

## PORTUGAL

### O SISTEMA ELÉTRICO PORTUGUÊS E AS RECENTES ALTERAÇÕES AO SEU REGIME JURÍDICO

#### O Sistema Elétrico Português e as recentes alterações ao seu regime jurídico

*Os principais diplomas que regulam os princípios e a organização do Sistema Elétrico Nacional Português foram objeto de alterações recentes. Neste contexto, propomos neste artigo fazer uma breve descrição do Sistema Elétrico Nacional, indicando algumas das principais alterações introduzidas no âmbito da recente revisão destes diplomas legais.*

#### The Portuguese Electrical System; recent amendments to the legal regime

*The main laws regarding the principles and organization of the Portuguese Electric System have been recently amended. In this context, we propose, in this article, to make a brief description of the Portuguese Electric System, highlighting the main changes which have been included*

#### INTRODUÇÃO

O regime jurídico que regula o Sistema Elétrico Nacional português («SEN»), entendido como o conjunto de princípios, organizações, agentes e instalações elétricas relacionadas com a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e outras atividades (cfr. artigo 10.º do DL 29/2006), está essencialmente regulado em dois diplomas:

(i) o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro (conforme alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 104/2010, de 29 de setembro, 78/2011, de 20 de junho, 75/2012, de 26 de março, 112/2012, de 23 de maio e, finalmente, pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro («DL 29/2006»), que estabelece as bases gerais da organização e funcionamento do SEN e dos seus intervenientes, e

(ii) o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto (conforme alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 237-B/2006, de 18 de dezembro, 199/2007, de 18 de maio, 264/2007, de 24 de julho, 23/2009, de 20 de janeiro, 104/2010, de 29 de setembro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro («DL 172/2006»), que concretiza os princípios gerais elencados no DL 29/2006.

Estes dois diplomas legais foram, recentemente, objeto de alterações relevantes, através dos já referidos Decretos-Lei n.ºs 215-A/2012 e 215-B/2012, ambos de 8 de outubro (respetivamente «DL 215-A/2012» e «DL 215-B/2012»), no contexto da conclusão do processo de liberalização dos setores da eletricidade e do gás natural e da transposição do «Terceiro Pacote Energético» constante da Diretiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 13 de julho

De acordo com os preâmbulos do DL 215-A/2012 e do DL 215-B/2012, subjacente às alterações destes diplomas, estiveram os objetivos de promoção da competitividade, da transparência dos preços, do bom funcionamento e da efetiva liberalização dos mercados da eletricidade e do gás natural, definidos no quadro das Grandes Opções do Plano para 2012-2015 (5.ª opção).

As alterações introduzidas pelos DL 215-A/2012 e DL 215-B/2012 também refletem alguns dos compromissos assumidos pelo Estado Português no âmbito da celebração, em maio de 2012, do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, em que são contrapartes a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

Pretendemos, neste artigo, fazer uma breve descrição do SEN, das principais atividades que o integram e dos seus intervenientes. Faremos ainda uma referência ao novo enquadramento jurídico da produção de energia em regime especial. Finalmente, iremos procurando evidenciar, ao longo do artigo, algumas das principais alterações introduzidas pelo DL 215-A/2012 e DL 215-B/2012.

#### O DL 29/2006: ATIVIDADES DO SISTEMA ELÉTRICO NACIONAL

De acordo com o DL 29/2006 o SEN integra o exercício das seguintes atividades no setor da eletricidade: produção, transporte, distribuição, comercialização, operação de mercados organizados de eletricidade, operação logística de mudança de comercializador de eletricidade e outras atividades relacionadas com a prestação de serviços no âmbito do mercado integrado no SEN (cfr. artigo 13.º).

Analiseemos, com maior detalhe, algumas destas atividades.

### 2.1 · Produção de eletricidade

A produção de eletricidade é uma atividade que poderá ser exercida de forma livre, estando apenas sujeita à obtenção de licença (ou, nalguns casos, à realização de comunicação prévia junto das entidades administrativas competentes; cfr. artigo 15.º do DL 29/2006; vide ponto 5 *infra*).

O legislador distingue duas classificações, no que concerne à produção de eletricidade:

(i) Produção em regime ordinário, na qual se inclui a produção de eletricidade que não esteja abrangida por um regime jurídico especial, estando ainda incluídos os centros electroprodutores (i) que forneçam energia ao abrigo de contratos de aquisição de energia, (ii) que beneficiem da compensação pecuniária correspondente aos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) ou (iii) que beneficiem de incentivos à garantia de potência (cfr. artigo 17.º do DL 29/2006);

(ii) Produção em regime especial, na qual se inclui, nomeadamente, a atividade de produção sujeita a regimes jurídicos especiais, tais como a produção de eletricidade através de cogeração e de recursos endógenos, renováveis ou não renováveis, a microprodução, a miniprodução e a produção sem injeção de potência na rede (cfr. artigo 18.º do DL 29/2006).

Para além da distinção entre produção em regime ordinário e produção em regime especial referida nos parágrafos anteriores, a lei prevê duas formas distintas de relacionamento comercial, consoante esteja em causa a eletricidade produzida em regime ordinário ou em regime especial: enquanto que os produtores de eletricidade em regime ordinário vendem a eletricidade por si produzida através da celebração de contratos bilaterais (quer com clientes finais ou com comercializadores de energia) ou na participação em mercados organizados, os produtores em regime especial gozam de um direito de venda de toda ou parte da eletricidade que produzem, sempre que beneficiem de uma remuneração garantida (*feed in tariff*) ou, quando não sejam beneficiários de uma tarifa garantida, a um qualquer comercializador, incluindo um facilitador de mercado que agregue a produção (vide ponto 6. *infra*; cfr. artigos 19.º e 20.º do DL 29/2006)

### O TRANSPORTE E A DISTRIBUIÇÃO DE ELETRICIDADE

O DL 29/2006 distingue duas formas de veiculação de eletricidade na rede: o transporte e a distribuição. O transporte refere-se à veiculação de eletricidade numa rede de muito alta e de alta tensão; já a distribuição refere-se à veiculação de eletricidade em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão. Por outras palavras, a eletricidade é veiculada em grandes canais, através da rede de transporte, a qual, por sua vez, está interligada a redes mais pequenas - a rede de distribuição - que permite a veiculação de eletricidade em todo o território, até chegar a cada um dos consumidores finais.

Ao contrário da atividade de produção e comercialização de eletricidade, que são exercidas de forma livre (embora sujeitas a licenciamento), a atividade de transporte e de distribuição de eletricidade são exercidas em regime de concessão de serviço público (cfr. artigo 21.º e artigo 31.º do DL 29/2006). A concessão de serviço público da rede nacional de transporte é atribuída à sociedade REN - Rede Elétrica Nacional, S.A. enquanto que a concessão da rede de distribuição é atribuída à EDP Distribuição Energia, S.A. e, apenas no que respeita à distribuição em baixa tensão, é atribuída aos municípios (sem prejuízo da possibilidade de os municípios realizarem uma exploração direta das redes ou concessionarem essa mesma exploração).

Um dos principais objetivos referidos no preâmbulo do DL 215-A/2012 é o de garantir a independência e a separação jurídica e patrimonial do operador da rede nacional de transporte - sobretudo no contexto da recente privatização da REN - Rede Elétrica Nacional, S.A. - e também do operador da rede de distribuição.

Neste sentido, e no que respeita à separação jurídica e patrimonial da atividade de transporte de eletricidade, o DL 29/2006 (na redação dada pelo DL 215-A/2012) estabelece determinados critérios mínimos que deverão estar verificados em relação ao operador da rede de transporte. De entre estes, destacamos o facto de nenhuma entidade, incluindo as que exerçam atividades no setor elétrico, nacional ou estrangeiro, poder deter, diretamente ou sob qualquer outra forma indireta, mais de 25% do capital social do operador da rede nacional de transportes ou de empresas que a controlem (cfr. artigo 25.º do DL 29/2006). Refira-se que a redação anterior do DL 29/2006 já previa uma limitação semelhante, embora com critérios numéricos dis-

tintos: a limitação era de 10%, reduzindo-se para 5% no caso de entidades que exercessem atividades no setor elétrico, nacional ou estrangeiro.

Por forma a monitorizar e garantir o cumprimento desses critérios mínimos, estabelece-se um novo mecanismo de «certificação» do operador da rede de transporte, sendo a ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos a entidade responsável por proceder à respetiva certificação.

Para além deste mecanismo, o DL 29/2006 (na redação dada pelo DL 215-A/2012) cria também um novo regime específico de certificação se a entidade concessionária da rede de transporte for controlada por uma pessoa ou pessoas de país ou países terceiros à União Europeia. Esse procedimento visa verificar se, por um lado, a entidade concessionária cumpre com os requisitos de independência e de separação jurídicas e patrimoniais e, adicionalmente, se a atribuição do certificado põe, ou não, em risco a segurança do abastecimento energético da União Europeia.

No caso do operador da rede de distribuição, e no que respeita à verificação da independência e da separação jurídica, o DL 29/2006, na sua redação mais recente, estabelece um «programa de conformidade do operador da rede de distribuição», destinado a verificar e avaliar determinadas medidas adotadas para excluir comportamentos discriminatórios (artigo 36.º-A do DL 29/2006).

## A COMERCIALIZAÇÃO DE ELETRICIDADE

Uma das atividades mais relevantes desenvolvidas no âmbito do SEN é a comercialização de eletricidade. De acordo com o DL 29/2006 essa comercialização poderá ser feita de três formas distintas:

- (i) Exercício de atividade de comercialização em regime livre, embora sujeito a registo prévio;
- (ii) Exercício de atividade pelo comercializador de último recurso, sujeito a licença; ou
- (iii) Exercício de atividade pelo «facilitador de mercado», também sujeito a licença.

Naturalmente que o relacionamento comercial destas entidades é também distinto: os comercializadores de eletricidade em regime livre podem contratar a eletricidade necessária ao abastecimento dos seus clientes através da celebração de contratos bilaterais ou através da participação em mercados organizados. As tarifas cobradas pelos comercializadores são

estabelecidas pelos mesmos, de acordo com as regras de mercado.

Em relação à figura do «comercializador de último recurso» (que atualmente é exercida pela sociedade EDP Serviço Universal, S.A.), o DL 29/2006 confere-lhe uma obrigação de serviço público universal de fornecimento de eletricidade a clientes. Essa obrigação genérica apenas permanecerá enquanto forem aplicadas as tarifas reguladas, estando, neste momento, a decorrer um período transitório com vista à sua extinção total. Por outro lado - e talvez com maior relevância - a lei confere à EDP Serviço Universal, S.A. a obrigação de fornecimento de eletricidade a clientes finais economicamente vulneráveis, mediante a aplicação de uma tarifa social, necessariamente regulada.

Finalmente, no que respeita ao facilitador de mercado, remetemos para os comentários no ponto 6. infra.

## O DÉFICE TARIFÁRIO NA NOVA REDAÇÃO DO DL 29/2006

O DL 29/2006 refere ainda algumas orientações específicas em matéria de défice tarifário e, especificamente, na possibilidade de repercussão dos sobrecustos com a aquisição de energia a produtores em regime especial. Esta norma recupera algumas regras e princípios já previstos noutros diplomas legais sobre o tema, nomeadamente no Decreto-Lei 237-B/2006, de 18 de dezembro e no Decreto-Lei n.º 165/2008, de 21 de agosto.

De entre essas regras e princípios destaca-se o disposto nos números 6 e 8 do novo artigo 73.º-A, nos termos dos quais os sobrecustos com a aquisição de energia a produtores em regime especial e a possibilidade de repercussão desses sobrecustos nas tarifas aplicadas em anos seguintes (a denominada transferência intertemporal) deixará de ter aplicação após o ano de 2020 e que só poderão ser repercutidos os ajustamentos tarifários referentes a sobrecustos com a produção em regime especial ocorridos até 31 de dezembro de 2015.

## AS ALTERAÇÕES AO DL 172/2006, POR VIA DO DL 215-B/2012.

Conforme referido, no seguimento da alteração ao DL 29/2006, o DL 215-B/2012 veio proceder a uma profunda revisão do DL 172/2006, diploma

que concretiza os diversos princípios e regras constantes do DL 29/2006.

O DL 172/2006 (na redação dada pelo DL 215-B/2012) veio finalmente sistematizar e unificar sob a égide de um único diploma legal as matérias relativas à produção de eletricidade em regime ordinário e em regime especial que até então se encontravam dispersas por vários diplomas, publicados entre 1988 e 2012, e que tornavam as regras aplicáveis à produção de eletricidade de difícil apreensão para os vários intervenientes no setor.

No que particularmente concerne à atividade de produção de eletricidade, tópico no qual nos focaremos *infra*, o DL 215-B/2012 introduziu alterações profundas ao regime legal aplicável, modificando, designadamente, os conceitos de produção em regime especial e em regime ordinário (nos termos descritos *supra*).

Fora do objeto do DL 215-B/2012 e, conseqüentemente, da nova versão do regime jurídico aplicável às atividades incluídas no SEN, acabaram por ficar (i) a produção de eletricidade em cogeração, micro-produção e miniprodução, (ii) a produção de eletricidade a partir da energia das ondas na zona piloto, (iii) a produção de eletricidade a partir de energia nuclear e (iv) as redes de distribuição fechadas.

### **EM PARTICULAR: O NOVO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PRODUÇÃO DE ELETRICIDADE EM REGIME ESPECIAL**

Muito embora a definição de produção em regime especial seja feita no DL 29/2006, o exercício concreto dessa atividade encontra-se regulado no DL 172/2006.

Nos termos do artigo 33.º-D da nova redação do DL 172/2006, a produção de eletricidade em regime especial é livre, estando, não obstante, sujeita a controlo prévio mediante a atribuição de uma licença de produção, a requerimento do interessado, ou, quando a potência de ligação seja inferior a 1 MVA e a instalação da central não esteja sujeita aos regimes jurídicos de avaliação e de impacto ambiental ou de avaliação de incidências ambientais, através da realização, por este, de uma comunicação prévia para a instalação de um centro eletroprodutor.

Se, por um lado, a produção em regime especial deixou exclusivamente de depender da atribuição prévia de licença, ao mesmo tempo que passou a

englobar a atividade de produção através de recursos não renováveis, por outro, procedeu-se a uma alteração profunda do regime remuneratório aplicável a este tipo de produção, deixando a produção em regime especial de se enquadrar exclusivamente no âmbito da remuneração garantida e bonificada (*feed-in tariff*).

Com efeito, se até à entrada em vigor do DL 215-B/2012 toda a produção em regime especial beneficiava de uma obrigação de compra a preços bonificados, que impedia sobre o comercializador de último recurso (EDP - Serviço Universal, S.A.), doravante a atividade de produção em regime especial pode ser exercida tanto ao abrigo do regime de remuneração garantida como ao abrigo do regime geral, i.e., mediante a venda da eletricidade produzida em mercados organizados ou através da celebração de contratos bilaterais com clientes finais ou com comercializadores de eletricidade. De notar que sempre que o regime remuneratório aplicável for o da remuneração garantida, a instalação do centro eletroprodutor estará obrigatoriamente sujeita à emissão de licença de produção.

Sucedem, porém, que se até aqui os interessados podiam espontaneamente instruir um pedido de atribuição de licença de produção em regime especial, o novo marco legal instituído pelo DL 215-B/2012 veio alterar esta realidade, passando o exercício da atividade com o regime de remuneração garantida a depender obrigatoriamente, e previamente à obtenção da licença de produção e respetiva licença de exploração, da atribuição de reserva de capacidade de injeção de energia na Rede Elétrica de Serviço Público.

Nos termos do artigo 33.º-G, n.º 4, da nova redação do DL 172/2006, os termos, condições e critérios da atribuição de reserva de capacidade de injeção na Rede Elétrica de Serviço Público, da licença de produção e do regime remuneratório respetivo, bem como do acesso ao mesmo e os respetivos prazos de duração e condições de manutenção, passam a ser definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da energia, devendo a referida portaria — a qual não foi ainda publicada — prever que a reserva de capacidade de injeção seja atribuída mediante procedimento concursal de iniciativa pública ou procedimento que a faculte a todos os interessados que preencham os requisitos que venham a ser estabelecidos, de acordo com critérios de igualdade e transparência.

Em suma, o DL 215-B/2012 vem colocar sob o exclusivo controlo do Governo a proliferação de

novos projetos de produção de eletricidade em regime especial ao abrigo do regime de remuneração garantida, permitindo aos investidores privados avançarem com outros projetos, embora correndo o risco de não beneficiarem de uma tarifa garantida.

### **O «FACILITADOR DE MERCADO»**

Em linha com o novo enquadramento da produção em regime especial, nos termos do qual se pretende que a remuneração garantida e bonificada assuma o papel de regime remuneratório supletivo, foi criada a figura do facilitador de mercado, entidade que, mediante a atribuição de licença, fica obrigada a adquirir a energia produzida pelos produtores em regime especial com regime remuneratório geral que pretendam vender-lhe a referida energia, ficando o facilitador obrigado à sua colocação em mercado.

### **O REGIME TRANSITÓRIO DO DL 215-B/2012**

No esforço de sistematização e unificação sob um único diploma de todo o normativo até aqui aplicável às atividades de produção de eletricidade em regime especial, foi revogado todo o leque de legislação que versava e regulava a produção de eletricidade em regime especial e ao abrigo do qual foram licenciados e desenvolvidos os projetos que hoje em dia se encontram em fase de produção ou desenvolvimento, beneficiando do direito a remuneração garantida e bonificada.

Por forma a esclarecer o âmbito temporal de aplicação do DL 215-B/2012 e evitar que dúvidas houvesse quanto aos regimes de licenciamento e remuneração aplicáveis a projetos de produção em regime especial que pré-datam a reforma, mesmo relativamente aos quais não tenha sido ainda atribuída licença de produção, o legislador incluiu no último artigo do DL 215-B/2012 uma extensa e compreensiva norma revogatória.

Em linha com o princípio da tutela da confiança (depositada pelos promotores na estabilidade do regime legal inerente ao investimento realizado nos centros eletroprodutores), o legislador esclarece claramente na referida norma revogatória que a revogação integral do marco legal pré-existente à reforma implementada pelo DL 215-B/2012 não prejudica os procedimentos concursais lançados ao abrigo do disposto no artigo 14.º do Decreto-Lei

n.º 312/2001, de 10 de dezembro, no Decreto-Lei n.º 126/2010, de 23 de novembro, e no Decreto-Lei n.º 132 -A/2010, de 21 de dezembro (produção com recurso a tecnologia solar fotovoltaica), incluindo os direitos dos adjudicatários deles resultantes, devendo a atribuição das respetivas condições de ligação à rede, pontos de receção, autorizações de instalação ou licenças de estabelecimento, licenças de exploração e condições remuneratórias continuar a reger-se pela legislação aplicável à data das adjudicações, pelos regulamentos dos procedimentos, bem como pelos contratos celebrados entre os referidos promotores e a Direção-Geral de Energia e Geologia.

No que concerne aos centros eletroprodutores em regime especial cujas licenças não tenham sido atribuídas ao abrigo de procedimentos concursais, estabelece a norma revogatória que o regime remuneratório garantido e bonificado manter-se-á em vigor relativamente aos centros cujos titulares ou promotores:

- (i) Tenham obtido a respetiva licença de exploração até à data da entrada em vigor do DL 215-B/2012;
- (ii) Tenham obtido a respetiva autorização de instalação ou licença de estabelecimento até à data da entrada em vigor do DL 215-B/2012 e venham obter a respetiva licença de exploração no prazo de 12 meses a contar da data da entrada em vigor do DL 215-B/2012; ou
- (iii) Tenham, previamente à data de entrada em vigor do DL 215-B/2012 beneficiado da atribuição de um ponto de receção e venham a obter a respetiva autorização de instalação ou licença de estabelecimento no prazo de seis meses a contar da data da entrada em vigor do diploma em apreço, bem como a licença de exploração nos prazos referidos na alínea anterior.

Refira-se ainda que nos termos do artigo 17.º do DL 215-B/2012 a data de entrada em vigor do DL 215-B/2012 é 30 dias após a publicação (i.e., 8 de novembro de 2012).

Ficam expressamente excluídos do disposto no regime transitório e abrangidos pela revogação do marco legal anterior ao DL 215-B/2012 os titulares de informações prévias favoráveis emitidas pela Direção-Geral de Energia e Geologia em data anterior à entrada em vigor deste diploma e que, até essa data, não sejam titulares de ponto de receção.

Em suma, resta concluir que a reforma introduzida pelo DL 215-B/2012 não obstante ter subjacente uma clara motivação económica, no sentido de reduzir a proliferação da produção em regime especial com remuneração garantida e bonificada, não descurou, no entanto, a proteção da tutela da con-

fiança dos titulares de licenças, quer de exploração, quer de estabelecimento, pré-existentes a este diploma, cujo regime remuneratório se manterá, por ora, inalterado.

FRANCISCO DA CUNHA FERREIRA E JOÃO LOURO E COSTA\*

---

\* Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).