

A “instrumentalização” dos monopólios naturais contra vias de abertura a medidas de eficiência energética

Resumo

Com o presente artigo pretende-se analisar algumas das diversas questões que o actual regime jurídico da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão suscita, designadamente quanto à gestão da iluminação pública. Essencialmente, é intenção do autor problematizar o tradicional argumento que, baseado na “teoria” dos “monopólios naturais”, tornaria indivisível a concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, impossibilitando, assim, os concedentes de adoptar medidas jurídicas e de gestão tendentes à melhoria da eficiência energética.

Como é sabido, a adopção de medidas de eficiência energética constitui hoje um desígnio dos Estados e da Sociedade. Contudo, do ponto de vista jurídico, parecem ainda existir alguns obstáculos herdados de um regime tradicional, mas que, em nosso entender, apenas exibem força na sua aparência formal. Com o presente artigo pretendemos, precisamente, fornecer um contributo a favor da possibilidade jurídica de superar aqueles obstáculos, os quais se encontram ainda presentes no actual regime jurídico da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão suscita, designadamente quanto à gestão da iluminação pública. Essencialmente, pretendemos problematizar o tradicional argumento que, baseado na “teoria” dos “monopólios naturais”, tornaria indivisível a concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, impossibilitando, assim, os concedentes – os municípios - de adoptar medidas (medidas jurídicas e de gestão) tendentes à melhoria da eficiência energética.

Neste contexto, pretendemos analisar e esclarecer, quanto à gestão da iluminação pública: *i)* Saber se os municípios dispõem da faculdade de alterar unilateralmente os contratos celebrados com o concessionário (a EDP – Distribuição, S. A.); *ii)* Se podem sujeitar à concorrência o fornecimento de energia eléctrica para iluminação pública e se é possível a utilização da rede eléctrica de iluminação pública por um concessionário, na ausência de consentimento da EDP – Distribuição, S. A.; *iii)* Por último, determinar qual a entidade responsável pela manutenção dos postos de transformação, cabos, redes e colunas.

1. Possibilidade de sujeitar à concorrência o fornecimento de energia eléctrica para a iluminação pública

1.1. Breve nota sobre os precedentes da actual configuração da distribuição de electricidade em baixa tensão

A análise deste ponto pressupõe que se faça um sintético itinerário sobre a evolução do sector eléctrico, designadamente na parte relativa ao âmbito municipal.

No contexto europeu, a abertura do sector eléctrico aos processos de liberalização - e, portanto, de abertura ao mercado – começou a dar os seus primeiros passos a partir da década de 90 do século XX.

O projecto inerente a este processo concretiza-se numa ideia precisa: terminar com a clássica ligação da electricidade aos conceitos de monopólio e de direitos exclusivos, ou seja, romper com a apropriação pública, com os monopólios públicos das actividades do sector eléctrico (produção, transporte, etc.), concentrados em geral em empresas privadas concessionárias ou em empresas públicas e, em seu lugar, instituir um mercado de electricidade, abrindo-o à concorrência entre vários agentes quer na produção (na oferta), quer na comercialização (na procura), quer na venda de electricidade aos clientes finais¹.

Entre nós, o processo de liberalização avançou de forma mais visível a partir do ano de 2003, com o Decreto-Lei n.º 184/2003, de 20 de Agosto, com o Decreto-Lei n.º 185/2003, igualmente de 20 de Agosto, e com o Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto, sobre o direito de escolha dos fornecedores – isto é, sobre o direito de elegibilidade dos consumidores -, o qual se viu decisivamente alargado com aquele diploma, ao abranger todos os consumidores.

Mas para instituir um mercado de electricidade impunha-se proceder previamente à separação de actividades – actividade de produção; actividade de transporte; actividade de distribuição; e, designadamente, separar quer a rede de transporte de electricidade da sua produção, quer a rede da distribuição de electricidade do serviço (actividade) do fornecimento desta a clientes.

Foi esta a orientação – fracturante relativamente ao sistema monopolista tradicional – que viria a ser decididamente assumida pelo direito positivo; primeiro pelo direito comunitário com a designada Directiva Electricidade (Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE, entretanto revogada pela Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade²) e, entre nós, com o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que transpondo para o direito nacional os princípios daquela Directiva, estabeleceu as bases gerais da organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional (SEN), bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade e à organização dos mercados de electricidade, e com o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, que, no desenvolvimento dos princípios constantes do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, estabelece o regime jurídico aplicável às actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade, bem como à operação logística de mudança de comercializador e aos procedimentos aplicáveis à atribuição das licenças e concessões³.

¹ Para uma síntese do processo a que se faz referência no texto, Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, in *Direito Público e Regulação 7*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008. E especificamente sobre o caso português, também do mesmo Autor com Rodrigo Esteves de Oliveira, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, in *Direito Público e Regulação 1*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008. Para uma leitura mais aprofundada sobre a evolução do sector eléctrico, Suzana Tavares da Silva, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor* (Dissertação de Doutoramento), Faculdade de Direito de Coimbra, 2009 e da mesma autora, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011.

² A Directiva 2009/72/CE faz parte, a par do Regulamento (CE) n.º 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1228/2003, do designado terceiro pacote de legislação comunitária relativa à criação do mercado interno de electricidade.

³ O Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, viria a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, introduzindo este último novas regras no quadro organizativo do sistema eléctrico nacional, transpondo a Directiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho.

Contudo, “presos” ainda ao postulado dos monopólios naturais, que parece limitar fatalmente as possibilidades jurídicas de gestão das redes – da rede de transporte e da rede de distribuição de electricidade -, legitimando-se de tal modo a permanência de monopólios de direito, aqueles diplomas legais continuaram, por isso, a atribuir a sua gestão a concessionários, em regime de exclusivo⁴. Nestes termos, a chave da “conversão” deste sector em mercado concorrencial, embora assente nas redes, teria forçosamente de passar pela segmentação das suas potencialidades comerciais, o que implicou necessariamente a separação funcional e jurídica entre, por um lado, o exclusivo da gestão das redes e as suas potencialidades - isto é, os serviços que com base nelas, através delas ou a partir delas podem ser prestados -, e, por outro, a separação entre a propriedade das redes (ou da sua posse⁵) e o regime da sua utilização por terceiros, o mesmo é dizer, a possibilidade e o regime de acesso de terceiros àquelas potencialidades.

Ou seja, a chave da institucionalização de um mercado concorrencial neste sector está no aproveitamento segmentado das potencialidades da rede, suportando ou possibilitando deste modo a prestação de diversos tipos de serviços, aos quais correspondem diversas actividades susceptíveis de serem exercidas por diferentes actores ou operadores, isto é, por diferentes empresas concorrentes. Numa palavra, não existe concorrência de redes, mas concorrência na rede.

Em todo o caso, o que se vem dizendo foi suficiente para provocar uma alteração fraturante no sector.

Na parte que aqui nos interessa – a distribuição de electricidade em baixa tensão -, a nova configuração do sistema permitiu romper com a concentração monopolista no mesmo operador da actividade de distribuição e de comercialização, isto é, da actividade de fornecimento da electricidade ao cliente, introduzindo no sector liberdades fundamentais do direito constitucional interno e do espaço da Europa comunitária, como a liberdade de contratação, a implicar a liberdade de escolha do comercializador por parte do cliente/consumidor, a liberdade de empresa e a liberdade de iniciativa económica.

Doravante, como refere Pedro Gonçalves na Obra já citada, a conexão física da rede de distribuição com as instalações de entrega de energia ao cliente, que impunha uma associação lógica e necessária da gestão da rede à entrega e venda ao cliente, está, pois, definitivamente ultrapassada. O passo decisivo na ruptura com essa interpretação consistiu em colocar o gestor da rede na posição de agente que se limita a transportar a energia que alguém – o comercializador – comprou para vender ao cliente cujas instalações estão ligadas à rede⁶.

1.2. As soluções legais de 2006

1.2.1. Os possíveis argumentos de uma eventual defesa do “status quo”

Numa certa perspectiva, o que importaria era sobretudo saber se uma *relação contratual* (um município/EDP – Distribuição) e uma *relação empresarial* (EDP - Distribuição/EDP -

⁴ E dizemos que “parece limitar fatalmente as possibilidades jurídicas de gestão das redes”, na medida em que, como veremos, quer o Decreto-Lei n.º 29/2006, quer o Decreto-Lei n.º 172/2006 não deixam de abrir a porta à cessação do regime de exclusivo quanto à gestão das redes, por efeito de eventuais medidas comunitárias sobre a matéria.

⁵ Note-se que o concessionário não tem de ser forçosamente o proprietário dos bens afectos à concessão ou pelo menos de todos os bens a ela afecto. Sobre esta questão, Pedro Gonçalves, *Ob. cit.* Sobre os diversos segmentos de actividade no âmbito do sector energético, Susana Tavares da Silva, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011.

⁶ Sintomático do que se diz no texto – de que, pelo menos de um certo ponto de vista, o fornecimento já está sujeito à concorrência – é o facto de existirem obrigações de rotulagem. Muito embora seja impossível estabelecer qual a fonte de fornecimento de um determinado consumo final, o certo é que as obrigações de rotulagem de energia eléctrica, decorrente da Lei n.º 51/2008, de 27 de Agosto, tornaram claro que a energia consumida tem diversas origens. Ora, na medida em que os produtores das várias formas de geração de energia eléctrica são distintos (a nuclear nem sequer é nacional), há concorrência não apenas entre os modos de geração, como entre os agentes que a produzem (em regime ordinário: EDP -Produção, Iberdrola, e REN Trading; em regime especial, muitos outros).

Comercialização/Produção) *se podem converter numa dupla relação mediada pelo mercado* – município/concessionária da iluminação pública, mais concessionária da iluminação pública/fornecedora de electricidade).

Na medida em que a primeira relação - a que opera no plano contratual entre um município, como concedente, e a EDP - Distribuição, como concessionária -, e que foi herdada, como se mencionou, de um passado imune a mecanismos de mercado⁷, o problema reconduzir-se-ia à segunda relação - a que opera no plano empresarial entre a EDP - Distribuição, como concessionária da iluminação pública, e a EDP - Comercialização, operando como agente da EDP - Produção, como fornecedora da energia eléctrica que alimenta a rede de iluminação pública.

O interesse nessa *substituição da hierarquia pelo mercado*⁸ é particularmente significativo: ao actuar *do lado da procura* enquanto concessionária da rede de iluminação pública - ao invés do que acontece quando alimenta a rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, em que actua *do lado da oferta* -, a EDP - Distribuição não tem nenhum incentivo económico, nem para reduzir consumos, nem para oferecer preços menores, visto que os consumos são *rígidos*⁹ e são imputados e debitados aos municípios. Se incentivos há, estes são para a EDP - Distribuição, como empresa integrada num grupo, explorar em benefício deste essa procura cativa – bem podendo a sua eventual resistência à substituição das luminárias por outras de tecnologia economizadora de energia ser imputada a esses incentivos.

Ainda assim, o sentido da análise poderia ser a de que, enquanto se mantiverem as obrigações contratuais emergentes dos contratos de concessão celebrados ao abrigo do regime anterior a 2006, e a EDP - Distribuição for a concessionária da rede de distribuição de electricidade em baixa tensão e - em consequência - da iluminação pública dos municípios, não poderá haver, do lado da procura da energia utilizada para esse efeito, um *“cliente elegível”*¹⁰ susceptível de celebrar *“contratos bilaterais”*¹¹ com um fornecedor eléctrico alternativo (*“comercializador”*¹²). A obtenção do estatuto de *“cliente elegível”*¹³ – com o acrescido poder negocial decorrente da liberdade de procurar melhores alternativas de fornecimento do *input* energético – passaria, portanto, pela cisão da actividade de distribuição de electricidade em baixa tensão e da actividade de gestão da rede pública de iluminação (incluindo o fornecimento de energia para o efeito) – uma cisão que não seria isenta de dificuldades legais¹⁴ e que, além

⁷ Relembre-se que, nos termos do n.º 1 do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, *“As concessões previstas no presente decreto-lei consideram-se, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, atribuídas às entidades que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei exerçam as correspondentes actividades.”*

⁸ Mesmo que não se possa, em rigor, falar de hierarquia nas relações entre as empresas do grupo EDP, usa-se a expressão corrente para indicar as duas formas de lidar com problemas emergentes das relações económicas: *internalizá-los* (na empresa ou hierarquia) ou *externalizá-los* (no mercado).

⁹ No sentido económico de que a elasticidade-preço da procura é quase nula: como são os municípios que pagam a factura da iluminação pública, não podem proceder a ajustes de consumos uma vez fixada a dimensão da rede de iluminação pública e o horário de ligação desta; a procura é insensível ao preço.

¹⁰ Segundo o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro (e o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto), o *“consumidor livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha”*.

¹¹ Como referia a alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto.

¹² Segundo o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, *“a entidade titular de licença de comercialização de electricidade cuja actividade consiste na compra a grosso e na venda a grosso e a retalho de electricidade;”*. Os *“comercializadores”* de energia eléctrica, reconhecidos nos termos desse diploma e do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, são, além da EDP-Comercial e da Galp Power, a Iberdrola, a Endesa, a Gas Natural-Fenosa e a EGL - Energia Iberia S.L.

¹³ Designado *“cliente não vinculado”* no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto.

¹⁴ Curiosamente, embora o âmbito da concessão tal como definido na Base II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, seja omissivo quanto à *“iluminação pública”*, já entre os bens afectos à concessão enumerados na alínea d) do n.º 1 da Base VIII é referida a *“rede de iluminação pública”*. Do mesmo modo, o *Regulamento da Rede de Distribuição* (Anexo II da Portaria n.º 596/2010, de 30 de Julho) inclui na *Rede de Distribuição de Electricidade em Baixa Tensão* (RDEBT) *“As redes e instalações de iluminação pública;”* (alínea d) do ponto 2.1.2).

do mais, até nem estaria presente em nenhuma das redes de distribuição de electricidade em baixa tensão existentes em Portugal¹⁵.

Sobre a viabilidade dessa separação – ainda que meramente *operacional* (isto é, mantendo a concessão, mas subcontratando outra entidade para realizar o serviço de iluminação pública) – haveria que ponderar alguns factores que poderiam, aparentemente, inviabilizá-la liminarmente.

O *primeiro*, operaria no plano prático, na medida em que extensão da rede de distribuição em baixa tensão é, em geral, acompanhada pela rede de iluminação pública, também, em geral, do mesmo tipo daquela. Em que termos seria tecnicamente factível separar uma da outra é uma questão técnica, fazendo-se até notar que *a experiência nacional é a de fazer coincidir sempre o fornecimento de electricidade em baixa tensão com a prestação do serviço de iluminação pública – e isso em relação a todos os operadores de todas as redes de distribuição em baixa tensão.*

O *segundo factor* teria a ver com a impossibilidade de os municípios actuarem com base em poderes que supostamente não teriam. Como já se referiu, muito embora o assegurar da iluminação pública na área dos municípios concedentes não integre expressamente o objecto da concessão (Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006), a “*rede de iluminação pública*” (alínea *d*) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo) é incluída nos bens afectos à concessão. Isso implicaria que a entidade que, nos termos do contrato de concessão, poderia eventualmente sub-concessionar a actividade de prestação do serviço de iluminação pública seria a EDP -Distribuição e nunca um município.

Quer isto dizer que a pretensão de um município proceder à abertura de um concurso para a concessão da gestão do funcionamento de luminárias da rede de iluminação pública esbarraria logo com a actual definição – legal e contratual – dos seus direitos nessa matéria. A mera convocação da figura do acesso às “*essential facilities*” seria o reconhecimento de que *no actual quadro legal e contratual* os poderes que permitiriam a abertura de um concurso não caberiam aos municípios, mas sim à EDP - Distribuição. De outro modo, a questão do acesso às redes nem se colocaria: se um município pudesse concessionar o que pretende, teria de ter poderes para determinar o acesso unilateral à rede eléctrica de iluminação pública. Por, nem legal, nem contratualmente deter esses poderes, logo não poderia concessionar esse serviço.

Mas, como se verá de seguida, a via discursiva exposta esbarraria sempre com dificuldades incontornáveis, quer no plano constitucional, quer no plano do direito comunitário, quer mesmo no plano estritamente legal, na medida em que encetaria soluções e ilações *contra legem*, incluindo na própria análise e conformação da relação contratual dos municípios com a EDP – Distribuição.

1.2.2. Uma leitura do regime legal em conformidade com a Constituição e com o direito comunitário

Tendo o legislador nacional, por força da transposição da Directiva Electricidade, consolidado, como se referiu, o progressivo caminho da liberalização e da abertura à concorrência do sector da electricidade, designadamente na parte que aqui nos ocupa – a distribuição em baixa tensão -, pode, no entanto, dizer-se que esse louvável afoito ficou, em certos aspectos, aquém do ambicionado, com consequências particularmente onerosas não apenas para o objectivo tido em vista, mas sobretudo para determinados clientes/consumidores, que, ao nível da distribuição em baixa tensão, constituem a grande fatia do mercado – ou do suposto mercado - nacional.

¹⁵ Além da EDP - Distribuição são operadores de redes de distribuição de electricidade em baixa tensão a operar no território de Portugal Continental: a Cooperativa Eléctrica de Vale D’Este; a Cooperativa Eléctrica de Vilarinho, C.R.L.; a Cooperativa Eléctrica de Loureiro, C.R.L.; a Cooperiz - Cooperativa de Abastecimento de Energia Eléctrica, CRL; a A Eléctrica Moreira de Cónegos, CRL; a Celer - Cooperativa Electrificação de Rebordosa, CRL; a Casa do Povo de Valongo do Vouga; a Junta de Freguesia de Cortes do Meio; a Cooperativa Electrificação A Lord, CRL; e a Cooperativa Eléctrica S. Simão de Novais. Nos arquipélagos da Madeira e dos Açores são as suas respectivas empresas eléctricas a assegurar a distribuição em baixa tensão e a iluminação pública.

Senão vejamos.

Quer o Decreto-Lei n.º 29/2006, quer o Decreto-lei n.º 172/2006 mantiveram, ao nível da distribuição em baixa, os contratos de concessão em vigor à data, devendo, contudo, ser adaptados ao novo regime.

É isto que se determina no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, que dispõe nos seguintes termos:

Artigo 71.º

“Concessões de distribuição de electricidade em BT

1 - **As actuais concessões de distribuição de electricidade em BT, atribuídas e renovadas nos termos do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, mantêm-se na titularidade das respectivas concessionárias, sem prejuízo do estabelecido nos números seguintes.**

2 - *A exploração das concessões de electricidade em BT passa a processar-se nos termos do presente decreto-lei e da legislação complementar.*

3 - *Os actuais contratos de concessão, celebrados entre os municípios e as entidades concessionárias, são modificados por força das alterações decorrentes do presente decreto-lei e da legislação complementar, observando-se o prazo dos contratos actualmente em vigor, contado a partir da data da sua celebração ou da sua renovação, nos termos do diploma referido no n.º 1.*

4 - *A modificação dos contratos deve ocorrer no prazo e nos termos estabelecidos em legislação complementar”.*

De modo semelhante dispõe o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006:

Artigo 73.º

“Atribuição das concessões

1 - **As concessões previstas no presente decreto-lei consideram-se, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, atribuídas às entidades que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei exerçam as correspondentes actividades.**

2 - *Os contratos de concessão e as licenças existentes antes da data da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser modificados em tudo o que contrarie o nele disposto.*

3 - *A modificação do actual contrato de concessão da RNT e a celebração do contrato de concessão da RND devem ocorrer no prazo de seis meses a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei.*

4 - *A modificação dos actuais contratos de concessão das redes de BT deve ocorrer no prazo de dois anos a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei”.*

Estas disposições dizem apenas respeito à actividade concessionada – a distribuição, ou melhor, o estabelecimento e a gestão/exploração da rede de distribuição -, doravante a única actividade concessionada no âmbito da distribuição de electricidade em baixa tensão.

Contudo, o legislador, não obstante o firmado e decidido propósito de abertura do mercado concorrencial na actividade de fornecimento da electricidade aos clientes – o mesmo é dizer, na actividade de comercialização –, no âmbito da distribuição da electricidade em baixa tensão viria a copular a comercialização à concessão, mantendo, até ao final desta, a sorte daquela.

E termos práticos – e jurídicos -, tal significou a manutenção por mais alguns anos – que, no limite, pode ser por mais 20 anos, caso a renovação dos anteriores contratos de concessão tenha ocorrido de forma contemporânea à publicação daqueles diplomas, mas antes da sua entrada em vigor – do monopólio de concentração das actividades de gestão da rede e de comercialização, apenas variando o formato societário do (mesmo) actor. Ou, dito de outro modo, ao lado do monopólio da distribuição, o legislador manteve o monopólio da comercialização.

Foi efectivamente esta a solução adoptada no Decreto-Lei n.º 29/2006, ao dispor-se no artigo 73.º, sob a epígrafe **“Atribuição transitória da qualidade de comercializador de último recurso:**

1 - A licença prevista no n.º 2 do artigo 46.º é atribuída à sociedade, juridicamente independente das sociedades que exerçam as demais actividades previstas no presente decreto-lei, a constituir pela EDP Distribuição—Energia, S. A.

2 - A licença prevista no número anterior caduca na data da extinção do contrato de concessão da RND resultante da conversão prevista no n.º 1 do artigo 70.º

3 - A sociedade referida no n.º 1 deve estar constituída no prazo e nos termos estabelecidos em legislação complementar.

4 - **É igualmente atribuída às demais entidades concessionárias, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, a qualidade de comercializador de último recurso dentro da sua área de concessão, enquanto durar o correspondente contrato de concessão”.**

De igual modo se dispôs no artigo 52.º do Decreto-lei n.º 172/2006, que, sob a epígrafe **“Atribuição de licença de comercialização de último recurso”**, determina:

“1 - Considera-se atribuída a licença de comercialização de último recurso às entidades referidas no artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

2 - A sociedade a que se refere o n.º 1 do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, deve estar constituída até 1 de Janeiro de 2007.

3 - As entidades às quais sejam atribuídas as licenças de comercialização de último recurso ficam obrigadas ao cumprimento das condições e dos deveres estabelecidos no presente decreto-lei e na demais legislação aplicável”.

Estas disposições, relativas à actividade comercial no sector da distribuição electricidade em baixa tensão, a serem interpretadas no sentido de que os municípios se encontram vinculados ao mesmo fornecedor até ao termo do prazo da concessão, são dificilmente defensáveis quanto à sua conformidade com a Constituição.

Mas não só. Igualmente não é isenta de dificuldades a defesa da sua conformidade com o direito comunitário. No caso concreto, com a Directiva Electricidade.

Senão vejamos, apenas em três razões, para além de outras razões que poderiam ser aduzidas.

Em primeiro lugar, a bondade jurídico-constitucional de tais disposições pode, desde logo, ser questionada de um ponto de vista que designaremos por externo. Tem ele a ver com a limitação que aquele regime impõe à entrada de novos comercializadores.

Na verdade, a entender-se aquele regime do modo referido, então forçoso será concluir que uma grande fatia da actividade de comercialização de electricidade fica fechada à liberdade de contratação, à liberdade de empresa e à liberdade de iniciativa económica. Consequentemente, fica, na prática, amputado um dos vectores fundamentais por que, no caso, se concretizam aquelas liberdades – o acesso de terceiros às redes de distribuição de electricidade e a inerente continuidade do tradicional monopólio.

Em segundo lugar, a interpretem-se daquele modo as citadas disposições, entendemos que as mesmas colidem com a auto-disponibilidade dos municípios, constitucionalmente garantida, enquanto faculdade concretizada na escolha de soluções para a gestão dos interesses próprios (artigo 235.º da Constituição). E será designadamente assim naqueles casos em que os prazos de concessão, à data da entrada em vigor daqueles diplomas, ainda estivessem longe do seu termo. E isto vale numa dupla perspectiva ou, se se quiser, num duplo momento: no momento da entrada em vigor dos referidos diplomas legislativos, não concedendo aos municípios qualquer liberdade de opção, na escolha do fornecedor de electricidade; e, num segundo momento, traduzido no permanente e total cerceamento de escolha de outro fornecedor até ao termo da concessão da rede.

Em terceiro lugar, uma tal interpretação inibiria os municípios de “conquistarem” o estatuto de cliente elegível, querendo com tal expressão aludir-se ao direito ou à liberdade de escolha do fornecedor de electricidade. Por ventura, será com este sentido que o Decreto-Lei

n.º 29/2006, mas sobretudo o Decreto-Lei n.º 172/2006 parecem restringir a abrangência subjectiva daquele conceito, pelo menos no seu tom literal, aos clientes domésticos e aos clientes profissionais e liberais.

A entender-se de tal modo o conceito legal (interno) de “cliente elegível” então o problema deslocar-se-ia para outra sede – a sede da conformidade daqueles diplomas legislativos – isto é, da sua legalidade em relação ao direito comunitário - com a Directiva Electricidade, que considera «Cliente elegível», o cliente livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha na acepção do artigo 21.º; sendo que este determina que, a partir de 2007, todos os clientes são clientes elegíveis, não fazendo aí qualquer distinção.

Para a Directiva, todo aquele que seja cliente final deve ter o estatuto de cliente elegível, sendo, portanto, um cliente livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha.

Ora, no caso concreto dos municípios, para além de terem de “suportar” um único concessionário da rede, adquirem, compram electricidade para iluminação pública a um fornecedor – ao fornecedor imposto pela lei. Só que, nesta qualidade, um município é parte de uma relação comercial como qualquer outro cliente. No conceito de relação jurídico-comercial não há qualquer diferença estatutária de qualidade relativamente aos demais clientes. Como qualquer outro cliente, compra electricidade a um vendedor. Se diferenças existem elas podem ter a ver com outros factores, como, por exemplo, com o formato jurídico da aquisição/compra – relação comercial sujeita às regras da contratação pública ou pura relação de direito comercial no caso dos clientes privados.

Portanto, também por esta última via não descortinamos qualquer razão jurídico-constitucional justificativa que iniba um município da assunção do estatuto de cliente elegível.

E também não descortinamos razões para, à luz do direito comunitário, subtrair à concorrência, por um período que pode ser consideravelmente longo, a actividade de comercialização ou de fornecimento de electricidade aos municípios, na qualidade de cliente, isto é, na qualidade de sujeito de uma relação jurídico-comercial de aquisição/compra de electricidade.

Do ponto de vista do direito comunitário, as obrigações de serviço público apenas podem justificar os especiais condicionamentos a que fica sujeito o operador titular de uma licença de comercialização, mas já não legitimam a vinculação dos clientes – ou de um cliente – a um único fornecedor.

Nesta sequência, poderá, em parte, compreender-se a solução legislativa. Mas essa parte tem apenas a ver com a manutenção do contrato de concessão de gestão da rede.

Com tal solução, para além de outras razões, pretendeu o legislador evitar – ou pelo menos compensar – os custos de transição para a concorrência¹⁶, mantendo a estabilidade e a durabilidade das relações concessórias, que, no caso, e por natureza, são contratos de longa duração.

Mas igual justificação já não se encontra para os contratos de fornecimento que são – ou passaram a ser – meras relações comerciais/contratos comerciais e, como tal, sujeitos, por natureza, à lógica do mercado, da concorrência, da liberdade de escolha, da liberdade de contratação num quadro alternativo de opções, sem excluir dentro destas, como é sabido, a liberdade de mudança de fornecedor, sem que tal implique custos adicionais para o cliente que assim proceda. Nada disto se compadece, pois, com a colagem - imposta – do prazo de duração de uma (pura) relação comercial de fornecimento ou de aquisição/compra de electricidade ao prazo de uma concessão de gestão de uma infra-estrutura física, que é a rede. Aliás, a ausência de razões que justifiquem uma tal colagem tornar-se-ia ainda mais clara se se tivesse em conta, em termos retrospectivos, o facto de a concessão à EDP – Distribuição ter sido “adjudicada” por ajuste directo ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, contra o que o direito comunitário exigia em matéria de adjudicação de concessões¹⁷.

¹⁶ Aos custos de transição para a concorrência se refere também Pedro Gonçalves, *Ob. cit.*

¹⁷ Sobre a problemática a que se alude no texto, Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Ob. cit.*

E também não colhe um eventual argumento baseado na tradicional união contratual de todas as operações baseadas na gestão da rede, que sairiam reforçadas com o facto de a EDP – Distribuição ter de pagar aos municípios uma renda, “devida pela exploração da concessão” (artigo 44.º do Decreto-lei n.º 172/77), pois que, como as próprias palavras da lei indicam, a renda é uma contrapartida da concessão e o segmento da comercialização, por força do mesmo diploma legal (e, antes dele, por força do Decreto-lei n.º 29/2006) não faz parte do objecto da concessão¹⁸. Ou melhor, a obrigação de pagamento da renda anual pelas concessionárias da actividade de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão constitui a contrapartida da utilização dos bens do domínio público municipal, ficando as concessionárias, em virtude do pagamento de tal renda, com total isenção do pagamento de taxas pela utilização desses bens¹⁹.

Para além disso, uma tal solução mal se compagina com o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, por mais legítima que seja a equação dos custos de transição para a concorrência, não vemos que, na parte da actividade comercial ou do fornecimento da electricidade, tal equação constitua uma razão jurídico-constitucionalmente válida e capaz de justificar um tão amplo – quanto ao conteúdo - e alongado – quanto ao tempo - cerceamento da auto-disponibilidade de escolha dos municípios.

Entendemos que, do ponto de vista jurídico-constitucional, ainda seria justificável uma solução transitória - com o significado temporal e substantivo que deve ser atribuído a uma solução transitória, concretizada na manutenção do mesmo comercializador – no caso, um comercializador de último recurso -, mas já não o será nos termos em que o legislador a entende, na medida em que tal solução pode, no limite, repetimos, ter uma “transitoriedade” que, precisamente, corresponde ao prazo total de vigência de um contrato de longa duração, como é exemplarmente o caso da concessão da rede de distribuição de electricidade em baixa tensão, que tem a duração de 20 anos. Aliás, já o referimos, em muitos municípios o prazo de vigência dos contratos de fornecimento poderá atingir aquela duração ou próximo dela, se se tiver em conta que muitos dos contratos terão sido renovados no trânsito do Século XX para o Século XXI.

Nestes termos, a interpretem-se do modo acima exposto as citadas disposições dos Decretos-Lei n.º 29/2006 e 172/2006, temos, pois, de concluir que tais disposições são, neste segmento, inconstitucionais por, para além das outras razões atrás aludidas, cercearem uma das projecções fundamentais do princípio constitucional da autonomia local, concretizado no poder ou faculdade de auto-definição ou de escolha dos meios ou soluções para a melhor gestão/prosecução/gestão dos interesses próprios (artigo 235.º da Constituição).

E são ilegais por violação do direito comunitário quer por inibirem os municípios da assunção do estatuto do cliente ilegível, contra o disposto nas Directivas Electricidade (Directiva de 2003 e Directiva de 2009), quer por, sem justificação atendível, amputarem à concorrência uma apreciável fatia da actividade de comercialização da electricidade, pondo,

¹⁸ O artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, sob a epígrafe “Pagamento aos municípios”, dispõe:

1 - Os municípios têm direito a uma renda, devida pela exploração da concessão, nos termos a estabelecer em decreto-lei, ouvida a Associação Nacional de Municípios Portugueses.

2 - A renda prevista no número anterior é incluída nas tarifas de uso das redes de distribuição em BT nos termos previstos no Regulamento Tarifário.

3—A renda referida nos números anteriores pode ser substituída por outros mecanismos que não penalizem os direitos dos municípios, após audição da Associação Nacional de Municípios Portugueses e da ERSE”.

¹⁹ Assim se estabelece no n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de Novembro: “A obrigação de pagamento da renda anual pelas concessionárias da actividade de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão fica sujeita à atribuição efectiva da utilização dos bens do domínio público municipal, nomeadamente do uso do subsolo e das vias públicas para estabelecimento e conservação de redes aéreas e subterrâneas de distribuição de electricidade em alta, média e baixa tensão afectas ao Sistema Eléctrico Nacional (SEN), com total isenção do pagamento de taxas pela utilização desses bens”.

consequentemente, em causa não apenas um dos objectivos fundamentais das Directivas – a criação do mercado interno da electricidade -, mas também a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento²⁰.

Aliás, o que se vem dizendo não deixa de se encontrar reflectido na mais recente Comunicação da Comissão da União Europeia sobre matéria, que reflecte uma nítida insatisfação no cumprimento, por alguns Estados membros, das disposições comunitárias relativas ao sector da electricidade, designadamente quanto à escassa abertura à concorrência do segmento das actividades comerciais do sector²¹, recomendando-se aí a adopção de medidas no designado terceiro pacote sobre a criação do mercado interno de electricidade.

Medidas essas que, como se referiu, na sequência da Directiva de 2003, viriam a ser adoptadas na Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e revoga aquela Directiva, reiterando, no seu artigo 33.º, o que aquela Directiva estabelecia no artigo 21.º, ou seja: que a partir de 2007 todos os clientes são clientes elegíveis, não se distinguindo aí qualquer tipo ou categoria de cliente.

E note-se que o referido sobre a (des)conformidade com o direito comunitário em nada é comprometido com o facto de a Directiva 2009/72/CE dizer no seu considerando (47) que “Os Estados-Membros poderão designar um comercializador de último recurso. Esse comercializador poderá ser a secção de vendas de uma empresa verticalmente integrada que também exerça as funções de distribuição, desde que satisfaça os requisitos da presente directiva em matéria de separação”..

Em primeiro lugar, por, no caso, não se encontrarem preenchidos os pressupostos atinentes à existência (jurídica) de uma empresa verticalmente integrada.

Em segundo lugar, por o facto de os referidos diplomas legais de 2006 fazerem a colagem das operações de comercialização ao prazo de concessão não pode ser qualificado como um acto de designação de um comercializador de último recurso, no sentido a que se pretende referir a Directiva de 2009, para, assim, e a posteriori, tal regime ser havido em conformidade com o direito comunitário.

Em síntese, de forma a salvaguardar a constitucionalidade dos Decretos-Lei n.º 29/2006 e 172/2006 e a sua legalidade relativamente ao direito comunitário devem os mesmos ser objecto de uma interpretação em conformidade com a Constituição e em conformidade com o direito comunitário, no sentido de que aqueles diplomas, ao “colarem” impositivamente a actividade comercial de fornecimento de electricidade à vigência dos contratos de concessão da rede não pretendem “expropriar” aos municípios, na qualidade de clientes, a assunção do estatuto de cliente elegível, com o inerente direito ou liberdade de escolha do vendedor/fornecedor de electricidade, nem pretenderem, consequentemente, “fechar”, nesta parte, a actividade comercial de fornecimento de electricidade por outros comercializadores, com o inerente ou o pressuposto direito de acesso à rede. Pelo que os municípios não se encontram, pois, jurídica/legalmente impedidos de celebrar um contrato de fornecimento de electricidade com outro comercializador para o abastecimento da iluminação pública.

²⁰ Como nos parece ser óbvio, o facto de a Directiva Serviços - Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno - não abranger o sector da electricidade não pode constituir argumento contra o que se concluiu no texto, dado que estamos ante situações completamente distintas: uma tem a ver com a abertura de sectores ou actividades à concorrência; outra tem a ver com o procedimento de acesso ao exercício de actividades, o que, naturalmente, já pressupõe que a elas se possa aceder.

²¹ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 11 de Março de 2009, intitulada «Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade» [COM(2009) 115 final].

2. Possibilidade de alterar unilateralmente os contratos no respeitante à iluminação pública e possibilidade de utilização da rede eléctrica de iluminação pública por um concessionário, na ausência de consentimento da EDP-Distribuição

Como se referiu no ponto anterior, a obtenção do estatuto de “*cliente elegível*” por parte dos municípios – com o acrescido poder negocial decorrente da liberdade de procurar melhores alternativas de fornecimento do *input* energético – passaria pela cisão da actividade de distribuição de electricidade em baixa tensão e da actividade de gestão da rede pública de iluminação (incluindo o fornecimento de energia para o efeito) – uma cisão que não seria isenta de dificuldades legais e que, além do mais, até nem estaria presente em nenhuma das redes de distribuição de electricidade em baixa tensão existentes em Portugal.

E acrescentou-se ainda que sobre a viabilidade dessa separação – embora meramente *operacional* (isto é, mantendo a concessão, mas subcontratando outra entidade para realizar o serviço de iluminação pública) – haveria que ponderar alguns factores que poderiam, aparentemente, inviabilizá-la liminarmente.

O primeiro, operaria no plano prático, na medida em que a rede de iluminação pública, para além de ser, em geral, do mesmo tipo da rede de distribuição em baixa tensão, também, em geral, acompanha-a na respectiva extensão. Em que termos isso sucede e em que termos é que seria tecnicamente factível separar uma da outra é uma questão técnica, fazendo-se até notar que a experiência nacional é a de fazer coincidir sempre o fornecimento de electricidade em baixa tensão com a prestação do serviço de iluminação pública – e isso em relação a todos os operadores de todas as redes de distribuição em baixa tensão.

O segundo factor teria a ver com a impossibilidade de os municípios actuarem com base em poderes que supostamente não teriam. Como igualmente se referiu, muito embora o assegurar da iluminação pública na área do município concedente não integre expressamente o objecto da concessão (Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006), a “*rede de iluminação pública*” (alínea d) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo) é incluída nos bens afectos à concessão. Isso implicaria que a entidade que, nos termos do contrato de concessão, poderia eventualmente sub-concessionar a actividade de prestação do serviço de iluminação pública seria a EDP - Distribuição e nunca o Município.

Quer isto dizer que a pretensão de um município proceder à abertura de um concurso para a concessão da gestão das luminárias da rede de iluminação pública esbarraria logo com a actual definição – legal e contratual – dos seus direitos nessa matéria. A mera convocação da figura do acesso às “*essential facilities*” seria o reconhecimento de que *no actual quadro legal e contratual* os poderes que permitiriam a abertura de um concurso não caberiam aos municípios, mas sim à EDP - Distribuição. De outro modo, a questão do acesso às redes nem se colocaria: se um município pudesse concessionar o que pretende, teria de ter poderes para determinar o acesso unilateral à rede eléctrica de iluminação pública. É por, nem legal, nem contratualmente deter esses poderes é que não poderia concessionar esse serviço.

Pois bem.

Para além de todo o conjunto de razões que enunciámos no ponto anterior, impõe-se assinalar que a actividade de assegurar a iluminação pública não integra legalmente o objecto de concessão à EDP - Distribuição, como resulta expressamente do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, que, sob a epígrafe “**Composição das redes de distribuição em BT**”, estabelece que “As redes de distribuição em BT compreende os postos de transformação, as linhas de BT, os ramais, **as instalações de iluminação pública** e os aparelhos e acessórios afectos à sua exploração”, devendo tais bens ser identificados nas bases da respectiva concessão. De igual modo, nas Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006 e na alínea d) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo estabelece-se que só a “*rede de iluminação pública*” é incluída nos bens afectos à concessão.

Portanto, para a lei, rede de iluminação pública e/ou instalações de iluminação pública é um conceito completamente distinto do de iluminação pública.

Uma coisa são as instalações, os meios físicos ou os materiais que integram a infra-estrutura física em que se decompõe a rede e que irão conduzir ou conduzem a electricidade até aos diferentes espaços e ambientes públicos municipais; outra, completamente diferente, é a actividade ou a prestação do serviço municipal de iluminação pública.

Nestes termos, pode muito bem suceder que existam espaços públicos dotados de redes de iluminação pública e, portanto, dotados de instalações de iluminação pública e de electricidade, mas sem iluminação pública. Numa palavra, legalmente, a EDP – Distribuição é apenas a concessionária da rede de distribuição, incluindo da rede de distribuição pública ou das instalações de iluminação pública. Neste caso, para a lei, o monopólio da gestão da rede não agrega a actividade ou o serviço de gestão da iluminação pública municipal.

Consequentemente, os contratos de concessão que ainda não tenham sido adaptados ao regime legal vigente tem, nesta parte, de ser lidos em conformidade com a lei. Mas não só: tem também de ser lidos em conformidade com o direito comunitário, na medida em que se assim não suceder então é mais um monopólio que se mantém copulado ao monopólio da gestão da rede, sendo que só este último se pode ter como legítimo à luz de ambos aqueles direitos.

Nestes termos, caso os contratos celebrados e/ou renovados antes de 2006 não tenham sido adaptados nos termos expostos²², devem os mesmos ser objecto de redução naquela parte, podendo os municípios assegurar o serviço de iluminação pública em regime de gestão directa ou concessionar essa actividade ao mercado em ambiente concorrencial.

Mas esta separação analítica – ou mais esta separação analítica – no domínio da distribuição da electricidade em baixa tensão coloca ou pode colocar duas questões.

Em *primeiro lugar*, tal alteração – alteração que deriva directamente da lei - ao âmbito dos contratos de concessão pode vir a ser invocada como (ou também como) um custo de transição para a concorrência, quiçá imediatamente imputável a um desequilíbrio justificador da alteração da renda a pagar pela concessionária aos municípios, com inerentes consequências ao nível da actividade regulatória da ERSE. Mas este é um problema que, antes de tudo, teria de ser colocado à fonte que produziu o facto externo e autoritário que ditou a alteração, ou seja, ao legislador.

Em *segundo lugar*, e como eventual argumento inviabilizador da conclusão exposta, poderia aduzir-se o facto de as luminárias (vulgarmente conhecidas por lâmpadas) fazerem parte das ditas instalações da iluminação pública, o que, a ser assim, poderia inviabilizar uma das potencialidades fundamentais da gestão do serviço de iluminação pública, que é, como é consabido, a redução do consumo de electricidade através de luminárias que “dinamizem” os níveis de eficiência energética.

Ora, se bem compreendemos a questão, o que é nuclear no contrato de concessão da rede é que o concessionário instale, mantenha, conserve e modernize permanentemente as infra-estruturas físicas que conduzem a electricidade até a um certo ponto ou local, no caso, um espaço público, mas o mesmo se aplica a um edifício de habitação ou a um espaço comercial. Instalada a rede e colocadas as respectivas instalações segundo um modelo previamente definido e, assim, chegada a electricidade a esse ponto ou local, saber se o agente que dela faz uso – no caso, os municípios - pretende aí colocar uma luminária de baixa, média ou alta capacidade, ou se as respectivas cores e formatos estéticos hão-de variar segundo o ambiente

²² Refira-se que, por força da Portaria n.º 453/2001, de 5 de Maio, os contratos de concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, a celebrar nos termos do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro, bem como, para efeitos do disposto no Decreto-Lei n.º 182/95 e no Decreto-Lei n.º 184/95, ambos de 27 de Julho, deveriam obedecer, com as adaptações e ajustamentos convenientes, resultantes de cada situação particular, às cláusulas do contrato tipo de concessão anexo àquela Portaria. Por sua vez, os contratos de concessão em vigor à data da publicação da Portaria n.º 453/2001 poderiam adoptar o novo clausulado mediante a sua renovação, nos termos e pelo prazo previstos no Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro. A Portaria n.º 453/2001, de 5 de Maio, foi revogada pela Portaria n.º

arquitectónico, paisagístico ou em função de outros fenómenos ambientais, teremos de convir que tais opções já não fazem, por natureza, parte, nem no plano funcional, nem no plano físico, nem, conseqüentemente, no plano jurídico, do objecto de uma concessão que tem apenas e só por objecto o estabelecimento e a exploração de uma infra-estrutura a que se chama rede.

Mas mesmo que assim não se entendesse e sabendo-se que os sistemas de eficiência energética ao nível das luminárias permitem hoje reduzir substancialmente os níveis de consumo de electricidade, então necessariamente se impunha aos órgãos municipais, porque assim o dita o dever de boa administração dos negócios públicos e do erário público que lhe está associado, o exercício do poder de modificação do contrato. Esta modificação deve, naturalmente, seguir prioritariamente a via negocial formalizada. Mas caso esta, sem razão justificativa, não tenha sucesso porque, por exemplo, a isso se opôs o co-contratante, pode (e deve) um município exercer o poder de modificação unilateral, tal como já o admitia o Código do Procedimento Administrativo e como o admite hoje - aliás, amplamente - o Código dos Contratos Públicos.

Se, mesmo assim, se assistir a uma resistência injustificada do co-contratante, então fica aberta a via para o exercício da resolução sancionatória do contrato de concessão e conseqüente extinção, sem compensação indemnizatória. Neste caso, a haver ressarcimento ele passaria apenas pelo valor do capital investido e ainda não amortizado pela EDP - Distribuição, de forma a evitar o enriquecimento do concedente. Mas este ressarcimento não teria - nem deveria - ser feito de uma só vez, sob pena de ainda se beneficiar o infractor. Pelo contrário, deveria ser feito em função do plano de amortização projectado, variando, portanto, o ressarcimento em função desta projecção e do respectivo escalonamento no tempo.

Por último, ainda a propósito do tema da modificação unilateral do contrato, refira-se que a lei até se oferece bastante generosa para o contratante público, habilitando este contratante, na Base XXXIV das Bases da Concessão, sob a epígrafe "**Alteração do contrato de concessão**", nos seguintes termos: com o objectivo de assegurar a permanente adequação da concessão às exigências da regularidade, da continuidade e da qualidade do serviço público ou por alteração do regime de exclusivo que decorra da transposição para o direito português de legislação da União Europeia, o concedente reserva-se o direito de alterar as condições da sua exploração. E, por efeito do exercício deste poder, o contratante público apenas tem o dever de promover a reposição do equilíbrio contratual: **(i)** quando se alterem significativamente as condições de exploração; **(ii)** e desde que a concessionária faça prova de não poder prover a tal reposição recorrendo aos meios resultantes de uma correcta e prudente gestão financeira; **(iii)** e esta prova seja aceite pelo concedente.

3. Qual a entidade responsável pela manutenção dos postos de transformação, cabos, redes, colunas?

Como se advertiu de início, trata-se de interpretar os contratos em vigor, dos quais resultam as obrigações respectivas das partes. Chama-se, porém, a atenção para a possibilidade de reajustar, também aqui, os contratos de concessão celebrados e/ou renovados ao novo modelo, decorrente do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, que não prevê excepções à total responsabilidade da concessionária^{23 24}.

²³ De facto:

- a "Rede de iluminação pública" integra a concessão, nos termos da alínea c) do n.º 1 da Base VIII do contrato de concessão-tipo, anexo ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto;
- nos termos da Base XI do mesmo contrato-tipo "**A concessionária deve, durante o prazo de vigência da concessão, manter, a expensas suas, em bom estado de funcionamento, conservação e segurança os bens e meios a ela afectos, efectuando para tanto as reparações, renovações e adaptações necessárias ao bom desempenho do serviço concedido**", a entidade responsável seria, em princípio, a concessionária; e
- a Base XXXIV do mesmo contrato-tipo veda "**a derrogação das presentes bases**".

²⁴ Nos termos do n.º 4 do artigo 73º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, "**A modificação dos actuais contratos de concessão das redes de BT deve ocorrer no prazo de dois anos a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei.**" Não pode entender-se esse prazo como preclusivo, tanto mais que está em causa a adequação do conteúdo contratual ao quadro legal actualmente vigente.

Ou seja, no quadro daquele diploma, os postos de transformação, os cabos, as redes e as colunas integram as infra-estruturas físicas que fazem parte do objecto da concessão. São, servindo-nos das palavras da lei, os componentes integrantes da rede de distribuição em baixa tensão e, portanto, da exclusiva responsabilidade do concessionário, quer na instalação, quer na manutenção, quer na conservação, quer na modernização. Isto, à luz da legislação entrada em vigor em 2006, à qual, repetimos, devem conformar-se os contratos celebrado e/ou renovados anteriormente.

E note-se que contra o que se concluiu em cada um dos pontos anteriores em nada adianta argumentar com o facto de (ainda) não existir um modelo contratual estandardizado.

Efectivamente, dada a imperatividade inderrogável do regime legal e das respectivas bases, tem de concluir-se do modo a seguir enumerado.

Em *primeiro lugar*, a existência ou a inexistência de um modelo contratual em nada interfere com a conclusão relativa à possibilidade de um município poder escolher outro fornecedor de electricidade.

Em *segundo lugar*, o mesmo é integralmente válido para a conclusão relativa à possibilidade de um município poder gerir por si a iluminação pública ou contratar uma terceira entidade para a gestão deste serviço.

Em *terceiro lugar*, nada colide igualmente, por assim decorrer também e imperativamente do novo regime, com a questão da responsabilidade pela instalação, manutenção, conservação e modernização dos postos de transformação, dos cabos, colunas, etc., que são da exclusiva responsabilidade do concessionário.

Em *quarto lugar*, o regime legal, concebido nestes termos, é, aliás, o que melhor se compadece com a noção comunitária (e – *et pour cause* – também nacional) de concessão, cujo núcleo reside na transferência das responsabilidades e dos riscos inerentes ao objecto do negócio para o concessionário²⁵.

Em *quinto e último lugar*, a actualização/adaptação dos contratos em vigor na data da publicação do regime legal de 2006 não ficou dependente de qualquer modelo contratual estandardizado; a actualização/adaptação do contrato ao novo regime é *ex vi legis* e não *ex vi contractus*.

Palavras-chave: concessão da rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão; “monopólios naturais”; iluminação pública; concorrência; eficiência energética.

Licínio Lopes Martins
Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

²⁵ Sobre a noção de concessão no direito comunitário (e nacional), Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Ob. cit.*, e Fernanda Maçãs, *A Concessão de Serviços Públicos e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública I*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.