PRONÚNCIA DA TRUSTENERGY, S.A.

NO CONTEXTO DA

CONSULTA PÚBLICA Nº 119

SOBRE

REPARTIÇÃO DO FINANCIAMENTO DOS CUSTOS COM A TARIFA SOCIAL, RESPEITANTES AO PERÍODO DE 18 DE NOVEMBRO A 31 DE DEZEMBRO DE 2023 E AO ANO DE 2024

E

PROCEDIMENTOS DE OPERACIONALIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO DOS CUSTOS COM A TARIFA SOCIAL

22 de fevereiro de 2024

PRONÚNCIA DA TRUSTENERGY, S.A.

I. INTRODUÇÃO

O presente documento constitui a pronúncia da TRUSTENERGY, S.A. (doravante "**TRUSTENERGY**"), no âmbito do processo de consulta pública n.º 119 lançado, em 23 de janeiro de 2024, pela ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ("**ERSE**"), relativa a proposta de repartição do financiamento dos custos com a Tarifa Social, e dos procedimentos de operacionalização do financiamento dos custos com a Tarifa Social, em linha com o previsto no Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 104/2023, de 17 de novembro, conforme alterado pela Declaração de Retificação n.º 33/2023, de 22 de dezembro ("**Decreto-Lei n.º 104/2023**").

A TrustEnergy é um grupo empresarial com uma forte presença no sector da energia em Portugal, consistindo a sua atividade na produção de eletricidade através da exploração de um portfólio diversificado de fontes de energia renovável e gás natural. Neste sentido, gere um conjunto diversificado de ativos que combina os benefícios das energias renováveis e a flexibilidade e eficiência do gás natural.

Apesar de alguns centros electroprodutores do grupo empresarial TrustEnergy – as centrais termoeléctricas – já se incluírem na incidência subjetiva da Tarifa Social ("**TS**") previamente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 104/2023, as alterações trazidas por este diploma, bem como a fundamentação da ERSE para efeitos das propostas de Diretiva da ERSE para a Repartição do financiamento dos custos com a TS e de Procedimentos de operacionalização deste financiamento (as "**Propostas de Diretivas**"), são substanciais e alteram profundamente os pressupostos sobre os quais assentam o financiamento da TS.

Neste sentido, e apesar do Decreto-Lei n.º 104/2014 ter entrado em vigor a 18 de novembro de 2018, apenas face às Propostas de Diretivas e Documento Justificativo da Consulta Pública é possível melhor – embora não totalmente – compreender o cenário e os pressupostos que justificam a incidência subjetiva da TS, as suas isenções, fórmulas de determinação de cálculo, apuramento e cobrança. Como tal, e sem prejuízo de reconhecermos a importância do financiamento da TS, vimos pelo presente expor a posição da Trustenergy relativamente a esta nova proposta de modelo de financiamento.

A terminar esta introdução, é importante frisar que os presentes comentários e contributos tiveram em atenção a atual conjuntura do mercado e o quadro legal existente, não prejudicando a adoção de

posições diferentes no futuro, designadamente em virtude de se alterarem as condições subjacentes à presente pronúncia.

II. COMENTÁRIOS GERAIS À PROPOSTA DE REPARTIÇÃO DO FINANCIAMENTO DOS CUSTOS COM A TARIFA SOCIAL

(i) PRESSUPOSTOS DO MODELO DE FINANCIAMENTO DA TS

Previamente aos comentários *infra*, e em linha com a jurisprudência do TJUE (em especial, nos termos do Acórdão do TJUE, de 14 de outubro de 2021, Processo C-683/19), cabe referir que a TS e o seu mecanismo de financiamento *são realidades conceptualmente distintas*. Para tal diferenciação aponta também o Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, quando, no respetivo artigo 199.º, n.º1, dirige expressa alusão à incidência, sobre os sujeitos passivos, dos "*custos da tarifa social e o seu financiamento*".

No que se reporta ao mecanismo de financiamento da TS – ou seja, a contribuição efetuada por cada sujeito passivo, como é o caso dos titulares dos centros electroprodutores – está em causa uma realidade *com natureza tributária*, dado que o legislador se socorre do respetivo poder impositivo para onerar, sem contrapartida, um conjunto de sujeitos passivos em prol do cumprimento de uma obrigação de serviço público essencial (neste caso, o fornecimento de eletricidade).

Estando em causa um tributo que onera os respetivos sujeitos passivos sem qualquer conexão destes últimos ao aproveitamento de serviços públicos, bens de domínio público ou quaisquer realidades análogas, conclui-se mesmo que o mecanismo de financiamento da TS assume a condição de *um imposto*.

Estando em causa um imposto com uma base tributável bastante heterogénea entre os sujeitos passivos (desde titulares dos centros electroprodutores até comercializadores de energia elétrica), existiriam vários fundamentos a recomendar que o financiamento da TS passasse a ter uma dimensão puramente orçamental, ou seja, fosse integral e diretamente coberta com verbas do Orçamento do Estado.

Tal revelar-se-ia mais conducente com a natureza da própria TS – enquanto apoio social que se materializa num desconto – e, bem assim, com o *princípio da transparência orçamental*, tal como resultante do disposto no Artigo 19.º da lei de Enquadramento Orçamental (LEO).

Adicionalmente, este aspeto é claramente reforçado pela ERSE quando – no respetivo "*Estudo sobre o Modelo de Financiamento da Tarifa Social da Eletricidade*", de abril de 2019 – referiu expressamente que:

(i) "*A opção pela utilização de recursos públicos reforça o caráter redistributivo da medida através dos impostos, contribuindo simultaneamente para manter o custo de fornecimento de eletricidade mais próximo do seu custo económico real, e evitando distorções dos sinais económicos enviados pelos preços do fornecimento*"; e

(ii) "*Um financiamento público permite aportar coerência no tratamento do consumidor vulnerável e tratá-lo, quando seja o caso, num contexto de pobreza que nunca é exclusiva (ou principalmente) energética. Refira-se que essa coerência seria maior se, ao contrário do atual desenho do benefício da tarifa social, a medida consistisse de apoios diretos ao consumidor vulnerável, de modo a fazer face aos custos básicos dos serviços públicos essenciais e outros bens de subsistência*".

Nesse sentido, a TrustEnergy entende ou suscita a necessidade de rever o modelo de financiamento da TS, passando este a basear-se numa integral cobertura pelo Orçamento do Estado. A necessidade de considerar esta alternativa é ainda reforçada pelo facto de o atual modelo de financiamento da TS suscitar questões de legalidade e constitucionalidade, conforme se verá adiante.

(ii) A ALOCAÇÃO DA TS POR REFERÊNCIA À POTÊNCIA DE LIGAÇÃO DOS CENTROS ELECTROPRODUTORES E A NECESSIDADE DE CONSIDERAR PERÍODOS DE INATIVIDADE OPERACIONAL

Entende ainda a TrustEnergy que um outro problema resulta diretamente do regime da TS, para o caso concreto dos titulares dos centros electroprodutores, designadamente o que respeita à utilização do critério da "potência de ligação" para o cálculo do montante das contribuições para o financiamento da TS.

Em termos técnicos, a referida potência de ligação corresponde à potência máxima a injetar na rede pelo centro eletroprodutor, tal como fixada no respetivo licenciamento, não tendo necessária correspondência com a respetiva atividade operacional, designadamente sempre que ocorram períodos de inatividade, intermitência ou quebras no respetivo ciclo operativo.

Com efeito em períodos de paragem, devida a avaria de equipamentos, procedimentos de manutenção operação ou outras paragens forçadas, o centro electroprodutor fica impedido de produzir e vender energia e, consequentemente, impedido de auferir receitas dessa atividade, essenciais para o cumprimento da obrigação de financiamento da TS, facto a que parece ser cego o mecanismo de financiamento da TS.

De facto, a adoção de um racional de oneração do financiamento da TS ancorado na "*potência de ligação*", sem que se ponderem períodos comprovados de inatividade prolongada, acaba por revestir

o mecanismo de financiamento da TS de uma base totalmente presuntiva, ao nível da respetiva capacidade contributiva. Nessa medida, a solução em causa poderá padecer de um vício de *inconstitucionalidade material*, por manifesta desadequação face ao princípio da capacidade contributiva, resultante do artigo 13.º da CRP.

Neste sentido, estando o mecanismo de repartição do financiamento da TS dos centros electroprodutores assente na respetiva potência de ligação, o cálculo do custo do financiamento da TS terá de ter em consideração e criar mecanismos de ajustamento ao encargo de financiamento da TS imputável a um centro electroprodutor que seja afetado por períodos relevantes de inatividade ou quebras no respetivo ciclo operativo, de modo a evitar que o financiamento da TS desconsidere de forma patente a capacidade contributiva do produtor.

(iii) A Necessidade de Diferenciação do Mecanismo de Financiamento da TS para Centros Electroprodutores que não Controlam o Despacho da Central

Por outro lado, notamos que o Decreto-Lei n.º 104/2023 estabelece isenções para, entre outros, produtores que beneficiem de regimes de remuneração garantida, nos termos da alínea i) a) do Artigo 199.º-A (*Isenções ao financiamento da tarifa social*).

Esta isenção poderá explicar-se pelo facto da energia que é colocada em mercado pelos produtores que beneficiam de um regime de remuneração garantida não poderem influenciar os preços da eletricidade colocada em mercado, pelo facto de receberem uma remuneração fixa durante um determinado período de tempo, nem tão pouco ter flexibilidade para repercutir o custo adicional incorrido com o financiamento da tarifa social no preço da eletricidade colocada em mercado.

Esta isenção, que não existia enquanto tal na anterior regulação do financiamento da TS (embora, por definição, o financiamento da TS não incidisse sobre estes centros electroprodutores), deveria aplicar-se de igual modo a todos os produtores que, à data de entrada em vigor deste regime, não são responsáveis pela colocação da energia em mercado, seja porque não controlam o despacho das respetivas centrais e, por conseguinte, o volume de produção desse centro electroprodutor, seja porque ao abrigo dos contratos de compra e venda de energia em vigor não dispõem de mecanismo de flexibilidade para repercutir o custo do financiamento da TS.

Deste modo, entende a TrustEnergy que o atual modelo de TS apresenta um problema particularmente oneroso para os sujeitos passivos do seu mecanismo de financiamento que não tenham qualquer tipo de capacidade de repercussão do valor da TS, originando uma situação manifestamente desproporcional que potencia situações de distorção de concorrência.

Em conformidade, entende a TrustEnergy que semelhante solução, que tem por base uma total indiferenciação face à posição de todo e qualquer titular de centros electroprodutores, padece de vícios de *inconstitucionalidade material*, por violação dos princípios da tutela da confiança e da proporcionalidade, resultantes dos artigos 2.º e 18.º, n.º2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), respetivamente

Assim, os produtores que não controlam o despacho da eletricidade ou a fixação do preço de colocação da energia em mercado deveriam também ser isentos do custo de financiamento da TS.

III. COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS À PROPOSTA DE REPARTIÇÃO DO FINANCIAMENTO DOS CUSTOS COM A TARIFA SOCIAL, RESPEITANTES AO PERÍODO DE 18 DE NOVEMBRO A 31 DE DEZEMBRO DE 2023 E AO ANO DE 2024

Sem prejuízo dos comentários gerais efetuados acima, efetuamos abaixo comentários à redação atual da Repartição do financiamento dos custos com a tarifa social ("**Proposta de Repartição do Financiamento**"):

Consideramos que os valores das repartições a constar nesta diretiva devam ser obtidos a partir da informação a prestar pelos produtores, em resultado da implementação da "Diretiva N.º NN/2024 - Procedimentos de operacionalização do financiamento dos custos com a tarifa social".

Assim, entendemos que a publicação da "Diretiva N.º NN/2024 - Repartição do financiamento dos custos com a tarifa social, respeitantes ao período de 18 de novembro a 31 de dezembro de 2023 e ao ano de 2024" será em momento posterior ao da "Diretiva N.º NN/2024 - Procedimentos de operacionalização do financiamento dos custos com a tarifa social".

IV. COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS À PROPOSTA DE PROCEDIMENTOS DE OPERACIONALIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO DOS CUSTOS COM A TARIFA SOCIAL

Sem prejuízo dos comentários gerais efetuados acima, efetuamos abaixo comentários à redação atual da Proposta de Operacionalização do Financiamento dos Custos com a Tarifa Social ("**Proposta de Operacionalização**"):

(i) PRAZO PARA PAGAMENTO

O Artigo 3.º (*Prazo de pagamento e garantias*) da Proposta de Operacionalização propõe que todos os agentes financiadores da TS dispõem de um prazo de 10 dias corridos, contados da data de emissão e apresentação da fatura, para a sua respetiva liquidação ao Gestor Global do Sistema ("**GGS**").

Sem prejuízo dos nossos comentários supra, julgamos que o prazo de pagamento de 10 dias corridos é pouco razoável e não se encontra alinhado com as práticas de mercado.

Desde logo, por motivos de ordem prática, em particular de recursos e de contabilidade interna, poderá este prazo não ser suficiente para efeitos de verificação da fatura mensal e de mobilização dos recursos humanos necessários para o pagamento, em particular em caso de férias, feriados sucessivos e/ou pontes.

Por outro lado, notamos que, anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 104/2023, o prazo de pagamento dos produtores financiadores da TS era de 30 dias, conforme consta das respetivas faturas.

Também damos nota de que o Artigo 297.º (*Modo, meios e prazo de pagamento*) do Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás determina que o prazo geral para prazo de pagamento das faturas entre agentes é de 20 dias a contar da data de apresentação da fatura. Os 20 dias são úteis, aplicando-se, naturalmente o disposto no Código de Procedimento Administrativo.

Como tal, sugerimos que este prazo previsto na Proposta de Operacionalização seja revisto em conformidade com os prazos supra referidos.

Este ponto tem particular relevância tendo em conta que o não pagamento dos valores faturados no prazo proposto constitui o agente devedor em dívida não regularizada, e podendo o GGS utilizar a garantia prestada ao GGS pelo produtor, no âmbito do regime de riscos e garantias aprovado pela Diretiva n.º 7/2021, de 21 de abril, na sua redação atual, como veremos abaixo.

(ii) ONERAÇÃO DO PRODUTOR COM GARANTIA DO REGIME DE RISCOS E GARANTIAS

Conforme supra referido, o n.º 4 do Artigo 3.º (Prazo de pagamento e garantias) da Proposta de Operacionalização determina que "*Para garantia do cumprimento das obrigações associadas ao financiamento dos custos da tarifa social, os agentes financiadores constituem garantia nos termos do regime de riscos e garantias aprovado pela Diretiva n.º 7/2021, de 15 de abril, na sua redação em vigor, sendo a garantia utilizada sempre que necessário e nos moldes aí previstos*".

Parece-nos claramente excessivo que se considere a possibilidade de exigir a prestação de uma garantia para o financiamento da TS quando, em primeiro lugar, não existe qualquer previsão no regime legal do financiamento da TS neste sentido (i.e., no próprio do Decreto-Lei n.º 104/2023), e, desde a criação do modelo de financiamento da TS em 2014 tal exigência nunca existiu.

A tentativa de alargar o âmbito da Diretiva ERSE n.º 7/2021, de 15 de abril, que aprova o Regime de gestão de riscos e garantias no Sistema Elétrico Nacional ao cumprimento da obrigação da obrigação

de financiamento da TS extravasa claramente o âmbito e objetivo daquela Diretiva. Note-se que, nos termos do Artigo 4.º (Exigibilidade de garantias) da Diretiva supra referida, a garantia apenas pode ser exigível "*aos agentes de mercado para assegurar o cumprimento das obrigações, mitigando riscos comerciais respeitantes a: a) Responsabilidades decorrentes da celebração e operacionalização de contratos de uso das redes com operadores de rede; b) Responsabilidades decorrentes da celebração e operacionalização de contratos celebrados no âmbito da adesão ao mercado de serviços de sistema no SEN e gestão técnica global no SNG; c) Responsabilidades decorrentes da celebração e operacionalização de contratos de uso das infraestruturas do SNG com os respetivos operadores*".

Acresce que a prestação de garantias para garantir o cumprimento de uma obrigação tributária contraria o princípio geral subjacente à obrigação de pagamento de qualquer tributo. Veja-se a título de exemplo, a obrigação do pagamento da CESE que não traz associada a prestação de uma garantia.

Esta tentativa de imposição da prestação de garantia bancária, cria um custo adicional para os agentes do setor, que não tem, como se viu acima, qualquer paralelismo com o sistema de gestão de riscos do SEN, com o regime geral de prestação de garantias para cumprimento de obrigações tributárias e revela-se por isso completamente desadequado e injustificado, tanto mais que não existe evidência de qualquer incumprimento desta obrigação desde a criação do modelo de financiamento TS.

(iii) DEVERES DE REPORTE DOS AGENTES FINANCIADORES DE PRODUÇÃO

O n.º 1 do Artigo 5.º (*Deveres de reporte dos agentes financiadores da produção*) determina uma primeira obrigação de reporte até 15 dias contados da entrada em vigor das regras, nos termos definidos no Anexo I.2. Da análise do Anexo I.2. decorre que esta obrigação é estendida a todos os produtores incluindo aqueles que se encontram isentos à data de entrada em vigor das regras.

No n.º 2 do Artigo, é determinado que este dever de informação ocorre igualmente sempre e quando ocorra a alteração de, pelo menos, um dos itens de informação constantes do Anexo I.2 – nomeadamente a Data (em ano e mês) em que termina o regime de remuneração garantida ou bonificado, nos termos do nº 1 do artigo 199º-A do DL nº 104/2023 de 17 de novembro.

Ora, para alguns centros electroprodutores que beneficiam de remuneração garantida, a data de termo pode ser móvel na medida em que a mesma dependerá de se atingir um máximo de 15 anos ou um limite de produção equivalente a 33GWh/MW.

No sentido de evitar obrigações de reporte desnecessárias, sugere-se que para estes casos, em que a data de termo não se encontra pré-determinada, a obrigação de reporte de alterações para os produtores seja limitada apenas ao mês em que se verifica que tal limite seja atingido – à semelhança do que se depreende ocorrerá para aqueles em que a data se encontra fixa e pré-estabelecida.

(iv) CRITÉRIOS DE CERTIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Nos termos dos n.º 2 e n.º 3 do Artigo 7.º da Proposta de Operacionalização (*Critérios de certificação da informação*), determina-se que o produtor deverá acompanhar a informação reportada ao GGS que permite aferir o cumprimento da sua isenção de financiamento da tarifa social por uma certificação ou declaração emitida por um Revisor Oficial de Contas (ROC), que ateste a situação da empresa para o cumprimento desses critérios, designadamente a potência e o regime remuneratório para avaliar as isenções, ou declaração por contabilista certificado, no caso de produtores que não estejam obrigados a possuir um ROC para efetuar a certificação legal de contas.

No caso dos produtores, os elementos relevantes para aferir os critérios do financiamento da TS decorrem das licenças atribuídas pela Direção-Geral de Energia e Geologia ou informação disponibilizada pelo Operador da Rede de Distribuição. Nesse sentido, considera-se que a declaração emitida por ROC ou contabilista certificado não tem qualquer pertinência no que respeita aos produtores, devendo ser limitada à informação disponibilizada pelos comercializadores ou agentes de mercado, cuja informação relevante engloba faturação emitida, e que, nessa medida poderá ser validada por ROC ou contabilista certificado.

O n.º 4 do mesmo Artigo determina ainda que o relatório deve incluir o quadro dos valores reais reportados ao GGS referentes ao ano a que respeita a auditoria, com desagregação mensal, de acordo com os formatos definidos no regulamento.

No que respeita ao n.º 4, sugere-se que seja clarificado que elementos se pretendem que sejam discriminados com desagregação mensal, e que, no nosso entendimento, considerando as obrigações de reporte impostas aos produtores na Tabela 2, apenas poderão referir-se eventualmente a alterações na potência instalada aparente e/ou na potência de ligação aparente.

Recomenda-se igualmente que seja clarificada a regularidade de envio do relatório de auditoria, que no nosso entendimento, para os produtores, apenas seria devido no momento do primeiro reporte e posteriormente apenas se e quando se venham a verificar alterações.

(v) FATURAÇÃO DOS CUSTOS DA TARIFA SOCIAL REFERENTES A 2023 E A 2024

O Artigo 9º (*Faturação dos custos da tarifa social referentes a 2023 e a 2024*) da Proposta de Operacionalização determina que os custos da tarifa social referentes ao período entre 18 de novembro e 31 de dezembro de 2023 são faturados aos agentes financiadores, acrescidos dos juros referentes ao ano de 2023.

Determina-se assim a aplicação de uma taxa de juro anual de 4,378% aos valores de 2023, taxa essa calculada de acordo com o estabelecido no Regulamento Tarifário do Sector Elétrico.

Considerando que só após a publicação e entrada em vigor da Diretiva serão faturados os custos da tarifa social referentes ao período entre 18 de novembro e 31 de dezembro de 2023 e, como tal, apenas nessa altura se tornarão devidos os valores referentes a 2023, não existe qualquer atraso de pagamento que possa justificar a aplicação de uma taxa de juro.

(vi) REGIME SANCIONATÓRIO

Notamos que o Artigo 8.º (*Regime Sancionatório*) da Proposta de Operacionalização determina, no primeiro parágrafo, que a violação das disposições estabelecidas na Diretiva constitui contraordenação, punível nos termos do Regime Sancionatório do Setor Energético.

Tendo em consideração que são aplicáveis ao processo de contraordenação os princípios da legalidade e da tipicidade, que decorrem do artigo 29.º, n.º s 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa, a formulação normativa constante deste preceito poderá levantar questões de conformidade com a Constituição, sobretudo porque poderá não ser possível retirar da letra da lei, diretamente, quais os atos ou omissões que determinam responsabilidade contraordenacional e as suas consequências.