláusulas não chegaram a ser aplicadas, uma vez que este contrato veio a cessar antecipadamente, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

<sup>38</sup> Neste sentido, Pedro Gonçalves, em *Direito dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 116.

<sup>39</sup> A decisão da Comissão, adotada em 22 de setembro de 2004, encontra-se referenciada no Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 250, de 8 de outubro de 2005, juntamente com outras decisões sobre a «Autorização de auxílios concedidos pelos Estados no âmbito das disposições dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE a respeito dos quais a Comissão não levanta objeções, podendo ser consultada em [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/).

Este parecer foi votado na sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 9 de novembro de 2017.

*Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha — João Eduardo Cura Mariano Esteves (relator) — Maria Isabel Fernandes da Costa — Maria de Fátima da Graça Carvalho — Maria Manuela Flores Ferreira — Eduardo André Folque da Costa Ferreira* (com declaração de voto).

### Declaração de voto

Voto o presente parecer sem poder deixar de assinalar que identifico nos CMEC (custos para a manutenção do equilíbrio contratual) um imposto criado inconstitucionalmente.

Votei vencido o parecer n.º 23/2017 por considerar que o Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, criou um verdadeiro imposto que onera os consumidores de energia elétrica sem vantagem patrimonial efetiva ou presumida, nem para estes nem para todos os demais consumidores de bens e serviços em cujos preços são depois repercutidos os denominados CMEC. Tudo isto sem ter em conta as diferentes capacidades contributivas, como é típico dos impostos indiretos.

Independentemente dessa questão, julgo que o presente parecer possui entre outros o mérito de afirmar que a definição dos CMEC para cada CAE (contrato de aquisição de energia) não pode ser avolumada ao longo do tempo com fatores que não eram contemplados nos pagamentos feitos à data da cessação antecipada de cada CAE.

Assim, preservação do equilíbrio contratual não pode servir de esteio a um enriquecimento progressivo dos eletroprodutores, por via dos CMEC, abrindo a porta a fatores que não integravam, ou só integravam virtualmente, a dinâmica dos CAE.

Como compreender que a liberalização de setor com a sua abertura à concorrência possa tornar-se um fardo tão pesado para os contribuintes?

Por outras palavras, não podem cumular-se nos CMEC todos os determinantes previstos nos CAE, inclusivamente em sede de alterações das circunstâncias, com outras circunstâncias pretensamente modificativas e a justificar compensação que já nada tem a ver com a antecipação do termo de cada CAE. Apenas um exemplo.

A imputação de encargos com a segurança de barragens dificilmente pode justificar custos de manutenção do equilíbrio contratual concernentes a uma central termoelétrica que produz energia exclusivamente a partir de combustíveis fósseis. — *Eduardo André Folque da Costa Ferreira*.

Este parecer foi homologado por despacho de 24 de novembro de 2017 de Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia.

Está conforme.

Lisboa, 18 de dezembro de 2017. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos Adérito da Silva Teixeira*.

311005878

### Parecer n.º 23/2017

**Contrato de Aquisição de Energia (CAE) — Cessação Antecipada — Custo para a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC) — Uso Global do Sistema (UGS) — Ajustamento Anual — Direito a Compensação — Tarifa Autorização Legislativa — Reserva de Lei — Homologação — Deslegalização Usurpação de Poder — Nulidade.**

1.º O Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, contempla as disposições aplicáveis à cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE), previstos no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de

27 de julho, estabelecendo o n.º 2 do artigo 2.º que a cessação antecipada dos CAE determina a atribuição a um dos seus titulares — produtor ou entidade concessionária da rede nacional de transporte (RNT) — do direito ao recebimento de compensações pela cessação antecipada de tais contratos, as quais têm o intuito de garantir a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos contratos anteriores, que não estejam devidamente garantidos através de receitas esperadas em regime de mercado;

2.ª As regras aplicáveis à determinação do montante dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) e dos respetivos ajustamentos são enunciadas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, estabelecendo-se no n.º 5 que os montantes dos CMEC são suscetíveis de ajustamentos anuais e de um ajustamento final;

3.ª Os ajustamentos anuais devem ser efetuados nos termos do n.º 6 do referido artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, com base nos critérios constantes dos artigos 4.º a 6.º do Anexo I e nas condições enunciadas no artigo 11.º (n.ºs I a 11), todos daquele diploma;

4.ª No caso de os ajustamentos anuais conduzirem à determinação de montantes devidos aos produtores — ajustamentos positivos, o respetivo valor será repercutido nas tarifas pela totalidade dos consumidores de energia elétrica no território nacional, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema a incorporar como componentes permanentes da tarifa de uso global do sistema — UGS (n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004);

5.ª E no caso de os ajustamentos anuais conferirem à entidade concessionária da RNT o direito a compensações — ajustamentos negativos, os respetivos montantes pagos por cada produtor devem ser repercutidos para posterior redução da tarifa UGS, de forma a garantir uma repartição equitativa entre todos os consumidores do sistema elétrico (n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004);

6.ª O Decreto-Lei n.º 240/2004 foi editado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro, que lhe definiu o objeto (artigo 1.º), o sentido (artigo 2.º) e a extensão (artigo 3.º);

7.ª Ora, os CMEC refletem-se na estrutura da tarifa UGS e os CMEC positivos podem mesmo ser considerados tributos de natureza unilateral, suscetíveis de ser reconduzidos à figura das *contribuições especiais*;

8.ª A Assembleia da República ao emitir a Lei n.º 52/2004 e o Governo ao utilizar a autorização legislativa assumiram tratar-se de matéria de reserva de lei parlamentar [cf. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa];

9.ª De todo modo, dada a natureza dos CMEC, sempre se terá de considerar estar-se perante matéria de *reserva de lei*, pelo que não pode o Governo proceder a uma *deslegalização*, remetendo para a via contratual a regulação primária de aspetos essenciais do respetivo regime;

10.ª Consequentemente, os acordos de cessação dos CAE não podem introduzir novos fatores nos cálculos dos ajustamentos anuais e final dos CMEC;

11.ª No cálculo dos CMEC, o valor do CAE reporta-se à data prevista para a sua cessação antecipada e calcula-se de acordo com as disposições nele previstas, incluindo a amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados;

12.ª O procedimento da revisibilidade dos CMEC, com vista ao apuramento dos ajustamentos anuais, processa-se nos termos dos n.ºs 1 a 11 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, sendo, após a determinação do respetivo valor, enviados os ajustamentos anuais ao membro do governo responsável pela área de energia para efeitos de homologação (cf. n.º 7);

13.ª O despacho homologatório do montante do ajustamento anual dos CMEC configura um ato administrativo;

14.ª Assim, o ato de homologação com fundamento na sua invalidade, pode ser declarado nulo, a todo o tempo, no caso da ocorrência de vício gerador de nulidade (cf. artigo 162.º do Código do Procedimento Administrativo — CPA —, em vigor, e, anteriormente, artigos 133.º e 134.º do CPA de 1991), ou ser objeto de anulação administrativa (n.º 2 do artigo 165.º do CPA), nos termos e condições dos artigos 166.º e 168.º do CPA;

15.ª Ora, no caso de o ato homologatório considerar aspetos abrangidos pela matéria de reserva de lei, e que tenham inovatoriamente sido regulados nos acordos de cessação dos CAE, terá de ser considerado nulo por estar viciado de usurpação de poder [cf. artigo 161.º, n.º 2, alínea a), do CPA e, anteriormente, artigo 133.º, n.º 2, alínea a), do CPA de 1991].

**Senhor Secretário de Estado da Energia,**

**Excelência:**

**I**

Solicitou Vossa Excelência a emissão de parecer a este Conselho Consultivo para *esclarecimentos adicionais* sobre a interpretação do regime jurídico consagrado no Decreto-Lei n.º 240/2004.

Cumprе, pois, emitir o parecer.

**II**

Com vista a um melhor enquadramento, reproduz-se de seguida a fundamentação do pedido de parecer.

«Conforme se pode ler no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 29 de junho de 2017 (Proc. n.º 4/2016) “a avaliação que servirá de cálculo do CMEC reporta-se, como resulta das normas transcritas, a um momento temporal determinado: data da cessação antecipada de cada CAE. Será com referência a essa data que se determina o valor dos contratos, o montante das receitas expectáveis e o valor dos encargos variáveis de exploração.”

Sendo que, e citando o mesmo Parecer “interessa sublinhar que, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, o valor do CAE deverá ser calculado tendo em atenção as respetivas disposições contratuais, aquilo que ficou convencionado” (cf. pág. 50).

Sendo que, a esse propósito não pode ser desconsiderado que a Comissão Europeia, “ao pronunciar-se sobre o projeto de cessação antecipada dos contratos de longo prazo no setor da eletricidade (CAE) e de atribuição de compensações relativamente a essa cessação, e ao analisar em que grau esta medida inclui auxílios estatais, na ação do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE, examinou a questão de saber se tais compensações concedem uma vantagem aos respetivos beneficiários.

A Comissão considerou que a justificação apresentada — no sentido de que “tais compensações consistem apenas numa justa indemnização pelo facto de o Estado proceder à cessação antecipada dos CAE, que são contratos entre duas partes privadas, o que não poderá ser considerado uma vantagem” — não se aplica ao caso específico, “dado que os contratos iniciais, que serão objeto de cessação, já concedem uma vantagem aos produtores vinculados”.

Tendo a Comissão entendido que “na verdade, os CAE eximem os produtores vinculados de todos os riscos associados aos investimentos cobertos pelos contratos: dispõem da garantia de reembolso de todos os seus custos e de venda de um montante fixo de eletricidade a um preço garantido e durante um período determinado e muito longo. Este fator de segurança contra todos os riscos, num mercado aliás muito cíclico, é proporcionado sem qualquer contrapartida. Constitui uma clara vantagem para os produtores que celebraram os CAE. Por conseguinte, a cessação dos CAE e a concessão de compensações a esse título constitui apenas um modo de alterar a forma como era concedida a vantagem anterior e não um modo de compensar uma desvantagem. De facto, após a cessação dos CAE, aqueles produtores receberão uma compensação que lhes permitirá, não obstante a abertura do mercado, manter o seu volume de vendas (deste modo limitando os riscos em que de outro modo incorreriam) ainda que os centros produtores em questão se venham a revelar intrinsecamente menos eficientes que outros centros produtores que possam ser construídos por novos concorrentes potenciais” (cf. págs. 54 e 55 do mesmo Parecer do Conselho Consultivo da PGR).

Não obstante o que vimos de citar, podemos ler, em seguida, no mesmo Parecer que, por via da introdução das regras de revisibilidade, o Decreto-Lei n.º 240/2004 fixou um regime que pondera elementos posteriores à data da cessação dos CAE, o que nos suscita as dúvidas que pretendemos ver esclarecidas com o presente pedido de Parecer.

É que, o Decreto-Lei n.º 240/2004 foi publicado ao abrigo da Lei de Autorização Legislativa n.º 52/2004, de 29 de outubro.

Dispõe este diploma que:

“Artigo 1.º

**Objeto**

É concedida ao Governo autorização para legislar sobre a atribuição de compensações no âmbito da cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE) celebrados entre a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de Energia Elétrica (RNT) e as entidades titulares de licenças vinculadas de produção de energia elétrica (produtores), bem como sobre a criação dos mecanismos necessários que visem assegurar o pagamento dos montantes compensatórios daí decorrentes, incluindo a repercussão dos respetivos encargos na tarifa de uso global do sistema (tarifa UGS).

Artigo 2.º

**Sentido**

O sentido da legislação a aprovar ao abrigo da presente autorização legislativa compreende a definição da metodologia para determinação do montante das compensações devidas pela cessação antecipada dos

CAE celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores, bem como a forma e momento do seu pagamento, e o modo e mecanismo de repercussão dos respetivos encargos, a incorporar como componente permanente da tarifa UGS, por forma a assegurar o pagamento dos montantes compensatórios devidos aos produtores.

### Artigo 3.º

#### Extensão

No uso da presente lei de autorização, fica ainda o Governo autorizado a estabelecer:

a) Que os encargos relativos às compensações devidas aos produtores pela cessação antecipada dos CAE devem ser repercutidos pela totalidade dos consumidores de energia elétrica, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema;

b) Que os encargos referidos na alínea anterior são faturados e cobrados aos consumidores de energia elétrica pelas entidades responsáveis pelo transporte, distribuição ou comercialização de energia elétrica, simultaneamente com os demais componentes da tarifa UGS;

c) O momento em que as compensações devidas aos produtores são incluídas na respetiva matéria coletável, por forma a assegurar uma situação de neutralidade fiscal.”

Da leitura das citadas normas da Lei de Autorização Legislativa, parece-nos resultar que a mesma legitimava o Governo a legislar no sentido de determinar a fórmula do cálculo da indemnização compensatória pela extinção dos CAE e o modo do respetivo pagamento e repercussão sobre os consumidores.

Não identificamos por isso fonte de legitimação para que fossem ponderados nos CMEC outros elementos adicionais para determinação da compensação devida aos produtores cujos CAE foram objeto de extinção.

Trata-se, aliás, de entendimento que nos parece que seria consensual ao nível das entidades públicas que se pronunciaram no âmbito do referido processo de extinção dos CAE, nomeadamente da Comissão Europeia.

A ser correto este entendimento, **a questão que se coloca consiste em determinar se o regime jurídico consagrado no Decreto-Lei n.º 240/2004, por forma a salvaguardar a respetiva constitucionalidade, não deverá ser interpretado no sentido da não ponderação no cálculo dos CMEC de todos os elementos que não devessem ser ponderados no cálculo da indemnização devida pela extinção dos CAE.**

Por outras palavras, se o cálculo dos CMEC não tem que ser feito sem ponderação de todos os elementos posteriores à extinção dos CAE ou que excedam as expectativas por eles criadas.

A título meramente exemplificativo, questiona-se se não deverão ser suprimidos do cálculo dos CAE as seguintes componentes:

- Custos relativos a investimentos não previstos nos CAE;
- Custos com direitos de superfície ou arrendamentos celebrados ou prorrogados para além da data de extinção dos CAE;
- Custos com titularizações;
- Encargos com disponibilidade de energia não expectável à data da cessação dos CAE.

Por outro lado, se a resposta for no sentido da não ponderação deste tipo de componentes da fórmula de cálculo, colocam-se a seguinte questão:

Os ajustamentos anuais, são definitivos ou provisórios, ou seja, criam direitos para os titulares dos CMEC ou podem ser objeto de acertos no âmbito dos ajustamentos anuais seguintes ou no ajustamento final?»

### III

Na presente consulta é assim suscitada a problemática da lei de autorização legislativa, Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro, reproduzida no pedido de parecer<sup>1</sup> e da conformidade do respetivo decreto-lei — Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro<sup>2</sup>.

Cabe recordar que a Lei n.º 52/2004 — autoriza o Governo a legislar no sentido da definição de medidas indemnizatórias pela cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia elétrica (CAE) celebrados entre a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de Energia Elétrica (RNT) e as entidades titulares de licenças vinculadas de produção de energia — teve na sua origem a Proposta de Lei n.º 141/IX<sup>3</sup>, cujo articulado, aliás, reproduz.

E a *exposição de motivos* da Proposta de Lei n.º 141/IX explicitava:

«As bases de organização e os princípios reguladores do exercício das atividades que integram o Sistema Elétrico Nacional (SEN) neces-

sitam de ser ajustados à evolução do funcionamento do mercado de energia elétrica e ao aprofundamento do processo da sua liberalização. Nessa medida, o Governo pretende aprovar um diploma que adequa a estrutura do SEN e oriente a sua forma de funcionamento para um regime de mercado eficiente, livre e concorrencial, em conformidade com as diretrizes já estabelecidas no Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto.

A legislação em vigor relativa às bases de organização e aos princípios reguladores do exercício das atividades que integram o SEN encontra-se atualmente estabelecida nos Decretos-Leis n.ºs 182/95, n.º 183/95, n.º 184/95 e n.º 185/95, todos de 27 de julho. No atual modelo organizacional do SEN os produtores englobados no Sistema Elétrico de Serviço Público (SEP), adiante designados por produtores, mantêm uma relação comercial exclusiva com a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte Rede de Energia Elétrica (RNT). Essa relação comercial está hoje formalizada através de contratos de vinculação de longo prazo, designados por contratos de aquisição de energia (CAE), nos quais são reconhecidos tanto os proveitos expectáveis dos produtores, como as compensações a que as partes têm direito em caso de incumprimento, alteração ou rescisão por motivos que não lhes sejam imputáveis.

Todavia, a legislação mencionada, bem como, o atual quadro contratual, devem evoluir no sentido de se adequarem e permitirem a transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da eletricidade.

Por outro lado, importa dar consagração legal aos princípios estabelecidos no Protocolo de Colaboração e no Acordo para a Constituição de Um Mercado Ibérico de Eletricidade (MIBEL), celebrados entre Portugal e Espanha, respetivamente, a 14 de novembro de 2001 e 20 de janeiro de 2004, o último dos quais foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 33-A/2004 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19-B/2004, ambos de 20 de abril.

A introdução de um novo modelo de funcionamento do setor elétrico, liberalizado e concorrencial, tal como previsto na diretiva e nos acordos internacionais acima referidos, implica alterações significativas no domínio da gestão dos centros electroprodutores nacionais, nomeadamente a extinção da relação comercial exclusiva com a entidade concessionária da RNT e a consequente cessação antecipada dos referidos CAE.

Nestes termos, impõe-se proceder à criação de medidas compensatórias, de acordo com as diretrizes estabelecidas no Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, tendo em vista o ressarcimento dos direitos de um dos contraentes dos CAE, através de compensações designadas por Custos para Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC) que assegurem a apropriada equivalência económica relativamente à posição de cada parte no CAE.

Para assegurar o adequado ressarcimento dos produtores pela cessação antecipada dos CAE deve ser-lhes atribuído o direito a compensações designadas como CMEC, através da repercussão dos respetivos encargos na tarifa de Uso Global do Sistema (Tarifa UGS) a suportar pela totalidade dos consumidores de energia elétrica.

A presente proposta de lei possibilita, na medida da sua execução no seio da liberalização do setor elétrico, que o processo de cessação dos CAE e a atribuição das correspondentes compensações aos produtores não conduza a um acréscimo de custos para os consumidores, quer porque os custos com aquelas compensações têm por contrapartida a cessação dos custos inerentes aos CAE quer porque a repercussão dos primeiros na tarifa UGS irá efetuar-se uma forma diluída, por um período de 23 anos.»

Com a Proposta de Lei foi apresentado em anexo um Projeto de decreto-lei.

Na apresentação da Proposta de Lei, o Secretário de Estado do Desenvolvimento Económico enunciou os aspetos essenciais do funcionamento dos CMEC, afirmando acerca da metodologia a adotar:

«Ao extinguir os CAE os produtores deixarão de receber o valor implícito no contrato que inclui por exemplo, custos fixos e variáveis de operação e manutenção, os custos de investimento ou pagamentos por disponibilidade da central. Mas ao operar em regime de mercado, os produtores recebem receitas provenientes da venda de energia.

Assim, a compensação a atribuir aos produtores é tão somente a diferença entre a garantia de valor que estes teriam com os CAE e as receitas obtidas em mercado. Se o valor recuperado em mercado for inferior ao valor implícito no CAE, a compensação, ou Custo de Manutenção do Equilíbrio Contratual — CMEC, a pagar aos produtores será positiva e deverá ser levada à tarifa de usos globais do sistema para pagamento por todos os consumidores. Ou seja, as compensações são apenas no montante do valor do CAE que os

produtores não conseguem recuperar através do mercado, repondo o equilíbrio contratual.

Naturalmente, se os produtores obtiverem do mercado receitas acima do valor do CAE terão de devolver esse adicional ao sistema, repercutindo-se numa redução das tarifas de eletricidade de todos os consumidores.

Desta forma, não faz sentido afirmar que os CMEC representam um sobrecusto para o sistema, na medida em que o preço da energia implícito nos CAE já se encontra no sistema, sendo nesta metodologia replicado pelo preço obtido em mercado adicionado da diferença entre este e o preço que resultaria da aplicação dos contratos de aquisição de energia.

Estabelecida esta regra básica, será realizada uma estimativa inicial, central a central e ano a ano, das compensações devidas e que serão pagas mensalmente aos produtores. Estas estimativas serão calculadas com base em cenários de mercado competitivo, a preços de eletricidade coerentes com os praticados a nível ibérico e considerando preços de combustíveis em linha com índices internacionais.

Durante um período inicial de 10 anos, proceder-se-á anualmente a ajustamentos aos pagamentos realizados durante o ano, por forma a que exista aderência do valor das compensações às condições de mercado e não se pague nem mais nem menos do que aquilo a que os produtores teriam contratualmente direito.

Ou seja, teremos revisibilidade positiva e negativa das compensações inicialmente pagas, garantindo a manutenção do equilíbrio contratual e o pagamento do justo valor por parte dos consumidores.

Em qualquer caso, a metodologia a adotar estabelecerá tetos máximos ao montante das compensações anuais que cada central poderá receber. Tenta-se assim evitar que as empresas adotem estratégias de preços extremamente baixos para ganhar quota de mercado, sabendo que receberão uma compensação maior.

Adicionalmente, as autoridades de regulação (ERSE e Autoridade da Concorrência) desempenharão um papel importante na supervisão do mercado e na deteção de práticas de *dumping*.

No final dos 10 anos iniciais, será repetida a metodologia aplicada inicialmente, mas com revisão e atualização de parâmetros. A partir dessa data deixará de haver revisibilidade, passando as compensações a constituir um montante fixo. Este mecanismo misto mereceu a concordância da Comissão Europeia, na medida em que permitirá aos produtores portugueses uma revisibilidade num tempo aproximado em que os produtores espanhóis também a têm, tornando-se a compensação num montante fixo a partir desse momento.

Também é ainda de salientar que, para cada produtor, só poderá haver um prazo de pagamento de compensações. Este facto, associado à escolha da data de termo do CAE mais longo de cada produtor, tem um efeito de diluição temporal na tarifa, reduzindo-a.

Acresce a tudo isto que, sendo o sistema tarifário português aditivo e transparente, os CMEC, ao serem repercutidos na Tarifa de Usos Globais do Sistema, são um custo claramente identificado e supervisionado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Gostava de deixar uma última nota para a possibilidade que é conferida aos produtores de securitizarem as compensações. O mecanismo que pretendemos adotar contém em si mesmo todas as condições para que esse tipo de operações possa ser realizado com o mínimo custo possível. No entanto, essa é apenas uma possibilidade que é dada aos produtores e não uma obrigação, na certeza de que, se implicarem um acréscimo de custos para os consumidores, não terão a necessária autorização do Ministério que aqui represento.»

Conquanto já acima reproduzido o artigo 2.º, com a epígrafe “Sentido”, da Lei n.º 52/2004<sup>4</sup>, importa frisar que, de acordo com aquele preceito legal, «[o] sentido da legislação a aprovar ao abrigo da presente autorização legislativa compreende a definição da metodologia para determinação do montante das compensações devidas pela cessação antecipada dos CAE celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores, bem como a forma e momento do seu pagamento, e o modo e mecanismo de repercussão dos respetivos encargos, a incorporar como componente permanente da tarifa UGS, por forma a assegurar o pagamento dos montantes compensatórios devidos aos produtores.

#### IV

Antes de prosseguir, impõe-se uma breve referência às leis de autorização legislativa<sup>5</sup>.

As autorizações legislativas revestem a forma de lei e conforme realça JORGE MIRANDA a sua construção jurídica tem de promover-se «na específica perspetiva constitucional da divisão de poderes e da colaboração dos órgãos de soberania»<sup>6</sup> 7.

A autorização legislativa não acarreta, como tal, uma transferência ou alienação de poderes. A Assembleia da República não cede faculdades atribuídas pela Constituição, nem renuncia ao seu exercício, apenas

chama o Governo a também exercê-las, sendo que este pode não utilizar o poder legislativo colocado à sua disposição<sup>8</sup>.

A autorização legislativa é sempre limitada a uma determinada matéria<sup>9</sup>, por isso, a Constituição da República Portuguesa exige no n.º 2 do artigo 165.º que as leis de autorização definam o objeto da autorização.

Mas, como refere GOMES CANOTILHO, as leis de autorização têm caráter «normativo-material», não se trata de «normas sobre a produção jurídica» ou de «normas organizatório-competenciais»<sup>10</sup>.

Segundo JORGE MIRANDA, «[r]essalta claro o caráter concreto, bem determinado da autorização legislativa. Ela incide sobre objeto individualizado, com sentido prefixado por certo tempo. Implica uma relação específica entre dois órgãos. E parece também plausível, em face do princípio preferencial constante da Constituição que a Assembleia só a deve conceder, quando ela não possa fazer, por si, a lei e esta seja necessária (ou estritamente necessária)»<sup>11</sup>.

Aquele Autor elenca quatro ordens de limites a que está sujeita qualquer *autorização legislativa* — limites substanciais, formais, subjetivos e temporais.

Assim, seguindo, ainda, JORGE MIRANDA, temos, como limites formais ou *procedimentais*, que:

- A autorização legislativa tem de ser explícita e autónoma; tem de constar de uma lei de autorização, com a sua peculiar tramitação.
  - O ato autorizado tem de revestir a forma de decreto-lei [artigo 198.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, nunca a de decreto regulamentar.
  - O ato autorizado tem de se reportar a determinada lei de autorização expressamente invocada (artigo 198.º, n.º 3, da Constituição)<sup>12</sup>.
- Os limites *subjetivos*<sup>13</sup> são:
- Só pode haver autorização legislativa da Assembleia da República ao Governo, não a qualquer outro órgão ou entre quaisquer outros órgãos<sup>14</sup>.
  - A autorização legislativa só pode ser concedida por uma Assembleia na plenitude de funções e não pode ser exercida, e pedida, por um Governo demitido.
  - A autorização legislativa implica «uma relação fiduciária entre a Assembleia e o Governo — dá-se *intuitu personae*.
  - O Governo não pode autorizar outro órgão a servir-se da autorização legislativa.

No que respeita a *limites temporais* a autorização tem de ser a termo certo final, podendo, se o tempo não for suficiente, ser prorrogada a sua duração (artigo 165.º, n.º 2, *in fine*, da Constituição).

E já se mencionou que a autorização é sempre limitada a uma determinada matéria. Com efeito, os limites substanciais, face à estatuição constitucional<sup>15</sup>, apresentam-se particularmente relevantes.

Sobre os limites substanciais, refere JORGE MIRANDA:

- Só pode haver autorizações legislativas sobre matérias do artigo 165.º, não sobre quaisquer outras matérias de competência legislativa (designadamente, artigos 161.º e 164.º) ou não legislativas da Assembleia da República [artigos 161.º, alínea i), 162.º e 163.º];
- Só pode haver autorizações legislativas sobre estas ou aquelas matérias do artigo 165.º, não sobre todas as suas matérias ou alíneas;
- Consequentemente, a lei de autorização tem de definir tanto o objeto como a extensão da autorização; autorizações em branco ou globais subvertiriam a distribuição constitucional de competências;
- A cada matéria ou segmento de matéria objeto de autorização não pode corresponder mais que um ato legislativo do Governo (artigo 165.º, n.º 3);
- A lei de autorização tem de definir o sentido da autorização (artigo 165.º, n.º 2).

Aliás, aquele Autor considera a prescrição de sentido um limite substantivo especialíssimo: «A lei de autorização tem de definir o sentido da autorização, quer dizer, o objetivo e o critério da disciplina legislativa a estabelecer, a condensação dos princípios ou a orientação fundamental a seguir pelo decreto-lei ou pelo decreto legislativo a emitir de seguida. O sentido é *limite interno* da autorização legislativa — limite quer para o Parlamento quer para o destinatário e elemento prospetivo para o cidadão em geral».

A Constituição não exigia expressamente, na redação originária, a determinação do *sentido*, exigência introduzida na 2.ª revisão constitucional, o que, como observa GOMES CANOTILHO<sup>16</sup>, não impedia a Assembleia da República de enunciar nas leis de autorização um mínimo de diretivas ou princípios.

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA sublinham que a autorização legislativa é sempre condicionada, «devendo a AR definir o **sentido e a extensão** dela, não podendo autorizar o Governo a legislar em certa matéria, sem mais: a lei de autorização deve indicar qual o sentido e a extensão da alteração legislativa a introduzir pelo Governo. Tem de haver uma **predefinição parlamentar** da orientação política da medida legislativa a adotar. Por exemplo, não basta que a AR autorize

o Governo a modificar as penas para certos crimes; importa que defina o tipo de penas e determine se é para as aumentar ou para as diminuir. Destes requisitos decorre diretamente o *princípio da especialidade* das autorizações legislativas, estando claramente proibidas as autorizações genéricas (v.g., autorização para rever os impostos sobre o rendimento; autorização para criar crimes e penas até x anos, etc.)»<sup>17</sup>.

O objeto, o sentido e a extensão da autorização legislativa integram o que se tem designado por *conteúdo mínimo exigível*<sup>18</sup>, ou seja, «a obrigação constitucional de o legislador delegante, na sua qualidade de “legislador originário”, incluir, na autorização, as indicações necessárias quanto à delimitação da matéria e quanto aos critérios de valoração do regime a adotar ao abrigo da delegação, em termos suscetíveis de permitirem quer a utilização desses poderes pelo legislador delegado, quer o controlo da forma de exercício desses mesmo poderes»<sup>19</sup>.

Explicitam, ainda, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA que «[n]ão é obrigatório, naturalmente, que a autorização contenha um projeto do futuro decreto-lei (como acontece com as autorizações de decretos legislativos regionais), mas ela não pode ser, seguramente, um cheque em branco. Por outro lado, a eventual junção do projeto de decreto-lei não isenta a Assembleia do dever de definir o objeto, sentido e extensão da autorização, sob pena de neutralizar inconstitucionalmente o sentido deste preceito [n.º 2 do artigo 165.º]».

## V

1 — Face ao que se vem de dizer sobre as leis de autorização legislativa, não pode deixar-se de observar que a Lei de Autorização Legislativa n.º 52/2004 se apresenta algo parca na definição do designado *conteúdo mínimo exigível*, observação que, como decorre do acima referido, não é prejudicado pelo facto de ter sido junto a um projeto de decreto-lei.

De todo o modo, foi definida uma orientação da medida legislativa a adotar pelo Governo.

E há aqui que frisar que o Governo só o poderia fazer através da emissão de decreto-lei.

Conforme sublinham, ainda, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, «[a]s autorizações legislativas só podem ser utilizadas pelo Governo mediante exercício do poder *legislativo*, e não de outro, designadamente o poder *regulamentar*. Obtida uma autorização, o Governo, se quiser utilizá-la (pois não é obrigatório fazê-lo), deve fazê-lo mediante *decreto-lei*»<sup>20</sup>.

E acrescentam aqueles Autores:

«As exigências de densificação legislativa do decreto-lei autorizado são as mesmas que as da lei da AR se fosse esta e legislislar. O decreto-lei deve também esgotar a regulação legislativa do assunto. A reserva de lei da AR é também uma reserva de lei em sentido formal, uma *reserva de diploma legislativo*»<sup>21</sup>.

Temos, pois, que perante a Lei n.º 52/2004 o Governo apenas podia utilizar a autorização mediante decreto-lei e não por qualquer outro meio, sendo que o decreto-lei se devia subordinar aos parâmetros daquela lei<sup>22</sup>.

2 — Posto isto, caberia, em nosso entender, analisar o Decreto-Lei n.º 240/2004, considerando dois planos: o da sua conformidade com a respetiva lei de autorização — a Lei n.º 52/2004; e o da eventual transferência de poderes para além do exercício do poder legislativo autorizado.

Ou seja, poderá, essencialmente, estar em causa se, e em que medida, o Governo pode *autorizar* que pela via contratual se regule inovatoriamente no que concerne às medidas indemnizatórias pela cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia elétrica (CAE).

Não se ignora o *princípio da autonomia pública contratual* plasmado no artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos<sup>23</sup>, e já anteriormente consagrado no artigo 179.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991<sup>24</sup>, passando, em sua decorrência, os contraentes públicos, para a realização das suas atribuições, a poder celebrar contratos administrativos sempre que a natureza das relações a estabelecer ou a lei o não impedirem expressa ou implicitamente<sup>25</sup>.

Ora, justamente, já se referiu que as autorizações legislativas incidem sobre alguma ou algumas das matérias do artigo 165.º da Constituição, afigurando-se, no caso vertente, incontornável a delimitação da reserva material de lei.

Com efeito, a Assembleia da República assumiu integralmente a exigência da essencialidade de lei ao emitir a Lei n.º 52/2004 a autorizar o Governo a legislar no sentido da definição de medidas indemnizatórias pela cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia elétrica.

E, por sua vez, o Governo editou o Decreto-Lei n.º 240/2004, no uso da autorização legislativa concedida pelos artigos 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 52/2004 e nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição.

Destarte, o Governo assumiu também estar-se perante matéria de reserva de lei.

Ora, do elenco das disposições que definem a reserva de lei da Assembleia da República, parece ser aqui de convocar a alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição que diz respeito à *criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas*<sup>26</sup>.

A norma constante da alínea i) tem hoje uma formulação mais ampla que na versão originária [alínea o) do artigo 167.º], abrangendo além da *criação de impostos e sistema fiscal, o regime geral de taxas e demais contribuições financeiras*<sup>27</sup>. Com este inciso, o legislador constitucional terá pretendido incluir na reserva de lei a matéria das taxas e outras receitas coativas que não tenham a natureza de impostos — como os diferenciais de preços — que cabem nas chamadas *receitas para-fiscais*.

Interessa-nos, agora, particularmente a figura da *tarifa*, pois, como vimos, as compensações no âmbito da cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia — os designados *custos de manutenção do equilíbrio contratual* (CMEC) — repercutem-se na tarifa de uso global do sistema (tarifa UGS).

O termo *tarifa* tem sido utilizado para designar a retribuição pela utilização dos serviços públicos, constituindo, nesta perspetiva, um instrumento de remuneração. «Figura polissémica ou de denominação genérica»<sup>28</sup>, as tarifas reconduzem-se, segundo CASALTA NABAIS, a um especial tipo de taxas, as taxas que exprimem não apenas uma *equivalência jurídica*, como é característica de todas as taxas, mas também uma *equivalência económica*, como é característica dos preços<sup>29</sup>.

Ora, conforme se assinalou, desde a revisão constitucional de 1997, a reserva de lei parlamentar foi alargada ao *regime geral das taxas*.

E, dada a inércia legislativa no que respeita ao regime geral das taxas e demais contribuições financeira [alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição]<sup>30</sup>, compreende-se a autorização legislativa concedida através da Lei n.º 52/2004.

Assim, considerando o núcleo da reserva de lei da Assembleia da República em referência, a matéria dos CMEC na medida em que, inovatoriamente, bule com a estrutura da tarifa UGS tem de respeitar a autorização legislativa, de acordo, aliás, com o entendimento, como já se disse, quer da Assembleia da República, quer do Governo, que assumiram a sua exigência.

E, nessa medida, o decreto-lei autorizado teria de esgotar a respetiva regulação legislativa.

Acresce que considerando a composição da tarifa de Uso Global do Sistema<sup>31</sup>, a imposição dos CMEC devidos pela cessação antecipada dos CAE, como refere NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, trata-se de uma imposição coativa imposta por lei e não parece que tal prestação possa ser entendida como um “encargo normal” do fornecimento de eletricidade, mas antes como um verdadeiro custo derivado de uma opção política de reorganização (liberalização) do mercado<sup>32</sup>.

Para aquele Autor, os CMEC aproximam-se de um tributo de natureza unilaterial<sup>33</sup>.

É certo que o legislador terá sido sensível à proteção dos interesses económicos do consumidor, que, aliás, como vimos, lhe mereceu uma referência expressa no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 240/2004. Todavia, conforme explicita NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, «no que respeita aos CMEC, encontramos-nos no âmbito de uma relação tributária, ainda que se assemelhe, à primeira vista, tratar-se de uma relação de consumo»<sup>34</sup>.

Assim, segundo aquele Autor, «pode-se reduzir tais custos à figura das *contribuições especiais* [cf. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º CRP], espécie que não goza entre nós de um regime jurídico próprio, mas geralmente reconduzida ao regime dos impostos posto que tendem a apresentar-se como tributos unilaterais»<sup>35</sup>.

Com efeito, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º da Lei Geral Tributária, as contribuições especiais são consideradas impostos.

Também, face a este entendimento, o Governo não pode *subdelegar* o poder legislativo conferido pela Lei n.º 52/2004, transferindo-o seja para o poder regulamentar ou para outro.

Porém, cabe aqui convocar o entendimento definido pelo Tribunal Constitucional (Plenário) no Acórdão n.º 539/2015, de 20 de outubro de 2015<sup>36</sup>, proferido no Processo n.º 27/2015, onde se pode ler:

«A revisão constitucional de 1997 ao prever a figura das contribuições financeiras como tributo, para efeitos de definição da competência legislativa, equiparou-a às taxas e distinguiu-a dos impostos. Enquanto a criação destes se manteve na reserva relativa da Assembleia da República, relativamente às taxas e às contribuições financeiras aí se incluiu apenas a previsão de um regime geral, ficando excluída da reserva parlamentar a criação individualizada quer de taxas quer de contribuições financeiras. E a aprovação desse regime geral não surge como ato-condição ou pressuposto necessário da criação individualizada desses contributos [...].»

E continua aquele aresto:

«A opção constitucional por uma reserva parlamentar diferenciada entre impostos, por um lado, e taxas e contribuições por outro lado,

teve em consideração a ausência de qualquer bilateralidade de prestações nos primeiros, não tendo o legislador constitucional relevado como fator merecedor de uma distinção em matéria competencial o facto de nas contribuições financeiras essa bilateralidade se apresentar muitas vezes como potencial e/ou difusa.

Se a jurisprudência constitucional anteriormente à Revisão de 1997, perante a ausência de previsão na Constituição dos tributos para-fiscais, por cautela, preferiu equiparar as contribuições financeiras aos impostos, relevando aquela característica, outra foi a opção do legislador constituinte de 1997 que entendeu preferível tratar do mesmo modo as contribuições financeiras e as taxas, diferenciando estes dois tributos dos impostos, em matéria de reserva parlamentar.

Não sendo a existência de um regime geral pressuposto necessário da criação de taxas, nem de contribuições financeiras, não tem qualquer suporte no texto constitucional, na ausência daquele regime, estender-se a competência reservada da Assembleia da República ao ato de aprovação de contribuições financeiras individualizadas, criando-se assim uma reserva integral de regime onde esta não existe.»

Assim, concluiu o Tribunal Constitucional que «a ausência da aprovação de um regime geral das contribuições financeiras pela Assembleia da República não pode impedir o Governo de aprovar a criação de contribuições financeiras individualizadas no exercício de uma competência concorrente, sem prejuízo da Assembleia sempre poder revogar, alterar ou suspender o respetivo diploma, no exercício dos seus poderes constitucionais».

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, o Governo ao criar os CMEC estava, pois, no exercício de atividade legislativa concorrente.

Mas, independentemente de se entender tratar-se ou não de matéria de reserva legislativa da Assembleia da República, o certo é que, como se frisou, a Assembleia da República emitiu uma lei de autorização legislativa — a Lei n.º 52/2004 -, o que sempre poderia fazer enquanto órgão legislativo primário.

E, conquanto o Governo não estivesse obrigado a utilizar a faculdade concedida naquela Lei, ao utilizá-la teria de o fazer mediante decreto-lei e não por outra via.

De todo o modo, a criação dos CMEC, atenta a sua natureza, sempre seria de considerar matéria de *reserva de lei*, pelo que não podia o Governo, que estabeleceu o respetivo regime normativo, proceder nessa matéria a uma *deslegalização*, remetendo para a via contratual e admitindo a emissão de ato administrativo *praeter legem*.

3 — Destarte, o Decreto-Lei n.º 240/2004 não pode, pois, remeter para os acordos de cessação do CAE a regulação primária de aspetos essenciais do regime dos CMEC.

Aqui chegados, caberá, então, proceder à atinente análise do Decreto-Lei n.º 240/2004 nesta perspetiva e à luz das questões colocadas na consulta.

## VI

1 — Apresenta-se-nos, agora, incontornável a referência a alguns pontos essenciais do Decreto-Lei n.º 240/2004<sup>37</sup>.

1.1 — O diploma é constituído por quatro capítulos com as seguintes epígrafes:

- Capítulo I — Custos para a manutenção do equilíbrio contratual (artigos 1.º a 8.º);
- Capítulo II — Procedimento para a cessação antecipada dos CAE (artigos 9.º e 10.º);
- Capítulo III — Mecanismos de revisibilidade (artigos 11.º a 13.º);
- Capítulo IV — Disposições finais (artigos 14.º a 17.º).

Como se prevê no n.º 2 do seu artigo 1.º, o diploma «procede à atribuição, a um dos contraentes dos CAE, do direito a uma compensação em virtude da cessação antecipada destes contratos, à definição da metodologia de determinação do respetivo montante, das formas e momento do seu pagamento, dos efeitos de eventuais faltas de pagamento, da sua repercussão nas tarifas elétricas e ao estabelecimento das regras especiais aplicáveis à possível titularização dos direitos respeitantes ao seu recebimento».

O artigo 2.º deste Decreto-Lei n.º 240/2004 determina a cessação antecipada dos CAE celebrados entre as entidades acima referidas, prevendo no seu n.º 2 a atribuição do direito a uma compensação, designada por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), nos seguintes termos:

«Artigo 2.º

### Cessação dos CAE e atribuição do direito a compensação

1 — Os CAE celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores são objeto de cessação antecipada nos termos previstos no presente diploma, a qual apenas produz efeitos após a verificação

das circunstâncias previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º, no n.º 4 do artigo 10.º e no artigo 14.º, e em conformidade com os termos e condições previstos no respetivo acordo de cessação que venha a ser celebrado nos termos estabelecidos nos artigos 9.º e 10.º

2 — A cessação de cada CAE confere a um dos seus contraentes, entidade concessionária da RNT ou produtor, o direito a receber, a partir da data da respetiva cessação antecipada, uma compensação pecuniária, designada por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), destinada a garantir a manutenção do equilíbrio contratual entre as partes contraentes, subjacente ao respetivo CAE, e a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados por esse contrato que não sejam adequadamente assegurados através das receitas expectáveis em regime de mercado.

.....»

A cessação antecipada dos CAE determina a atribuição a um dos seus titulares (produtor ou entidade concessionária da RNT) do direito ao recebimento de compensações pela cessação antecipada de tais contratos as quais têm o intuito de garantir a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos contratos anteriores, que não estejam devidamente garantidos através das receitas esperadas em regime de mercado.

O procedimento para a cessação antecipada dos CAE está regulado no artigo 9.º deste diploma. De acordo com o disposto no seu n.º 1, a entidade concessionária da RNT e os produtores celebram um acordo de cessação para cada centro electroprodutor térmico ou para cada conjunto de centros electroprodutores pertencentes à mesma unidade de produção hídrica, conforme aplicável.

Nos termos do n.º 2, os acordos de cessação antecipada dos CAE ficam sujeitos a aprovação por despacho do membro do Governo responsável pela área de energia, a publicar no *Diário da República*, mediante requerimento a apresentar pelas respetivas partes.

O artigo 10.º, n.º 1, enumera os elementos que os acordos de cessação antecipada dos CAE devem conter:

- a) A concretização dos direitos e os deveres que para as partes resultam do presente diploma;
- b) O montante das compensações devidas à entidade concessionária da RNT ou ao produtor, calculado nos termos previstos no presente diploma, bem como os parâmetros utilizados no respetivo cálculo;
- c) O montante máximo de compensações devidas pela cessação antecipada de cada CAE, de acordo com o disposto no artigo 13.º;
- d) As condições dos ajustamentos anuais e do ajustamento final dos montantes das compensações constantes dos n.ºs 6 e 7 do artigo 3.º e do artigo 11.º;
- e) Os termos e condições de pagamento das compensações nos termos definidos no presente diploma, bem como a previsão que o direito conferido aos produtores, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, possa ser cedido para efeitos de titularização;
- f) A sujeição a arbitragem dos litígios que se suscitem entre as partes do acordo de cessação em relação à interpretação ou execução do disposto no presente diploma.

O artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004 trata da determinação do montante das compensações devidas a cada centro electroprodutor ou à entidade concessionária da RNT pela cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CMEC) e dos respetivos ajustamentos, dispondo que:

«Artigo 3.º

### Determinação do montante dos CMEC e dos respetivos ajustamentos

1 — O montante bruto da compensação determinado para cada centro electroprodutor pela cessação antecipada do respetivo CAE corresponde à diferença entre o valor do CAE, calculado à data da sua cessação antecipada de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, e as receitas expectáveis em regime de mercado, deduzidas dos correspondentes encargos variáveis de exploração, uns e outros reportados àquela mesma data.

2 — O montante compensatório afeto a cada centro electroprodutor deve ser calculado de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do anexo I do presente diploma, do qual faz parte integrante, tendo em consideração a especificidade do respetivo CAE e dos meios de produção envolvidos.

3 — O cálculo efetuado nos termos dos números anteriores pode conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores, sendo estes, em tal caso, designados por CMEC positivos, ou à determinação de montantes devidos pelos produtores à entidade concessionária da RNT, caso em que são designados por CMEC negativos.

4 — O montante global bruto dos CMEC respeitantes ao conjunto dos CAE afetos a cada produtor é calculado nos termos do n.º 4 do

artigo 1.º do anexo I do presente diploma, havendo sempre lugar à realização de compensação entre os montantes dos CMEC positivos e negativos determinados em relação a cada CAE, na data da respetiva cessação antecipada.

5 — Os montantes dos CMEC, determinados nos termos do presente diploma, são suscetíveis de ajustamentos anuais e de um ajustamento final, de forma a assegurar a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos CAE.

6 — Os ajustamentos anuais aos montantes dos CMEC são efetuados nos termos previstos nos n.ºs 1 a 11 do artigo 11.º, com observância das seguintes regras:

a) Os ajustamentos devem respeitar a formulação constante dos artigos 4.º a 6.º do anexo I do presente diploma;

b) Para efeitos da alínea anterior, a produção de energia elétrica a considerar deve ser determinada com base no modelo VALORÁ-GUA, de acordo com o anexo IV do presente diploma, do qual faz parte integrante;

c) Os ajustamentos podem conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores, sendo estes, em tal caso, designados por ajustamentos positivos, ou à determinação de montantes devidos pelo produtor à entidade concessionária da RNT, caso em que são designados por ajustamentos negativos;

d) Os ajustamentos são efetuados durante um prazo correspondente ao período de atividade de cada centro electroprodutor previsto no respetivo CAE ou ao período de atividade decorrido até à data de desclassificação antecipada do centro electroprodutor nos termos da alínea seguinte, consoante a situação que ocorra em primeiro lugar e tendo como limite um período de 10 anos após a data de cessação antecipada do CAE;

e) A desclassificação antecipada do centro electroprodutor referida na alínea anterior carece de autorização prévia da DGGE, ouvida a ERSE e a entidade concessionária da RNT.

7 — Quando, nos termos do CAE aplicável, o termo do período de atividade do centro electroprodutor nele estabelecido ultrapasse um período correspondente aos 10 anos posteriores à cessação antecipada desse contrato, sendo esse intervalo temporal adiante designado «período II», o montante dos CMEC remanescentes é objeto de um ajustamento final sem efeitos retroativos, com observância das seguintes regras:

a) O valor do ajustamento final é determinado em função da diferença verificada entre o montante da compensação relativa ao período II, calculado à data da cessação antecipada do respetivo CAE, e o valor da compensação relativa ao mesmo período, calculado no final do 10.º ano subsequente à data da cessação desse contrato;

b) Para efeitos da alínea anterior, o valor da compensação calculado no final do 10.º ano deve ser determinado mediante a utilização da metodologia de cálculo prevista na alínea seguinte;

c) O cálculo do valor do ajustamento final é efetuado nos termos do n.º 12 do artigo 11.º, com base na formulação constante dos artigos 7.º e 8.º do anexo I do presente diploma, aplicando-se também, com as devidas adaptações, o regime previsto nas alíneas b) e c) do número anterior.»

A regra básica aplicável na determinação do montante dos CMEC está enunciada no n.º 1 do preceito transcrito. O montante bruto da compensação determinado para cada centro electroprodutor pela cessação antecipada do respetivo CAE corresponde à diferença entre o valor do CAE, calculado à data da sua cessação antecipada de acordo com as disposições nele prescritas e tendo em consideração um conjunto de parâmetros tipificados na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma, e as receitas expectáveis em regime de mercado, deduzidas dos correspondentes encargos variáveis de exploração, uns e outros reportados àquela mesma data, ou seja, à data da cessação antecipada do CAE.

Os parâmetros a considerar são, para todos os centros electroprodutores, os que se contemplam nas subalíneas i) e ii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do seguinte teor:

#### «Artigo 4.º

##### Parâmetros e metodologia de cálculo dos CMEC

1 — Os parâmetros de base a utilizar no cálculo dos CMEC devidos às partes contraentes dos CAE pela cessação antecipada destes contratos, no âmbito das disposições estabelecidas no artigo 3.º e do procedimento previsto no artigo 9.º, são definidos, para cada centro electroprodutor, nos termos seguintes:

a) Valor do CAE, reportado à data prevista para a sua cessação antecipada, calculado de acordo com as disposições nele prescritas, que tem em consideração o seguinte:

i) Para todos os centros electroprodutores, o valor do CAE inclui a amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo

líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados;

ii) Para todos os centros electroprodutores, o valor do CAE inclui ainda os encargos fixos de exploração, nomeadamente os encargos fixos de operação e manutenção correntes e a remuneração do stock de combustível e outros que se encontrem explicitamente definidos no CAE.»

A subalínea seguinte reporta-se ao caso específico dos centros electroprodutores do Pego e de Sines. O valor do CAE respetivo deve ainda incluir a remuneração e amortização dos investimentos, devidamente autorizados pela DGGE, ouvida a ERSE, relativos ao cumprimento dos limites de emissão respeitantes às grandes instalações de combustão estabelecidas na Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro.

A avaliação que servirá de cálculo dos CMEC reporta-se, como resulta das normas transcritas, a um momento temporal determinado: data da cessação antecipada de cada CAE. Será com referência a essa data que se determina o valor dos contratos, o montante das receitas expectáveis e o valor dos encargos variáveis de exploração.

Interessa sublinhar que, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, o valor do CAE deverá ser calculado tendo em atenção as respetivas disposições contratuais, aquilo que aí ficou convencionado.

Do cálculo do montante dos CMEC podem resultar valores compensatórios a favor dos produtores ou montantes devidos por estes à entidade concessionária da RNT. Na primeira situação, estaremos perante CMEC positivos. No segundo caso, estaremos perante CMEC negativos. (artigo 3.º, n.º 3).

Os parâmetros previstos para a determinação dos montantes dos CMEC são aqueles que, como já se disse, vigoram na data da cessação antecipada do CAE. Tais parâmetros são, todavia, projetados para o futuro, o que introduz no seu apuramento um importante elemento de imprevisibilidade, quer no que respeita às receitas expectáveis, quer no que respeita aos encargos variáveis futuros, quer ainda no que diz respeito ao próprio valor dos CAE, decorrentes, nomeadamente, da eventual alteração das condições de exploração dos centros electroprodutores que foram consideradas à data da cessação.

Daí que se preveja no artigo 3.º, n.º 5, um mecanismo de *revisibilidade das compensações*, estabelecendo-se no artigo 11.º as condições em que ele se processa.

Assim, de acordo com o citado artigo 3.º, n.º 5, os CMEC são suscetíveis de *ajustamentos anuais* e de um *ajustamento final*, por forma a assegurar a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos CAE.

Os ajustamentos anuais são efetuados durante o prazo correspondente ao período de atividade de cada centro electroprodutor previsto no respetivo CAE, com o limite de dez anos após a data da cessação antecipada do CAE.

Os valores dos ajustamentos são efetuados com observância das regras definidas no n.º 6 do artigo 3.º e com base nos critérios constantes dos artigos 4.º a 6.º do anexo I<sup>38</sup>.

Tal como sucede com o cálculo do montante bruto da compensação determinado para cada centro electroprodutor pela cessação antecipada do CAE, também os ajustamentos anuais podem conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores — ajustamentos positivos —, ou à determinação de montantes devidos pelo produtor à entidade concessionária da RNT — ajustamentos negativos.

Por sua vez, o ajustamento final opera quando o termo do período de atividade do centro electroprodutor com CAE ultrapasse um período correspondente aos dez anos posteriores à cessação antecipada desse contrato e o seu valor é determinado com base nos parâmetros e critérios enunciados no n.º 7 do artigo 3.º<sup>39</sup>.

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004 regula o mecanismo de repercussão dos CMEC nas tarifas.

Após se reconhecer ao produtor o direito a receber o montante correspondente ao valor dos CMEC positivos e dos ajustamentos anuais e do ajustamento final positivos, bem como o montante correspondente ao valor dos outros encargos identificados nos n.ºs 4 e 5 do mesmo preceito, o n.º 2 estabelece que esses montantes são repercutidos pela totalidade dos consumidores de energia elétrica no território nacional, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema a incorporar como componentes permanentes da tarifa UGS.

No caso de a cessação dos CAE relativos a um produtor conferir à entidade concessionária da RNT o direito a compensações correspondentes a CMEC negativos ou a ajustamentos anuais ou ajustamento final negativos, os respetivos montantes pagos por cada produtor devem ser repercutidos para posterior redução da tarifa UGS, de forma a garantir uma repartição equitativa entre todos os consumidores do sistema elétrico (n.º 3).



Cumpra, ainda, convocar o citado artigo 11.º que, integrado no capítulo relativo aos mecanismos de revisibilidade das compensações, enuncia as respetivas condições e procedimento a adotar. Dispõe este preceito que:

«Artigo 11.º

**Condições de revisibilidade das compensações**

1 — Os montantes das compensações devidas às partes contraentes dos CAE pela sua cessação antecipada são ajustados nos termos dos números seguintes.

2 — Compete à DGGE, ouvida a ERSE, com base nos dados fornecidos pela entidade concessionária da RNT, pelas entidades que desenvolvam a atividade de distribuição de energia e pelos produtores, determinar, no prazo máximo de 45 dias após o termo de cada ano civil, os ajustamentos anuais aos montantes das compensações pela cessação antecipada dos CAE em conformidade com o artigo 4.º do anexo I.

3 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, a DGGE deve comparar todos os custos e proveitos do centro electroprodutor cujo ajustamento deve ser determinado com todos os custos e proveitos, em igual período, de outros centros electroprodutores de tecnologia equivalente na propriedade ou posse do mesmo produtor.

4 — Para efeitos do número anterior, devem ser considerados como termo de comparação todos os centros electroprodutores a operar em regime de mercado e cujo licenciamento seja anterior à data de entrada em vigor do presente diploma, excetuando-se para o efeito os centros electroprodutores hídricos, de produção em regime especial ou quaisquer outras unidades de produção de energia renovável.

5 — Caso o resultado da comparação prevista no n.º 3 do presente artigo a DGGE apure uma diferença positiva que não seja devidamente justificada pelo produtor, o valor do ajustamento do montante de compensações deve ser deduzido da totalidade da diferença entre os proveitos e custos totais afetos ao centro electroprodutor tomado como referência.

6 — O produtor deve prestar toda a informação solicitada pela DGGE para os efeitos previstos no presente artigo, no prazo de 10 dias após a receção de pedido escrito de informação apresentado pela DGGE.

7 — Imediatamente após a sua determinação, devem os ajustamentos referidos nos números anteriores ser enviados ao membro do Governo responsável pela área de energia para homologação no prazo máximo de 15 dias.

8 — Quando os cálculos a que respeita o n.º 2 do presente artigo conduzirem a um ajustamento positivo, a DGGE, imediatamente após a homologação pelo membro do Governo responsável pela área de energia, deve comunicar os respetivos resultados à ERSE, para efeitos de repercussão do valor correspondente ao encargo relativo ao pagamento daquele ajustamento na parcela de acerto, no prazo máximo de 90 dias após o termo de cada ano civil e durante o período de 12 meses seguinte.

9 — A homologação prevista no n.º 7 do presente artigo considera-se tacitamente deferida após o decurso do prazo de 15 dias para a respetiva emissão.

10 — Quando os cálculos a que respeita o n.º 2 do presente artigo conduzirem a um ajustamento negativo, o produtor respetivo deve proceder, no prazo máximo de 90 dias úteis após a homologação pelo membro do Governo responsável pela área de energia, ao pagamento, nos termos do n.º 9 do artigo 6.º, à entidade concessionária da RNT do montante do ajustamento, de forma que a ERSE efetue a respetiva reversão na tarifa UGS, durante um período que se inicia no 7.º mês do ano subsequente ao ano a que se refere o ajustamento.

11 — A repercussão dos ajustamentos referidos no número anterior na tarifa UGS não deve, contudo, permitir a qualquer das entidades da cadeia de cobrança da tarifa UGS, incluindo o consumidor final, proceder à compensação entre dívidas respeitantes à tarifa UGS e ao montante do ajustamento anual negativo.

12 — O regime previsto nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, ao mecanismo de ajustamento final dos montantes das compensações devidas aos produtores estabelecido no n.º 7 do artigo 3.º, com as seguintes exceções:

a) O montante do ajustamento final é determinado em conformidade com o artigo 7.º do anexo I;

b) O ajustamento final é único nos termos do n.º 7 do artigo 3.º;

c) O ajustamento final positivo é repercutido na parcela de acerto durante um período diferenciado por produtor, vigente desde o 90.º dia posterior ao termo do 10.º ano subsequente à data da cessação antecipada do CAE até à data de cessação prevista no CAE com o prazo mais

longo de entre os contratos celebrados pelo produtor, sem prejuízo do disposto no n.º 9 do artigo 5.º»

O artigo 11.º que se deixa transcrito estabelece disposições sobre o procedimento a adotar no âmbito da revisibilidade das compensações, visando o apuramento dos ajustamentos anuais (positivos ou negativos) aos montantes das compensações pela cessação antecipada dos CAE que devam ter lugar.

Sublinhe-se também que no Anexo I do Decreto-Lei n.º 240/2004, que trata da “Metodologia de cálculo aplicável à cessação antecipada dos CAE”, em conformidade com o estabelecido no n.º 2 do artigo 11.º acima reproduzido, define-se o *cálculo do montante de revisibilidade anual afeto à compensação devida pela cessação antecipada dos CAE* no artigo 4.º, sendo que os elementos que integram a expressão do cálculo constante do n.º 1 são como se refere no n.º 2 daquele artigo 4.º:

«2 — Na expressão do número anterior:

a)  $m$  representa o mês dentro de cada ano;

b)  $h$  representa o posto horário de cada mês;

c)  $EF_{kmi}$  representa o encargo fixo devido ao produtor responsável pelo centro electroprodutor  $k$ , referente ao mês  $m$  do ano  $i$ , tal como definido na alínea e) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo, convertido a preços correntes do final do ano  $i$  pelos índices previstos no CAE e ajustado conforme o clausulado e anexos do CAE relativamente ao cumprimento de disposições legais neles definidas;

d)  $Km_{kmi}$  representa o coeficiente de disponibilidade verificado no centro electroprodutor  $k$  no mês  $m$  do ano  $i$  de acordo com a definição do respetivo CAE; nos casos de força maior previstos no CAE, o coeficiente de disponibilidade a considerar deve ser igual ao  $Kp_{kmi}$  conforme definido na alínea seguinte;

e)  $Kp_{kmi}$  representa o coeficiente de disponibilidade previsto para o centro electroprodutor  $k$  no mês  $m$  do ano  $i$  de acordo com a definição prevista no respetivo CAE e ajustado, em termos e condições a definir no acordo de cessação, de modo a ter em conta o efeito das variações no encargo fixo decorrentes da definição constante da alínea c) do presente artigo;

f)  $VT_{kimh}$  representa a produção estimada, em megavátios por hora, do centro electroprodutor  $k$  para o posto horário  $h$  do mês  $m$  do ano  $i$ , correspondente à melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado, tendo em conta a disponibilidade garantida no respetivo CAE conforme definido na alínea f) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;

g)  $PT_{mh}$  representa o preço de mercado, incluindo o pagamento de garantia de potência e serviços de sistema, em euros/megavátios por hora, no posto horário  $h$  do mês  $m$ , que se admitiu que o centro electroprodutor  $k$  auferiria quando operado em mercado, conforme definido na alínea g) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;

h)  $VT_{ki}$  representa a produção estimada, em megavátios por hora, do centro electroprodutor  $k$  no ano  $i$ , correspondente à melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado, tendo em conta a disponibilidade garantida no respetivo CAE conforme definido na alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;

i)  $EVT_{ki}$  representa o encargo variável, em euros/megavátios por hora, do centro electroprodutor  $k$  do ano  $i$ , conforme definido na alínea i) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;

j)  $VV_{kimh}$  representa a produção do centro electroprodutor  $k$  no posto horário  $h$  do mês  $m$  do ano  $i$ , determinada nas condições definidas no anexo IV para a situação real de hidraulicidade e com base na informação disponível no período em causa;

l)  $PV_{imh}$  representa o preço médio de mercado, excluindo o pagamento de garantia de potência e serviços de sistema, no posto horário  $h$  do mês  $m$  do ano  $i$ ;

m)  $VV_{kim}$  representa a produção do centro electroprodutor  $k$  no mês  $m$  do ano  $i$ , determinada nas condições definidas no anexo IV para a situação real de hidraulicidade e com base na informação disponível no período em causa;

n)  $EVV_{kim}$  representa o encargo variável, em euros/megavátios por hora, verificado para o centro de electroprodutor  $k$  no mês  $m$  do ano  $i$ , determinando com base nas disposições estabelecidas no respetivo CAE no que respeita aos preços internacionais Cost Insurance and Freight (CIF) dos combustíveis e custos de transporte até ao centro electroprodutor definidos no anexo V, aos custos variáveis de O & M (operação e manutenção) previstos no CAE, e outros encargos variáveis reconhecidos à data da revisibilidade nos mesmos termos do respetivo clausulado e anexos, uns e outros reportados ao mês  $m$  do ano  $i$ ;

o)  $GP_{ki}$  representa a receita de garantia de potência recebida pelo centro electroprodutor  $k$  no ano  $i$ ;

p)  $SS_{ki}$  representa a receita de serviços de sistema recebidos pelo centro electroprodutor  $k$  no ano  $i$ ;



- q)  $I_i$  representa o índice IPC (continente) sem habitação de final de junho do ano  $i$ ;
- r)  $I_{ref}$  representa o índice IPC (continente) sem habitação à data de cessação antecipada do CAE.»

Por sua vez, o artigo 5.º do Anexo I estabelece a expressão para o acerto de contas relativo à revisibilidade anual das compensações devidas pela cessação antecipada do CAE e o subsequente artigo 6.º estabelece a expressão de acordo com a qual é calculado o valor mensal da parcela de acerto da tarifa UGS.

No que respeita ao ajustamento final dos montantes das compensações devidas aos produtores estabelecido no n.º 7 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, e em conformidade com o n.º 12 do artigo 11.º, o artigo 7.º do Anexo I define no seu n.º 1 a expressão para o respetivo cálculo.

E, de entre os elementos que compõem aquela expressão, de acordo com o disposto na alínea c) do n.º 2 do referido artigo 7.º, « $K_k$  representa, para o centro electroprodutor  $k$ , o coeficiente de disponibilidade implícito no CAE utilizado para o cálculo do montante da compensação devida ao produtor pela cessação antecipada do contrato e ajustado, em termos e condições a definir no acordo de cessação, de modo a ter em conta o efeito das variações no encargo fixo decorrentes da definição constante da alínea a) anterior.

**1.2** — Constata-se, assim, quer no cálculo do ajustamento anual [cf. alínea e) do n.º 2 do artigo 4.º do Anexo I do Decreto-Lei n.º 240/2004], quer no cálculo de ajustamento final [cf. alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º do Anexo I do Decreto-Lei n.º 240/2004], que no que se refere ao coeficiente de disponibilidade há uma remissão para os termos e condições a definir nos acordos de cessação.

Todavia, essa remissão não pode implicar que os acordos de cessação ou as suas adendas introduzam novos fatores nos cálculos dos ajustamentos anuais e finais.

A isso, obsta, decisivamente, como vimos, estar-se perante matéria abrangida por reserva de lei. Os acordos de cessação dos CAE não podem conter normações primária atinentes aos CMEC, alterando o regime constante do Decreto-Lei n.º 240/2004.

Por outro lado, como também já se sublinhou, a avaliação que serve de cálculo dos CMEC reporta-se à data da cessação antecipada de cada CAE. É com referência a essa data que se determina o valor dos contratos, o montante das receitas expectáveis e o valor dos encargos variáveis de exploração.

Nos termos da subalínea i) da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, o valor do CAE, reportado à data prevista para a sua cessação antecipada, calculado de acordo com as disposições nele previstas, inclui a amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados.

**2** — Cabe, ainda, aludir ao artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, acima reproduzido, que contém disposições sobre o procedimento a adotar no âmbito da revisibilidade das compensações, visando o apuramento dos ajustamentos anuais (positivos ou negativos) aos montantes das compensações pela cessação antecipada dos CAE que devam ter lugar.

No que respeita a esse procedimento, na economia do presente parecer, interessa-nos referir que, efetuada a determinação do respetivo valor, os ajustamentos anuais serão enviados ao membro do Governo responsável pela área de energia para efeitos de homologação (cf. n.º 7).

Após a homologação, caso se apure um ajustamento que conduza à determinação de montantes devidos aos produtores (ajustamento positivo), a DGEG comunicará os respetivos resultados à ERSE para efeitos de repercussão do valor correspondente ao encargo relativo ao pagamento daquele ajustamento na tarifa UGS, na componente designada por parcela de acerto (n.º 8).

Quando os cálculos conduzirem a um ajustamento negativo, o produtor respetivo deve proceder no prazo previsto no n.º 10 do artigo 11.º após a homologação, ao pagamento à entidade concessionária da RNT do montante do ajustamento, de forma a que a ERSE efetue a respetiva reversão na tarifa UGS.

A homologação dos ajustamentos anuais apurados pela DGEG constitui o termo de um procedimento cujos traços fundamentais se enunciam no preceito transcrito, revestindo inteiramente as características que a doutrina lhe vem assinalando.

Trata-se aqui da prática de um ato administrativo por uma autoridade administrativa — que, na definição de FREITAS DO AMARAL, «absorve os fundamentos e conclusões de uma proposta ou de um parecer apresentados por outro órgão»<sup>40</sup>.

O ato de homologação, com fundamento na sua invalidade, pode ver declarada a sua nulidade, no caso da existência de vício capaz de gerar tal invalidade (cf. artigo 162.º do Código do Procedimento Administrativo — CPA —, em vigor, e, anteriormente artigos 133.º e 134.º do CPA de 1991), ou ser objeto de anulação administrativa (n.º 2

do artigo 165.º do CPA), nos termos e condições dos artigos 166.º e 168.º do CPA<sup>41</sup>.

Ora, na situação vertente, se o ato homologatório considerar aspetos abrangidos pela matéria de reserva de lei — regime dos CMEC constante do Decreto-Lei n.º 240/2004 — e que tenham inovatoriamente sido regulados nos acordos de cessação dos CAE ou suas adendas terá de ser considerado nulo por estar viciado de usurpação de poder [cf. artigo 161.º, n.º 2, alínea a), do CPA e, anteriormente, artigo 133.º, n.º 2, alínea a), do CPA de 1991].

## VII

Em face do exposto, formulam-se as seguintes conclusões:

**1.º** O Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, contempla as disposições aplicáveis à cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE), previstos no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, estabelecendo o n.º 2 do artigo 2.º que a cessação antecipada dos CAE determina a atribuição a um dos seus titulares — produtor ou entidade concessionária da rede nacional de transporte (RNT) — do direito ao recebimento de compensações pela cessação antecipada de tais contratos, as quais têm o intuito de garantir a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos contratos anteriores, que não estejam devidamente garantidos através de receitas esperadas em regime de mercado;

**2.º** As regras aplicáveis à determinação do montante dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) e dos respetivos ajustamentos são enunciadas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, estabelecendo-se no n.º 5 que os montantes dos CMEC são suscetíveis de ajustamentos anuais e de um ajustamento final;

**3.º** Os ajustamentos anuais devem ser efetuados nos termos do n.º 6 do referido artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, com base nos critérios constantes dos artigos 4.º a 6.º do Anexo I e nas condições enunciadas no artigo 11.º (n.ºs 1 a 11), todos daquele diploma;

**4.º** No caso de os ajustamentos anuais conduzirem à determinação de montantes devidos aos produtores — ajustamentos positivos, o respetivo valor será repercutido nas tarifas pela totalidade dos consumidores de energia elétrica no território nacional, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema a incorporar como componentes permanentes da tarifa de uso global do sistema — UGS (n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004);

**5.º** E no caso de os ajustamentos anuais conferirem à entidade concessionária da RNT o direito a compensações — ajustamentos negativos, os respetivos montantes pagos por cada produtor devem ser repercutidos para posterior redução da tarifa UGS, de forma a garantir uma repartição equitativa entre todos os consumidores do sistema elétrico (n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004);

**6.º** O Decreto-Lei n.º 240/2004 foi editado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro, que lhe definiu o objeto (artigo 1.º), o sentido (artigo 2.º) e a extensão (artigo 3.º);

**7.º** Ora, os CMEC refletem-se na estrutura da tarifa UGS e os CMEC positivos podem mesmo ser considerados tributos de natureza unilateral, suscetíveis de ser reconduzidos à figura das *contribuições especiais*;

**8.º** A Assembleia da República a emitir a Lei n.º 52/2004 e o Governo ao utilizar a autorização legislativa assumiram tratar-se de matéria de reserva de lei parlamentar [cf. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa];

**9.º** De todo modo, dada a natureza dos CMEC, sempre se terá de considerar estar-se perante matéria de *reserva de lei*, pelo que não pode o Governo proceder a uma *deslegalização*, remetendo para a via contratual a regulação primária de aspetos essenciais do respetivo regime;

**10.º** Consequentemente, os acordos de cessação dos CAE não podem introduzir novos fatores nos cálculos dos ajustamentos anuais e final dos CMEC;

**11.º** No cálculo dos CMEC, o valor do CAE reporta-se à data prevista para a sua cessação antecipada e calcula-se de acordo com as disposições nele previstas, incluindo a amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados;

**12.º** O procedimento da revisibilidade dos CMEC, com vista ao apuramento dos ajustamentos anuais, processa-se nos termos dos n.ºs 1 a 11 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, sendo, após a determinação do respetivo valor, enviados os ajustamentos anuais ao membro do governo responsável pela área de energia para efeitos de homologação (cf. n.º 7);

**13.º** O despacho homologatório do montante do ajustamento anual dos CMEC configura um ato administrativo;

**14.º** Assim, o ato de homologação com fundamento na sua invalidade, pode ser declarado nulo, a todo o tempo, no caso da ocorrência de vício gerador de nulidade (cf. artigo 162.º do Código do Procedimento Administrativo — CPA —, em vigor, e, anteriormente, artigos 133.º e

134.º do CPA de 1991), ou ser objeto de anulação administrativa (n.º 2 do artigo 165.º do CPA), nos termos e condições dos artigos 166.º e 168.º do CPA;

15.ª Ora, no caso de o ato homologatório considerar aspetos abrangidos pela matéria de reserva de lei, e que tenham inovatoriamente sido regulados nos acordos de cessação dos CAE, terá de ser considerado nulo por estar viciado de usurpação de poder [cf. artigo 161.º, n.º 2, alínea a), do CPA e, anteriormente, artigo 133.º, n.º 2, alínea a), do CPA de 1991].

Este Parecer foi votado na sessão do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 09 de novembro de 2017.

*Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha — Maria Manuela Flores Ferreira — Eduardo André Folque da Costa Ferreira (Com voto de vencido em anexo) — João Eduardo Cura Mariano Esteves — Maria Isabel Fernandes da Costa (Com voto de vencida relativamente à conclusão 15.ª) — Maria de Fátima da Graça Carvalho.*

(Eduardo André Folque da Costa Ferreira)

#### Voto de Vencido

Entendo que o encargo financeiro repercutido diretamente sobre os consumidores de energia elétrica e indiretamente por todos representa um imposto cuja criação infringe o disposto no n.º 2 do artigo 103.º da Constituição.

Pode ler-se nos dois primeiros números do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, o seguinte:

«Artigo 5.º

#### (Mecanismo de repercussão dos CMEC nas tarifas)

1 — Nos termos previstos no presente diploma, é reconhecido ao produtor o direito a receber o montante correspondente ao valor dos CMEC positivos e dos ajustamentos anuais e do ajustamento final positivos, nos termos dos artigos 2.º a 4.º, bem como o montante correspondente ao valor dos outros encargos identificados nos n.ºs 4 e 5 do presente artigo.

2 — Os montantes referidos no número anterior são repercutidos pela totalidade dos consumidores de energia elétrica no território nacional, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema a incorporar como componentes permanentes da tarifa UGS, através de uma parcela fixa e de uma parcela de acerto nos termos definidos nos n.ºs 4 e 5 do presente artigo.

[...]».

Assim, Instituiu-se que deveriam ser repercutidos nos consumidores de energia elétrica, a título de «encargos respeitantes ao uso global do sistema», os montantes dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), além dos ajustamentos anuais e de um ajustamento final.

Esta receita, sob controlo da Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE), é arrecadada pelas empresas de transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica a fim de ser entregue aos produtores:

«Artigo 6.º

#### (Faturação e cobrança da parcela fixa e da parcela de acerto)

1 — A parcela fixa e a parcela de acerto são faturadas e cobradas pelas entidades responsáveis pelo transporte, distribuição ou comercialização de energia elétrica aos consumidores para entrega a cada produtor ou aos respetivos cessionários pela entidade concessionária da RNT, devendo cada uma das entidades da cadeia de faturação do setor elétrico até ao consumidor final repercutir o valor da parcela fixa e da parcela de acerto a entregar ao produtor ou aos respetivos cessionários.

2 — As entidades que desenvolvam a atividade de transporte ou de distribuição de energia elétrica devem comunicar à ERSE, no 3.º dia útil de cada mês, o valor da potência contratada, o número de clientes e o montante pecuniário relativo à tarifa UGS, incluindo, de forma discriminada, o montante relativo à parcela fixa e à parcela de acerto, que tenha sido faturado por aquelas entidades durante o mês imediatamente anterior.

[...]».

E quando nos perguntamos pela definição destes montantes deparamo-nos com um gigantesco labirinto de variáveis que, no essencial,

é consentido pelos conceitos excessivamente indeterminados do n.º 1 do artigo 3.º e no anexo I por remissão do n.º 2:

«Artigo 3.º

#### (Determinação do montante dos CMEC e dos respetivos ajustamentos)

1 — O montante bruto da compensação determinado para cada centro eletroprodutor pela cessação antecipada do respetivo CAE corresponde à diferença entre o valor do CAE, calculado à data da sua cessação antecipada de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, e as receitas expectáveis em regime de mercado, deduzidas dos correspondentes encargos variáveis de exploração, uns e outros reportados àquela mesma data.

2 — O montante compensatório afeto a cada centro eletroprodutor deve ser calculado de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do anexo I do presente diploma, do qual faz parte integrante, tendo em consideração a especificidade do respetivo CAE e dos meios de produção envolvidos.

[...]».

Por mais rigorosas que se apresentem as fórmulas de cálculo dos anexos ao Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, o certo é que a matriz e os fatores introduzidos estão sempre inquinados pela incerteza.

As prescrições de tais anexos remetem amiúde para as estipulações de cada contrato de aquisição de energia, em aspetos nada lineares, ou para exercícios de simulação, como aquele que se consigna no anexo IV com o seguinte teor:

«ANEXO IV

#### Processo de cálculo da produção a considerar para efeitos de determinação do valor da compensação devida pela cessação antecipada dos CAE

1 — A produção de cada centro eletroprodutor a considerar para efeitos de determinação do valor da compensação pela cessação antecipada do CAE deve ser definida com base em simulações do sistema eletroprodutor efetuadas com o modelo Valorágua, correspondentes à melhor expectativa face à evolução estrutural do mercado e tendo em conta a disponibilidade garantida no CAE.

2 — Para efeitos do número anterior, no prazo de cinco dias úteis após a entrada em vigor do presente diploma, deve ser constituída uma equipa de trabalho cujos elementos são indicados pela entidade concessionária da RNT e pelo produtor.

3 — As simulações devem ser realizadas pela equipa prevista no número anterior com a seguinte periodicidade:

- a) No prazo de 15 dias úteis após a entrada em vigor do presente diploma, no caso da determinação do valor inicial das compensações;
- b) Anualmente, no prazo de 45 dias após o termo de cada ano civil, para o ajustamento anual;
- c) Num prazo de 30 dias úteis antes do final do 10.º ano subsequente à data de cessação antecipada do CAE.

4 — A produção a considerar, nos termos das simulações referidas no número anterior, deve ser devidamente ajustada em função de um coeficiente que tenha em conta, designadamente, os desvios historicamente verificados entre a produção real e os resultados de otimização com o modelo, o qual deve ser definido no prazo de 20 dias após a entrada em vigor do presente diploma por portaria do membro do Governo responsável pela área de energia.

5 — O acordo de cessação definido no artigo 10.º do presente diploma deve estabelecer as condições de funcionamento da equipa de trabalho referida no n.º 2 do presente anexo, bem como a definição dos aspetos necessários à realização de cada tipo de simulação, nomeadamente a versão do modelo Valorágua a utilizar, visando a melhor adequação possível entre os resultados do modelo e a realidade.

6 — Qualquer alteração dos termos referidos no número anterior deve ser sujeita a homologação do diretor-geral de [Energia e Geologia], ouvida a entidade concessionária da RNT e os produtores.

7 — No que respeita aos ajustamentos anuais e final das compensações devidos pela cessação antecipada de cada CAE, no acordo de cessação deve ficar definido o procedimento a adotar para o cálculo dos coeficientes de disponibilidade verificada e garantida em cada centro eletroprodutor, bem como o procedimento a adotar para a obtenção e tratamento dos dados necessários à realização de simulações com o modelo Valorágua».

Conquanto o momento de cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE) deva marcar indelevelmente o apuramento do valor cada um, o cálculo dos lucros cessantes é devolvido a critérios demasiado aleatórios para se conformarem com o princípio da legalidade tributária. Os conceitos de «receitas expectáveis em regime de mercado»

e de «encargos variáveis de exploração», num juízo de prognose pós-tuma reportado à data da cessação antecipada, introduzem um nível demasiado de ambiguidade.

E o mesmo, senão de forma agravada, deve apontar-se aos ajustamentos anuais, à luz do citado e parcialmente transcrito artigo 3.º:

«5 — Os montantes dos CMEC, determinados nos termos do presente diploma, são suscetíveis de ajustamentos anuais e de um ajustamento final, de forma a assegurar a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos CAE.

6 — Os ajustamentos anuais aos montantes dos CMEC são efetuados nos termos previstos nos n.ºs 1 a 11 do artigo 11.º, com observância das seguintes regras:

a) Os ajustamentos devem respeitar a formulação constante dos artigos 4.º a 6.º do anexo I do presente diploma;

b) Para efeitos da alínea anterior, a produção de energia elétrica a considerar deve ser determinada com base no modelo VALORÁ-GUA, de acordo com o anexo IV do presente diploma, do qual faz parte integrante;

c) Os ajustamentos podem conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores, sendo estes, em tal caso, designados por ajustamentos positivos, ou à determinação de montantes devidos pelo produtor à entidade concessionária da RNT, caso em que são designados por ajustamentos negativos;

d) Os ajustamentos são efetuados durante um prazo correspondente ao período de atividade de cada centro eletroprodutor previsto no respetivo CAE ou ao período de atividade decorrido até à data de desclassificação antecipada do centro eletroprodutor nos termos da alínea seguinte, consoante a situação que ocorra em primeiro lugar e tendo como limite um período de 10 anos após a data de cessação antecipada do CAE;

e) A desclassificação antecipada do centro eletroprodutor referida na alínea anterior carece de autorização prévia da DGGE<sup>42</sup>, ouvida a ERSE e a entidade concessionária da RNT».

O tributo instituído sobre os consumidores de energia elétrica não prova ser uma contribuição financeira.

Entendo, como comecei por afirmar, que se trata de um verdadeiro imposto cuja incidência e taxa não satisfazem ao princípio da legalidade e da tipicidade fiscal, violando assim o disposto no n.º 2 do artigo 103.º da Constituição.

Nem a autorização legislativa invocada pelo Governo (Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro) integralmente transcrita no parecer votado, consente a criação de um novo imposto, como nem sequer aponta o menor sentido relativo a elementos essenciais do que se considerou no parecer ser uma contribuição financeira.

De resto, o regime vem sendo alterado pelo Governo sem autorizações legislativas.

A tratar-se de uma contribuição financeira, considerando a pluralidade de espécies que este género pode assumir e na falta de um regime geral das contribuições financeiras, recaía sobre o Governo o ónus de exibir no seu regime as características que o apartassem da categoria dos impostos. Não o fez.

Mas, não se trata. Revemo-nos plenamente nas palavras de JÓNATAS E. M. MACHADO/PAULO NOGUEIRA DA COSTA<sup>43</sup> quanto ao a uma das linhas essenciais que separam o imposto e a contribuição financeira:

«Constitui uma particularidade das contribuições financeiras o facto de estas pressuporem contraprestações que beneficiam, de um modo indireto ou reflexo, os sujeitos pertencentes a determinado grupo. De todo o modo, quando não exista qualquer benefício para os sujeitos que suportam o tributo, ainda que meramente indireto ou reflexo, inexistente qualquer sinalagma, mesmo difuso, pelo que estaremos na presença de um imposto».

Ora, no caso da repercussão<sup>44</sup> dos CMEC sobre os consumidores de energia elétrica, não se vê que vantagem patrimonial tenha resultado para esse conjunto, porventura mais vasto que o dos contribuintes fiscais, nem com os contratos de aquisição de energia, nem com a sua cessação antecipada, muito menos com os encargos daí decorrentes. Nem se vê tão-pouco qual o especial encargo que os consumidores de energia elétrica possam representar para as finanças públicas, de modo a justificar, no primeiro caso, o que seria uma contribuição de melhoria, e no segundo, uma contribuição por maiores despesas.

A haver maiores despesas, estas não se devem a nenhuma atividade diferenciada dos consumidores. Elas são de imputar à proteção que o Estado entendeu dispensar aos electroprodutores, instituindo em seu favor um seguro contra todos os riscos, primeiro, através dos contratos de aquisição de energia (CAE) e depois por meio das compensações sobre os denominados custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC).

Se a liberalização do setor da energia elétrica continha e continua a conter riscos tão elevados para as empresas produtoras que ameacem a sua viabilidade e se os compromissos com a União Europeia impediam a prestação de auxílios de Estado que amortecessem o impacto económico, pois deveria ser a Assembleia da República a deliberar anualmente com o Orçamento do Estado quais os meios concretamente mais idóneos para enfrentar os desafios da reforma empreendida, no respeito pelos princípios da legalidade e da tipicidade tributárias: *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*.

Não obstante as contribuições financeiras continuem sem dispor de um regime geral, reservado à competência legislativa parlamentar (cf. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição) isso não autoriza os poderes públicos a disporem de um instrumento para criar tributos que não se pretenda ou não possam ser qualificados como impostos ou como taxas<sup>45</sup>.

Pelo contrário. A falta desse regime geral sugere cuidados estrénuos com o que surja expressa ou tacitamente sob o rótulo de contribuição financeira e não possa subsumir-se aos tipos descritos como contribuições especiais no n.º 3 do do artigo 4.º da Lei Geral Tributária<sup>46</sup> e que passamos a reproduzir:

«Artigo 4.º

(Pressupostos dos tributos)

[...]

3 — As contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumentos de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma atividade são considerados impostos».

Não é por à margem desta qualificação que um novo tributo é simplesmente relegado para a condição de taxa (n.º 3 do artigo 3.º da Lei Geral Tributária) ou, pior ainda, eximido a ter de respeitar os princípios constitucionais a que se subordinam todas as criações tributárias.

Nem a circunstância de as receitas serem consignadas pode sequer merecer valorização<sup>47</sup>, pois a tratar-se de um imposto pode com a proibição estabelecida em princípio do regime de enquadramento orçamental<sup>48</sup>.

Ademais, no caso concreto, a consignação é fixada em benefício dos electroprodutores; não da satisfação de uma determinada necessidade coletiva assumida pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais.

Por último, considero que a demonstração mais eloquente da preterição do n.º 2 do artigo 103.º da Constituição é o próprio pedido de consulta. Podendo restar alguma dúvida acerca do cálculo dos CMEC quanto a «custos relativos a investimentos não previstos nos CAE» ou com as chamadas titularizações, no pressuposto, que deveria ser insofismável, do limite temporal da prognose ser o da cessação antecipada de cada CAE, adquire-se uma certeza: a de que não ser garantida «a *intensidade* (ou aspeto vertical) da reserva de lei fiscal a implicar que a lei contenha os *elementos essenciais* do imposto, ou seja, que defina a incidência *lato sensu* e em termos determinados ou determináveis de cada imposto<sup>49</sup>». Note-se que o problema não está no emprego de conceitos vagos e indeterminados em alguns aspetos. Ele reside na circunstância de o seu preenchimento não competir à margem de livre apreciação da administração tributária e se sujeitar ao controlo típico do contencioso fiscal.

(Maria Isabel Fernandes da Costa)

Voto de Vencida

Votei favoravelmente o parecer porque acompanho o entendimento, vertido no mesmo, de que os CMEC (custos de manutenção do equilíbrio contratual), incorporados pelos respetivos ajustamentos anuais e finais, previstos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, são reconduzíveis à figura das contribuições especiais.

Isto pela fundamental razão de não divisar que a finalidade subjacente à sua criação seja a de angariar receita para satisfazer os gastos gerais do Estado, para o financiamento da despesa pública, mas o de sustentar financeiramente os custos inerentes à transição de um modelo em que a produção de energia elétrica assentava na existência de contratos de aquisição de energia elétrica (CAE) de longo prazo, firmados entre cada centro eletroprodutor e um comprador único que assegurava o aprovisionamento da energia para fornecimento à generalidade dos consumidores, para um modelo liberalizado, quer ao nível da escolha do fornecedor, quer por via da abertura da atividade de produção à concorrência (acompanha-se, neste ponto, a ponderação expandida no parecer n.º 26/2017, votado na mesma sessão, sobre a transição de regimes)

A divergência relativamente à conclusão 15.ª assenta, fundamentalmente, em razões de ordem metodológica.

A meu ver, a resposta à questão colocada pela entidade consulente — *determinar se o regime jurídico consagrado no Decreto-Lei n.º 240/2004, por forma a salvaguardar a respetiva constitucionalidade, não deverá ser interpretado no sentido da não ponderação no cálculo dos CMEC de todos os elementos que não devam ser ponderados no cálculo da indemnização devida pela extinção dos CAE, ou seja, todos os elementos posteriores à extinção dos CAE ou que excedam as expectativas por eles criadas* —, exigia considerar a inconstitucionalidade material das normas do diploma que definem os parâmetros a considerar na determinação do cálculo dos CMEC quando interpretadas no sentido de permitir que nele se incluam componentes do tipo dos enunciados no pedido de parecer (*custos relativos a investimentos não previstos nos CAE, custos com direitos de superfície ou arrendamentos celebrados ou prorrogados para além da extinção dos CAE, encargos com titularizações, encargos com disponibilidade de energia não expectável à data da cessação dos CAE*).

Embora concordando que a questão foi colocado em termos de tal forma vagos que seria praticamente impossível verificar se esses elementos em concreto podem ser considerados no cálculo dos CMEC sem violação dos princípios a que está constitucionalmente subordinada a imposição de uma contribuição financeira do tipo da que foi criada pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, continuo a entender que o foco do problema se situa mais no plano da sua inconstitucionalidade material e menos no da inconstitucionalidade por violação de lei formal (lei parlamentar e não decreto-lei) ou de reserva de lei integral (decreto-lei e não regulamento ou ato administrativo).

Perspetiva que, aliás, se mostra coerente com o facto de o parecer se louvar no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 539/2015, de 19 de novembro, nomeadamente no segmento, transcrito no parecer, em que nele se refere que «a ausência de aprovação de um regime geral das contribuições financeiras pela Assembleia da República não pode impedir o Governo de aprovar a criação de contribuições financeiras individualizadas no exercício de uma competência concorrente, sem prejuízo de a Assembleia sempre poder revogar, alterar ou suspender o respetivo diploma, no exercício dos seus poderes constitucionais.»

Assim, mesmo acatando o entendimento do Tribunal Constitucional constante do Acórdão n.º 539/2015, apesar de se reconhecer que não é incontroverso na doutrina, sempre teria que ter sido equacionada a eventual inconstitucionalidade material do diploma que define o regime jurídico dos CMEC à luz dos princípios fundamentais que devam conformar o seu regime, designadamente, o princípio da igualdade, na sua dimensão de equivalência, e do princípio da proporcionalidade.

Princípio da equivalência que, como é sublinhado no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de dezembro de 2010 (P. 0582/10), é convocado pela doutrina mais recente como necessariamente conformador do *quantum* das taxas, entendendo-se que essa conformação de conteúdo é igualmente exigível para as contribuições.

Quanto à conclusão 15.ª, entendo que só haveria usurpação de poderes se a Administração, sem que a lei lhe atribuisse esse poder, decidisse numa matéria reservada ao poder legislativo; e não, como se verifica na situação em apreço, quando é o Decreto-Lei n.º 240/2004 a remeter para a Administração o poder de definir, por ato administrativo, quais os elementos que devem ser incluídos no cálculo dos CMEC, interpretando e aplicando os critérios, porventura demasiado vagos e indeterminados, contidos nas suas pertinentes disposições.

E na esteira da jurisprudência administrativa maioritária, que acompanho, julgo serem realidades distintas o vício da norma e o vício do ato, considerando que a aplicação de norma, ou de uma sua dimensão normativa, alegadamente inconstitucionais como fundamento de direito de determinado ato administrativo apenas pode gerar a anulabilidade do mesmo, por erro nos pressupostos de direito (cf. acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 9 de outubro de 2015, proferido no P. 00659/13BEAVR, e os demais acórdãos, bem como a doutrina, para que remete).

Assumindo estes pressupostos, não posso subscrever o entendimento que obteve vencimento, vertido na referida 15.ª conclusão.

<sup>1</sup> Cfr. parte II.

<sup>2</sup> Retificado e republicado pela Declaração de Retificação n.º 1-A/2005, de 17 de janeiro de 2005, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 199/2007, de 18 de maio, 264/2007, de 27 de julho, e 32/2013, de 26 de fevereiro.

<sup>3</sup> Publicada no *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série-A, n.º 6, de 2 de outubro de 2004. A discussão na generalidade encontra-se documentada no *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 10, de 8 de outubro de 2004.

<sup>4</sup> Cfr. parte II.

<sup>5</sup> Sobre esta temática, veja-se, designadamente, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Atos do Estado*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, págs. 455 e ss., J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Cons-*

*titucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª edição, págs. 761 e ss., GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição revista, agosto 2010, págs. 336 e ss. e JORGE MIRANDA, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, págs. 536 e ss.

<sup>6</sup> Cfr. *Funções, ...*, cit., pág. 468, e *Constituição ...*, cit., pág. 537.

<sup>7</sup> Deve notar-se que não se está aqui, naturalmente, a considerar as autorizações legislativas regionais [artigo 161.º, alínea e), da Constituição da República Portuguesa].

<sup>8</sup> Ver JORGE MIRANDA, *obras e locais citados*.

<sup>9</sup> Ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 336.

<sup>10</sup> *Ob. cit.*, pág. 765.

<sup>11</sup> *Funções, ...*, cit., pág. 470.

<sup>12</sup> Cfr. *Funções, ...*, cit., pág. 43 e *Constituição ...*, cit., pág. 539.

<sup>13</sup> Cfr. *Idem, Ibidem*.

<sup>14</sup> Sem prejuízo, naturalmente, das autorizações às assembleias legislativas regionais no respetivo âmbito.

<sup>15</sup> Recorde-se o n.º 2 do artigo 165.º da Constituição:

«2 — As leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada.»

<sup>16</sup> Cfr. *Direito Constitucional ...*, cit., pág. 767.

<sup>17</sup> *Ob. cit.*, pág. 337.

<sup>18</sup> Vide, por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 358/92, de 11 de novembro de 1992, proferido no Processo n.º 120/92.

<sup>19</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 358/92 citado.

<sup>20</sup> *Ob. cit.*, pág. 340.

<sup>21</sup> *Ob. cit.*, pág. 341.

<sup>22</sup> Veja-se aqui, sobre as relações entre as leis de autorização e os decretos-leis autorizados, GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, págs. 771 e ss.

<sup>23</sup>

«Artigo 278.º

#### Utilização do contrato administrativo

Na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer.»

<sup>24</sup> Na verdade, ultrapassada a conceção negativista da admissibilidade da utilização de formas contratuais de exercício da atividade administrativa, seguiu-se, como nos descreve PAULO OTERO (*Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*,

Almedina, 2003, págs. 834 e ss.), um processo evolutivo visando estabelecer uma paridade de utilização entre o ato administrativo e o contrato administrativo no exercício da atividade administrativa, que viria a culminar no artigo 179.º do CPA de 1991.

<sup>25</sup> Ver JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, Anotado e Comentado, Almedina, 2015, 5.ª Edição, págs. 543/544.

<sup>26</sup> As restantes disposições respeitantes à chamada *Constituição económica* que se inserem na reserva relativa da Assembleia da República não parecem ter qualquer correlação com a matéria em presença.

<sup>27</sup> Aditamento operado pela 4.ª revisão constitucional — Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

<sup>28</sup> Vide NUNO OLIVEIRA GARCIA, “Preços, tributos e entidades reguladoras independentes: o caso do setor da eletricidade”, *Ciência e Técnica Fiscal*, julho-dezembro de 2006, n.º 418, pág. 146.

<sup>29</sup> *Direito Fiscal*, Almedina, 7.ª edição, 2013, pág. 54.

<sup>30</sup> Ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 1096.

<sup>31</sup> Vide Parecer n.º 4/2016, de 29 de junho de 2017, deste Conselho Consultivo, onde se refere designadamente, que a tarifa de Uso Global do Sistema é composta por duas parcelas: a parcela I permite recuperar os custos de gestão do sistema; a parcela II permite recuperar os custos decorrentes de medidas de política energética, ambiental ou de interesse económico geral e os custos para a manutenção do equilíbrio contratual dos produtores com CAE.

<sup>32</sup> Ver *ob. cit.*, págs. 147/148.

<sup>33</sup> *Ob. e loc. citados*.

<sup>34</sup> *Ob. e loc. citados*, nota de rodapé 68.

<sup>35</sup> *Ob. cit.*, pág. 149.

<sup>36</sup> Aprovado por maioria, com dois votos de vencido.

<sup>37</sup> Matéria objeto de desenvolvimento no Parecer n.º 4/2016, onde, designadamente, foi feita uma abordagem dos CAE e da sua cessação antecipada.

<sup>38</sup> Referindo-se o artigo 4.º ao *cálculo do montante de revisibilidade anual afeto à compensação devida pela cessação antecipada dos CAE*, o artigo 5.º *à forma de acerto de contas relativo à revisibilidade anual das compensações devidas pela cessação antecipada dos CAE*, e o artigo 6.º *ao cálculo do valor mensal da parcela de acerto da tarifa UGS*.

<sup>39</sup> Ao cálculo do valor do ajustamento final refere-se o artigo 7.º do anexo I.

<sup>40</sup> *Curso de Direito Administrativo*, volume II, 2.ª edição, com a colaboração de PEDRO MACHETE E LINO TORGAL, Almedina, 2011, pág. 297. Sobre a figura da homologação, v. JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ, “Homologação”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume V, págs. 90-93.

<sup>41</sup> No âmbito do CPA de 1991, o ato de homologação podia ser revogado com fundamento na sua invalidade, em caso de vício que o torne anulável, nos termos do artigo 141.º, devendo a revogação operar dentro do prazo, previsto no artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), para a impugnação de atos anuláveis.

<sup>42</sup> Acrónimo sistematicamente usado com erro, no Decreto-Lei n.º 240/2004, para designar a DGEG: Direção-Geral de Energia e Geologia.

<sup>43</sup> *Manual de Direito Fiscal — Perspetiva Multinível*, Ed. Almedina, Coimbra, 2017, p. 25.

<sup>44</sup> Acerca da repercussão como nota característica dos impostos indirectos, v. SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Ed. Almedina, 2015, Coimbra, pp. 222 e seguintes.

<sup>45</sup> Estas, ao menos, encontram um mínimo de densificação na lei geral tributária e no regime das taxas autárquicas locais: a estrutura minimamente sinalagmática.

<sup>46</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, com última alteração introduzida por via da Lei n.º 92/2017, de 22 de abril.

<sup>47</sup> Sobre este ponto, v. JÓNATAS E. M. MACHADO/PAULO NOGUEIRA DA COSTA, ob. cit., pp. 26 e seguintes.

<sup>48</sup> Cfr. artigo 16.º da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro.

<sup>49</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 10.ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2017, p. 144.

Este Parecer foi homologado por despacho de 24 de novembro de 2017, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia.

Está conforme.

Lisboa, 18 de dezembro de 2017. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos Adérito da Silva Teixeira*.

311006014



## PARTE E

### ESCOLA SUPERIOR DE ENFERMAGEM DE LISBOA

#### Aviso n.º 1527/2018

Nos termos e para os efeitos previstos nos n.ºs 4 a 6 do artigo 36.º da Portaria 83-A/2009, de 22 de janeiro, com a redação dada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 6 de abril, faz-se público, que por meu despacho de 22 de janeiro de 2018, foi homologada e se encontrará afixada em local visível e público da ESEL e disponível em [www.esel.pt](http://www.esel.pt), a partir da data de publicação do presente aviso no *Diário da República*, a Lista Unitária de Ordenação Final referente ao procedimento concursal comum para preenchimento de um posto de trabalho na categoria/carreira de Técnico Superior na modalidade de relação jurídica de emprego público, a constituir por contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, aberto pelo Aviso n.º 12117/2016, publicado no DR. n.º 191, 2.ª série, de 4 de outubro.

22 de janeiro de 2018. — A Presidente, *Maria Filomena Mendes Gaspar*.

311077433

### UNIVERSIDADE DO ALGARVE

#### Aviso (extrato) n.º 1528/2018

Em cumprimento do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, torna-se público que foi celebrado contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com a trabalhadora Cidália Maria Martins Mendes, na carreira e categoria de técnico superior com efeitos a 1 de janeiro de 2017, na sequência da consolidação definitiva da mobilidade interna na categoria, nos termos do artigo 99.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, mantendo-se o posicionamento remuneratório detido na situação jurídico-funcional de origem, na Câmara Municipal de Faro, entre a 4.ª e a 5.ª posições remuneratórias da respetiva categoria e entre os níveis remuneratórios 23 e 27, da tabela remuneratória única dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

21 de março de 2017. — O Administrador, *João Rodrigues*.

311031562

#### Aviso (extrato) n.º 1529/2018

Em cumprimento do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, torna-se público que foi celebrado contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com a trabalhadora Célia Marina Santos Dias, na carreira e categoria

de técnico superior com efeitos a 1 de janeiro de 2017, na sequência da consolidação definitiva da mobilidade interna na categoria, nos termos do artigo 99.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, mantendo-se o posicionamento remuneratório detido na situação jurídico-funcional de origem, na Câmara Municipal de Faro, entre a 4.ª e a 5.ª posições remuneratórias da respetiva categoria e entre os níveis remuneratórios 23 e 27, da tabela remuneratória única dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

21 de março de 2017. — O Administrador, *João Rodrigues*.

311031521

#### Aviso (extrato) n.º 1530/2018

Nos termos do artigo 46.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, torna-se público que, após despacho de homologação de 6 de junho de 2017 do Reitor da Universidade do Algarve, foi concluído com sucesso o período experimental da técnica superior Alexandra Maria Almeida Monteiro Inácio, na sequência de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, celebrado com esta Universidade em 3 de agosto de 2016.

6 de junho de 2017. — O Administrador, *João Rodrigues*.

311036666

#### Contrato (extrato) n.º 58/2018

Por despacho de 12 de julho de 2017 do Reitor da Universidade do Algarve, foi autorizado o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo certo, com o discente Mauro Filipe Bontempo para exercer funções como Monitor, em regime de tempo parcial, para o Instituto Superior de Engenharia, da Universidade do Algarve, com início a 1 de setembro de 2017 e termo a 28 de fevereiro de 2018, com uma gratificação mensal de montante igual a 40 % do vencimento dos assistentes estagiários em regime de tempo integral.

31 de outubro de 2017. — O Administrador, *João Rodrigues*.

311031595

#### Despacho n.º 1182/2018

##### Delegação de competências nos responsáveis científicos de projetos

No uso dos poderes que me são conferidos por força do disposto no n.º 4 do artigo 92.º do Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro, bem como no n.º 5 do artigo 33.º dos Estatutos da Universidade do Algarve, constante