

Servulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

PARECER JURÍDICO

**SOBRE O MECANISMO REGULADO DE VENDA DE GÁS PREFIGURADO NAS
«MEDIDAS EXTRAORDINÁRIAS NO ÂMBITO DO SISTEMA NACIONAL DO GÁS
(SNG)» SUBMETIDAS A CONSULTA PÚBLICA PELA ERSE**

Abril de 2022



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

SUMÁRIO EXECUTIVO

- I. Apesar de associados a algumas condicionantes e salvaguardas jurídico-públicas legalmente estabelecidas com o quadro legislativo aprovado em 2006, os contratos de aprovisionamento a longo prazo historicamente titulados pela TRANSGÁS, S.A., hoje GGN, S.A., moveram-se definitivamente, a partir de 1 de janeiro de 2007, para o âmbito da esfera de disponibilidade jurídico-privada desta empresa enquanto comercializador livre no âmbito do SNG.

- II. A evolução legislativa subsequente veio reforçar, sobretudo a partir de 2012, que apenas na condição de poderem servir como fonte (alternativa) de fornecimento dos comercializadores de último recurso, é que sobre esses contratos incide – indiretamente – uma vera *obrigação de serviço público*; mas o diminuto peso dos consumidores situados na fileira dos comercializadores de último recurso no mercado (representativos de 2% dos consumos) revela ter essa adstrição um papel residual no âmbito do SNG.

- III. Não é juridicamente viável que a instituição do mecanismo regulado de venda de gás por parte da GGN, S.A. projetado na *Consulta* se venha a processar por via de uma simples *execução* do disposto no artigo 268.º do RRC/2020, já que:
 - (i) Nos termos atualmente vigentes na ordem jurídica portuguesa, o acionamento do mecanismo de leilão disciplinado pelo artigo 268.º do RRC/2020 postula necessariamente a prossecução de um específico fim de interesse público, traduzido na promoção do objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás;
 - (ii) Manifesta e assumidamente, porém, são outros os propósitos subjacentes ao mecanismo de leilão projetado pela ERSE na *Consulta* – em síntese, a mitigação dos impactos associados à subida dos preços no mercado grossista, em particular a eventual perda de consumos;
 - (iii) Semelhante descoincidência entre o *fim legal* subjacente ao mecanismo de leilão previsto no artigo 268.º do RRC/2020 e o *fim real* subjacente ao mecanismo de leilão projetado na *Consulta* viciaria deste modo de *desvio de poder*, tornando ilegais e



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

inválidos todos os atos que a ERSE viesse a adotar em execução daquele preceito regulamentar.

- IV. Não é juridicamente viável que a instituição do mecanismo regulado de venda de gás projetado na *Consulta* se venha a processar por via de mera intervenção regulamentar da ERSE sobre o RRC, já que:
- (i) Os termos da possível realização de leilões de venda de gás por parte da GGN, S.A., na qualidade de comercializador do SNG, encontram-se já parcialmente regulados por via legislativa, estando desse modo fora da disponibilidade da ERSE derrogar ou contrariar o pressuposto finalístico imperativamente estabelecido por lei: o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás;
 - (ii) Donde, quaisquer normas que viessem a ser inscritas no RRC com o alcance de enquadrar a realização de leilões que se não orientassem à prossecução desse objetivo resultariam também viciadas de *desvio de poder*, sendo assim ilegais e inválidas.
- V. Quaisquer eventuais normas legislativas (e/ou regulamentares) enquadradoras de um mecanismo de leilão do tipo do projetado na *Consulta* seriam restritivas de direitos fundamentais da GGN, S.A.; em concreto:
- (i) Restringiriam o direito fundamental de propriedade privada desta empresa, amputando em especial o *direito a não ser privada* e o *direito a não transmitir bens* – o gás adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento de longo prazo – de que é titular;
 - (ii) Restringiriam igualmente os direitos fundamentais à livre iniciativa económica privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto protetores da liberdade contratual, amputando por completo a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação em relação às quantidades de gás submetidas a leilão.
- VI. Essas normas seriam materialmente inconstitucionais, por violação:
- (i) Do princípio da tutela da confiança, (i) por contrariarem a «situação de confiança» gerada na esfera da GGN, S.A. de que o gás adquirido ao abrigo dos contratos de



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- aprovisionamento de longo prazo de que é titular só serve substancialmente, em termos de obrigações de serviço público, a garantia de fornecimento dos comercializadores de último recurso, (ii) por essa situação de confiança ter por base consistentes comportamentos do legislador e, também, do regulador, (iii) por essa situação de confiança alavancar legitimamente compromissos contratuais da GGN, S.A. quanto ao destino de partes significativas do gás adquirido ao abrigo desses contratos, e (iv) por não se divisarem estruturais razões de interesse público suficientes para *derrotar* essa situação de confiança;
- (ii) Do princípio da igualdade, (i) por assentarem no pressuposto não legítimo de que a GGN, S.A., na qualidade de titular de contratos de aprovisionamento de longo prazo, se situa num plano qualitativamente distinto dos demais operadores do mercado nacional de gás, (ii) por implicarem uma não justificada oneração exclusiva da GGN, S.A. em face de outros operadores que são também titulares de contratos de aprovisionamento de longo prazo, e (iii) por, se acaso se fundassem na estrita circunstância de ser a GGN, S.A. a empresa com maior quota no mercado nacional, novamente assentariam num pressuposto ilegítimo num contexto de mercado livre e em livre concorrência entre operadores;
- (iii) Do princípio da proporcionalidade, (i) por, em parte, poderem conduzir a resultados contrários ao propósito de garantir a manutenção da diversidade concorrencial no mercado nacional, (ii) por, noutra parte, não se encontrar demonstrado que o mecanismo excecional já em vigor de alargamento do acesso ao regime de fornecimento contínuo não acautelou já devidamente a potencial perda de consumos originada pela subida de preços no mercado grossista, e (iii) por, derradeiramente, as vantagens potencialmente prosseguidas com o mecanismo de leilão projetado pela *Consulta* corresponderem, tão-somente, ao acautelar de riscos ainda não factualmente verificados no mercado nacional de gás.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

CONSULTA

I. Prosseguindo em parte os propósitos já subjacentes ao “desenvolvimento regulamentar extraordinário” que se traduziu na aprovação do Regulamento n.º 951/2021, de 2 de novembro, que aprovou *medidas excecionais no âmbito do Sistema Elétrico Nacional e do Sistema Nacional de Gás*¹, a ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS (ERSE) submeteu a Consulta Pública, no passado dia 8 de março, um documento contendo a proposta de aprovação de «*Medidas extraordinárias no âmbito do Sistema Nacional do Gás (SNG)*»² – doravante, ‘*Consulta*’.

Partindo com efeito do triplo reconhecimento de que (i) “o funcionamento dos mercados dos mercados grossistas de eletricidade e de gás natural é, no atual contexto nacional, ibérico e europeu, fortemente impactado pela ocorrência reiterada de preços historicamente elevados”, exponenciada pela mais recente “escalada de preços” decorrente da guerra na Ucrânia, por um lado, (ii) de que esta conjuntura de preços grossistas tem inevitavelmente “repercussões no funcionamento de todo o mercado de energia, afetando operadores económicos que atuam na comercialização e, necessariamente, clientes finais do fornecimento de energia”, por outro, assim como, ainda, da (iii) “inexistência ou caráter muito limitado de ferramentas que permitam aos agentes de mercado enquadrar a volatilidade e os níveis de preço registados nos mercados grossistas”, a ERSE submeteu a consulta a proposta de um conjunto de medidas “adicionais” em relação às já determinadas no final do ano passado, com elas visando globalmente “melhor enquadrar a atual circunstância do mercado de gás natural, potenciando o seu funcionamento em condições de maior estabilidade e menores riscos operacionais e sistémicos”³.

II. Neste quadro, e por entre outros objetivos específicos, a ERSE pretende garantir o funcionamento de um “mecanismo de provisionamento de gás natural aberto, que beneficie a globalidade do mercado da previsibilidade contratual que é conferida pelos contratos de

¹Das quais apenas a relativa ao regime de excecional de «*fornecimento supletivo*», inscrito na Secção II, se aplica ao sector do gás natural. Inicialmente previsto para vigorar até 31.03.2022, tal regime foi entretanto objeto de prorrogação por mais 3 meses, por força da Diretiva da ERSE n.º 5/2022, de 31.03.2022, mantendo-se assim em vigor até ao dia 30.06.2022.

²Consulta Pública n.º 107, disponível em www.erse.pt.

³Cfr. a *Consulta*, pp. 1-2.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

aprovisionamento que se encontram num contexto indiretamente regulado”. Daí que uma das medidas projetadas na *Consulta* se traduza no estabelecimento de um «*mecanismo regulado de venda de gás*», a concretizar através do “mecanismo de leilão” previsto no artigo 268.º do Regulamento das Relações Comerciais (“RRC”)⁴. E isto porque, aduz a ERSE: (i) “nas atuais circunstâncias de mercado existe evidência de uma maior exposição dos agentes de mercado, em particular dos agentes de menor dimensão e/ou sem presença direta no aprovisionamento de gás natural, a uma elevada volatilidade e imprevisibilidade de condições e preços de mercado”; (ii) talqualmente previsto no atual RRC, o leilão visaria “efetuar uma partilha de riscos e benefícios entre o titular dos contratos de longo prazo do comercializador do SNG e o próprio SNG”; e (iii) “os contratos em causa beneficiam de uma condição de maior previsibilidade de condições de preço e, tendo mecanismos de alisamento inter-temporal, de menor volatilidade”⁵.

Nestes termos, e pese embora chegue a equacionar a “cativação antecipada de volumes no âmbito de fornecimentos supletivos preventivos”, a proposta da ERSE parece avançar no sentido de o mecanismo de leilão se vir a traduzir na “libertação de volumes de gás” contratados através dos contratos de longo prazo titulados pelo comercializador do SNG. Isto é, o que se projeta é colocar em mercado regulado, através de um mecanismo competitivo, a “parte daqueles contratos não diretamente adstrita ao aprovisionamento dos comercializadores de último recurso”⁶.

A concretização deste mecanismo de leilão comportaria, de acordo com a ERSE, duas principais vantagens: (i) *primo*, a mitigação dos “riscos de redução de consumos de gás natural (como resposta direta ao sinal de preço)”; (ii) *secundo*, a potencial “diversificação das condições de aprovisionamento em preço e, conseqüentemente, a mitigação, mesmo que parcial, dos riscos de insolvência de comercializadores”. Acessoriamente, a concretização deste mecanismo permitiria ainda “aumentar a liquidez das transações no [Mercado Organizado de Gás], que é negativamente afetada pelo nível dos atuais preços”⁷.

Para além da necessidade de precaver — legislativamente — a isenção de aplicação da contribuição extraordinária sobre o setor energético (CESE) em relação aos volumes que

⁴ Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás, aprovado pelo Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro de 2020.

⁵ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

⁶ Cfr. a *Consulta*, p. 6.

⁷ Cfr. a *Consulta*, p. 7.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

viesses a ser transacionados através deste mecanismo⁸, a ERSE assume que a sua instituição depende da “definição de regras específicas a aprovar pela ERSE nos termos do RRC, sendo definido um preço de reserva (preço mínimo) que ajustaria para um preço resultante das ofertas colocadas pelos agentes de mercado (comercializadores ou clientes finais) para compra de volume de gás natural”⁹. Em qualquer caso, não deixa de antecipar as várias possibilidades a respeito das condições de participação no leilão: (i) admitir como compradores apenas os comercializadores de gás natural (com eventuais restrições associadas à quota de mercado respetiva); (ii) admitir como compradores apenas consumidores finais (constituídos como agentes de mercado ou em regime híbrido a definir), destinando-se os volumes adquiridos apenas e só a consumos próprios; ou (iii) admitir como compradores – *i.e.*, como participantes no leilão – quer comercializadores, quer consumidores finais¹⁰.

III. É sobre a viabilidade jurídica da instituição deste mecanismo de leilão, nos termos em que ele surge prospectivamente equacionado no âmbito da *Consulta* promovida pela ERSE, que somos consultados pela GALP GÁS NATURAL, S.A. (‘GGN, S.A.’) – empresa titular dos referidos “contratos de aprovisionamento de gás a longo prazo”.

Assim colocada, a *Consulta* obriga a que, como premissas, se fixem: (i) primeiro, as coordenadas essenciais em relação à posição da GGN, S.A. no contexto do SNG e, muito em particular, ao estatuto e às situações jurídicas associadas aos contratos de aprovisionamento de gás a longo prazo de que é titular (1.1); (ii) depois, os traços nucleares do regime dos *leilões* de venda de gás atualmente previstos na lei e regulamentados no RRC (1.2). E é a partir daí que se avaliarão, sob o ponto de vista da sua conformidade legal e da sua admissibilidade jurídico-constitucional, os dois cenários potenciais em que a ERSE pode vir a concretizar o mecanismo de leilão que projeta, quais sejam: (i) a hipótese em que a sua instituição se faça à margem de qualquer alteração legislativa, seja em direta execução do disposto no atual artigo 268.º do RRC, seja só através e depois da aprovação, pela ERSE, de alterações ou aditamentos ao RRC (2.1); e (ii) a hipótese em que a sua instituição se processe ao abrigo de (novas) normas legislativas enquadradoras aprovadas para o efeito (2.2).

⁸ Cfr. a *Consulta*, p. 6.

⁹ Cfr. a *Consulta*, p. 7.

¹⁰ Cfr. a *Consulta*, p. 7.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

PLANO

§1.º Enquadramento

- 1.1 Os contratos de aprovisionamento de longo prazo no âmbito do SNG
 - 1.1.1 Da concessão de serviço público à liberalização
 - 1.1.2 Evolução posterior
- 1.2 Os leilões de venda de gás
 - 1.2.1 De 2006 a 2012
 - 1.2.2 A partir de 2012

§2.º Análise

- 2.1 À luz do atual quadro legislativo
 - 2.1.1 A via da *execução* do atual artigo 268.º do RRC
 - 2.1.2 A via da alteração do RRC pela ERSE
- 2.2 A eventual alteração do atual quadro legislativo
 - 2.2.1 Ponto de ordem
 - 2.2.2 Restrição a direitos fundamentais da GGN, S.A.
 - a) Propriedade privada
 - b) Liberdade contratual
 - 2.2.3 Violação de princípios estruturantes
 - a) Tutela da confiança
 - b) Igualdade
 - c) Proporcionalidade



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§1.º

ENQUADRAMENTO

1.1 Os contratos de aprovisionamento de longo prazo no âmbito do SNG

1.1.1 Da concessão de serviço público à liberalização

1. É um dado adquirido que, já desde há várias décadas, e muito por ação dos objetivos de garantia do mercado interno no seio da União Europeia, o panorama tradicional da estadualização e publicização de uma vasta gama dos antigos *serviços públicos* se inverteu. Isto é, “o monopólio público deu lugar à liberdade de empresa e a gestão pública em regime de privilégio transformou-se numa gestão sujeita ao Direito Comum”¹¹. E que tal se passou a respeito das – diversas – atividades associadas ao *gás natural*, e que se passou também no contexto português, justamente em linha com a evolução regulatória do Direito da União Europeia, eis outro dado adquirido e, entre nós, bem documentado¹².

Não é necessário proceder, no presente Parecer, à recuperação exaustiva dessa evolução. Mas alguns pontos merecem, em todo o caso, ser destacados, sobretudo da ótica da colocação dos “contratos de aprovisionamento de longo prazo”, hoje titulados pela GGN, S.A., no contexto do SNG.

Para o efeito, cumpre ter presente dois dados de partida, assumidos pela ERSE na *Consulta*: os de que tais contratos (i) se situam “no perímetro do comercializador do SNG”¹³ e, simultaneamente, (ii) se encontram “num contexto indiretamente regulado, incluindo neste contexto a estrutura e obrigações dos comercializadores de último recurso e a obrigação de

¹¹ Cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 300.

¹² Panoramicamente sobre a evolução regulatória europeia e nacional do sector do gás natural, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 141 e ss.; L. VILHENA DE FREITAS, *Direito Administrativo da Energia*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 252 e ss.; J. MIRANDA, ‘O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional’, in *Temas de Direito da Energia/Cadernos O Direito n.º 3*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 119 e ss.; M. APOLINÁRIO, ‘A regulação do sector do gás natural em Portugal: presente e futuro’, in *EH Carlos Ferreira de Almeida*, I, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 231 e ss.; P. MELO, ‘Subsídios para a compreensão do actual enquadramento legislativo do sector do gás natural em Portugal’, in *Estudos sobre Energia: Petróleo e Gás Natural*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 73 e ss.; M. FERREIRA DE OLIVEIRA, ‘O mercado de gás natural: desafios e oportunidades para a Europa e para Portugal’, *Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors* 22 (2008), pp. 91-96; F. MATIAS SANTOS, ‘O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural’, *Revista da Concorrência e Regulação* 18 (2014), pp. 89 e ss.

¹³ Cfr. a *Consulta*, p. 5.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

fornecimento supletivo a que estão vinculados”¹⁴. Estas duas asserções precisam de ser devidamente enquadradas.

2. É bem sabido que, no quadro de processo de introdução do gás natural em território nacional, e tendo em vista as suas “qualidades endógenas e as suas inegáveis potencialidades para o desenvolvimento da indústria nacional”, as atividades do sector do gás natural começaram por ser legalmente qualificadas como verdadeiros “serviços públicos”, submetendo-se não obstante o respetivo exercício ao modelo “mais dinâmico e profícuo” da concessão¹⁵.

Nessa linha, seria em outubro de 1993 que o Estado celebraria com a então TRANSGÁS – SOCIEDADE PORTUGUESA DE GÁS NATURAL, S.A., sociedade formada por um consórcio então liderado pela GDP – GÁS DE PORTUGAL, S.A., um contrato de “concessão do serviço público de gás natural e do seu transporte e fornecimento através da rede de alta pressão”, tendo por objeto: (i) o aprovisionamento de gás natural, no estado gasoso (GN) ou líquido (GNL), e a sua colocação em território nacional; (ii) a receção, armazenagem, tratamento e regaseificação de GNL; e (iii) o transporte, armazenagem e fornecimento de GN em alta pressão. Em concreto quanto ao *aprovisionamento*, por ele se pressupunha que “a concessionária assegur[asse] a aquisição de gás natural, no estado gasoso ou líquido, e o seu transporte até ao território nacional, respetivamente, através da ligação do gasoduto a redes de transporte situadas em países terceiros ou por via marítima”¹⁶.

Significa isto que, a partir dessa data, e sem prejuízo do papel confiado às distribuidoras regionais responsáveis pelo fornecimento de gás natural aos segmentos de consumo abastecidos em baixa pressão¹⁷, as principais atividades do sector do gás natural eram exercidas em regime de serviço público e em exclusivo pela TRANSGÁS. E foi justamente nesse âmbito que nos anos seguintes foram celebrados, por esta empresa, quatro contratos de aprovisionamento a longo prazo e em regime de *take or pay*¹⁸, dois dos quais ainda em vigor:

¹⁴ Cfr. a *Consulta*, pp. 2-3.

¹⁵ Cfr. o Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de outubro.

¹⁶ Cfr. a Base I das *Bases* aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 274-C/93, de 4 de agosto.

¹⁷ Cfr., a esse propósito, P. PORTUGAL GASPAR, ‘As concessões de gás natural – em especial, a actividade de distribuição regional’, *RJUA* 15 (2001), pp. 215-257.

¹⁸ Muito tradicionais nos contratos de fornecimento de gás natural, as cláusulas *take or pay* consistem num dispositivo contratual que obriga o comprador a pagar uma certa quantidade mínima de gás natural, quer



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- (i) Contrato de fornecimento de GN com origem na Argélia, celebrado em 16.04.1994 e válido até 2020, de aprovisionamento através da ligação entre a Rede Nacional de Transporte de Gás Natural e as redes fora do território nacional;
- (ii) Contrato de fornecimento de GNL com origem na Nigéria, celebrado em 1998 e válido até 2020, de aprovisionamento através do terminal de receção, armazenagem e regaseificação de GNL;
- (iii) Contrato de fornecimento de GNL com origem na Nigéria, celebrado em 17.06.1999 e válido até 2023, de aprovisionamento através do terminal de receção, armazenagem e regaseificação de GNL;
- (iv) Contrato de fornecimento de GNL com origem na Nigéria, celebrado em fevereiro de 2002 e válido até 2025/6, de aprovisionamento através do terminal de receção, armazenagem e regaseificação de GNL.

Sendo que, nos termos do contrato de concessão celebrado em 1993, não restavam dúvidas de que as “situações jurídicas diretamente relacionadas com a concessão, nomeadamente (...) de aprovisionamento de GN ou GNL e fornecimento de GN e ainda os direitos de transporte através de redes situadas em países terceiros ou por via marítima” correspondiam a bens afetos a essa concessão¹⁹. E na medida em que a empresa titular da concessão — a TRANSGÁS, S.A. — era, à data, uma sociedade indiretamente detida a título maioritário pelo Estado, através da então GDP — GÁS DE PORTUGAL, S.A., sendo esta última uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, pode dizer-se que os referidos contratos de fornecimento a longo prazo se situavam, integralmente, na esfera do «sector público». É que, sendo concedente e simultaneamente titular (indireto) da concessionária, o Estado detinha “um duplo título de intervenção ou de ingerência: ao que resulta[va] da relação de concessão, acres[cia] o que deriva[va] da titularidade do capital social (relação interna, de direito privado)”²⁰.

consoma ou não a totalidade dessa quantidade mínima no período estipulado. Sobre esta técnica contratual, cfr., v.g., S. MASTEN/K. CROCKER, ‘Efficient adaptation in long-terms contracts: take-or-pay provisions for natural gas’, *The American Economic Review* 75/5 (1985), pp. 1083-1093.

¹⁹ Cfr. a Base VIII/2, d) das Bases aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 274-C/93, de 4 de agosto.

²⁰ Assim, sobre as hipóteses de aplicação da concessão de serviços públicos entre entidades públicas e entidades formalmente privadas mas publicamente dominadas, cfr. P. COSTA GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 137.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

3. Iniciado em 1999, decorreria entretanto nos anos seguintes o processo de (re)privatização da entretanto constituída GALP – PETRÓLEOS E GÁS DE PORTUGAL, SGPS, S.A., depois GALP ENERGIA, SGPS, S.A., detentora da TRANSGÁS, S.A., e do qual resultou ter deixado o Estado de ser o acionista maioritário da GALP ENERGIA e, assim, o detentor indireto da TRANSGÁS. Donde, por consequência, também os referidos contratos de aprovisionamento de longo prazo – *rectius*, as situações jurídicas deles emergentes – abandonaram, em termos de titularidade, a esfera do sector público. Há já quase duas décadas, por conseguinte, que tais contratos e as correspondentes situações jurídicas são titulados por uma empresa não apenas formal, mas sobretudo *substancialmente* privada: atualmente, a GGN, S.A.

4. Mais relevante, contudo, é atender ao verdadeiro *paradigm shift* de que o sector foi objeto a partir de 2006, traduzido, por força das obrigações emergentes do Direito da União Europeia²¹, no *unbundling* das várias atividades gasistas e, sobretudo, na efetiva *liberalização* da atividade de comercialização de gás natural. Eis o saldo fundamental dos sucessivos Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro, que aprovou as bases gerais da organização e do funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), e Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, que as desenvolveu.

Com efeito, o referido quadro normativo veio determinar a diferenciação das atividades gasistas não apenas quanto à *titularidade* do seu exercício, mas também quanto ao respetivo *regime* de exercício. Ou seja, ao passo que as atividades receção, armazenamento e regaseificação de GNL, de armazenamento subterrâneo, de transporte e de distribuição de gás natural, por consubstanciarem, nalguns casos, indústrias de rede com características de monopólio natural, e por deterem, em todos os casos, importância vital para o desenvolvimento do mercado de gás natural, se mantiveram submetidas a um regime de *serviço público*, titulado (em regra) por *concessão*, já a atividade de comercialização transitou para um regime de *live iniciativa económica privada e de livre concorrência*, sem prejuízo da

²¹ Inscritas, à época, na Diretiva 2003/55/CE, de 26 de junho de 2003, posteriormente substituída pela Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho de 2009, por último alterada pela Diretiva (UE) 2019/692, de 17 de abril de 2019.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

respetiva sujeição ao controlo prévio da Administração, por via da obrigatoriedade de obtenção de uma *licença*²².

Não obstante, no âmbito da atividade de comercialização — traduzida na “compra e venda de gás natural, para comercialização a clientes finais ou outros agentes”²³ —, o legislador de 2006 destacou o caso particular de dois tipos de operadores ou agentes:

- (i) Em primeiro lugar, foi consagrada a figura do *comercializador de último recurso*, com vista a assumir o papel de garante do fornecimento de gás natural aos consumidores nacionais (incluindo os consumidores mais frágeis) que não mudassem para um comercializador em regime de mercado e a preços livres, em condições de regularidade, continuidade e de qualidade de serviço. Razão pela qual, de resto, o exercício dessa função foi titulado por uma licença de comercialização sujeita a *obrigações de serviço público* atribuída a uma sociedade detida pela TRANSGÁS, encontrando-se, enquanto tal, submetida aos poderes de regulação sectorial, incluindo em matéria tarifária, legalmente conferidos à ERSE²⁴.
- (ii) Em segundo lugar, foram preservadas algumas situações jurídicas previamente cometidas à então TRANSGÁS relativamente à antiga atividade de “aprovisionamento” de gás natural. Assim, o legislador de 2006 começa por estabelecer que se “mantêm na titularidade da TRANSGÁS os contratos de aprovisionamento de gás natural de longo prazo e em regime de *take or pay*”, determinando que, “a partir de 1 de janeiro de 2007, a TRANSGÁS passa a exercer, em regime de licença, a atividade de comercialização de gás natural em regime

²² Cfr., designadamente, os artigos 4.º, n.º 4 (“o exercício da atividade de comercialização de gás natural processa-se em regime de livre concorrência”) e 37.º, n.º 1 (“o exercício da atividade de comercialização de gás natural é livre, ficando sujeito a licença”) do Decreto-Lei n.º 30/2006, assim como o artigo 32.º, n.º 2 (“a atividade de comercialização de gás natural é exercida em livre concorrência, ficando sujeita ao regime de licença”) do Decreto-Lei n.º 140/2006.

²³ Cfr. o artigo 37.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 30/2006.

²⁴ Cfr. os artigos 4.º, n.º 6, 40.º e 51.º do Decreto-Lei n.º 30/2006 e os artigos 32.º, n.º 4 e 40.º do Decreto-Lei n.º 140/2006. Note-se que, apesar de à época esses diplomas não procederem, explicitamente, a essa diferenciação, era já possível extrair das respetivas disposições a existência de duas categorias de comercializadores de último recurso: (i) de um lado, o designado *comercializador de último recurso grossista*, incumbido do fornecimento de gás natural aos igualmente designados comercializadores de último recurso retalhistas, bem como a todos os clientes com consumos anuais iguais ou superiores a 2 milhões de m³ normais (correspondentes aos *grandes consumidores diretos* até aí abrangidos pela atividade de fornecimento da TRANSGÁS); (ii) de outro, os *comercializadores de último recurso retalhistas*, responsáveis pelo abastecimento de todos os clientes com consumos anuais inferiores a 2 milhões de m³. O RRC/2006, aprovado pelo Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de setembro, viria aliás a dar corpo a essa distinção: cfr., *inter alia*, os artigos 61.º e ss. e 66.º e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

de mercado livre”²⁵. Não obstante, a comercialização das quantidades de GN ou GNL adquiridas ao abrigo dos referidos contratos de aprovisionamento não deixou de ser sujeita a algumas condicionantes, por um lado, e salvaguardas, por outro:

- (ii.1) Desde logo, a entidade titular desses contratos foi incumbida da missão de coadjuvar os comercializadores de último recurso na tarefa de garantia do fornecimento de gás natural aos consumidores nacionais. Daí que, apesar de conservados na esfera da TRANSGÁS, os contratos de aprovisionamento foram “destinados, prioritariamente, à satisfação das necessidades dos comercializadores de último recurso”, assim como ao cumprimento dos contratos de fornecimento já celebrados com os designados «grandes consumidores diretos» e com os produtores de eletricidade em regime ordinário²⁶. Com efeito, e quanto ao primeiro desses destinos, determinou-se que, “com vista a garantir o abastecimento necessário à satisfação dos contratos com clientes finais, os comercializadores de último recurso devem adquirir gás natural no âmbito dos contratos de aprovisionamento”, sendo que apenas “no caso de as necessidades de abastecimento de gás natural destinadas à comercialização de último recurso excederem as quantidades previstas nos contratos de aprovisionamento”, é que “os comercializadores de último recurso podem efetuar novas aquisições em mercados organizados ou através de contratos bilaterais”²⁷;
- (ii.2) Ainda no plano das condicionantes impostas ao gás adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento, a TRANSGÁS, enquanto principal entidade responsável pela introdução de gás natural no mercado interno nacional para consumo não interruptível, foi submetida à obrigação de constituição e manutenção de reservas de segurança²⁸;

²⁵ Cfr. o artigo 66.º, n.º 11 e 12 do Decreto-Lei n.º 140/2006.

²⁶ Cfr. o artigo 66.º, n.º 11, *in fine* do Decreto-Lei n.º 140/2006.

²⁷ Cfr. o artigo 42.º, n.º 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 140/2006.

²⁸ Cfr. o artigo 58.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 30/2006 e o artigo 49.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 140/2006.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

(ii.3) Já no plano das salvaguardas, e como forma de acautelar potenciais “graves dificuldades económicas e financeiras devido aos compromissos inerentes a contratos de aquisição de gás em regime de *take or pay*”, concedeu-se à TRANSGÁS a faculdade de requerer a derrogação do direito de acesso de terceiros às infraestruturas da rede pública de gás natural – com a consequente inviabilização do exercício da atividade de comercialização em território nacional por parte de outros operadores²⁹.

5. Todo este aparato legislativo viria a ter tradução na – legalmente imposta³⁰ – revisão do Contrato de Concessão titulado pela TRANSGÁS desde 1993. Rigorosamente, aliás, o resultado dessa revisão não foi senão a extinção dessa antiga relação concessória no que se refere à atividade de comercialização (antes, “fornecimento”), a partir de 1 de janeiro de 2007 formalmente titulada por uma licença³¹.

Tal como modificado em 2006, do referido Contrato resultava a garantia de a TRANSGÁS “continua[r] a exercer a atividade de aprovisionamento de gás natural, quer no âmbito de contratos de longo prazo e em regime de *take or pay* celebrados antes da entrada em vigor da Diretiva n.º 2003/55/CE, quer de novos contratos que venha a celebrar”³². E quanto ao destino preferencial do gás adquirido ao abrigo desses contratos, em conformidade com as prescrições legais, cuidou-se de garantir que eles “são destinados, prioritariamente, à satisfação das necessidades relativas aos contratos de fornecimento dos comercializadores de último recurso”³³.

Em qualquer caso, ressalvado o imperativo de garantir a satisfação dessas necessidades, o Contrato passou a reconhecer, de forma expressa, que o GN ou GNL adquirido por via dos contratos de aprovisionamento se situava, de pleno, no domínio da atividade *livre* de comercialização efetuada pela TRANSGÁS. Com efeito, “uma vez cumpridas as obrigações de venda de gás natural ao comercializador de último recurso, a TRANSGÁS é

²⁹ Cfr. o artigo 73.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 140/2006, correspondente à transposição do então artigo 27.º da Diretiva 2003/55/CE (= artigo 48.º da Diretiva 2009/73/CE).

³⁰ Cfr. o artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 30/2006 e o artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 140/2006.

³¹ Cfr. o artigo 66.º, n.º 12 e 13 do Decreto-Lei n.º 140/2006 e a cl.ªs 2.ª/4 e 9.ª/1 da Minuta aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2006, de 23 de agosto.

³² Cfr. a cl.ª 3.ª/1 da Minuta aprovada pela RCM n.º 109/2006.

³³ Cfr. as cl.ªs 3.ª/2 e 14.ª da Minuta aprovada pela RCM n.º 109/2006.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

livre de vender as quantidades disponíveis no âmbito da sua atividade de comercialização de gás natural em regime de mercado livre”, sendo certo que, também nos termos contratualmente definidos em 2006, “as operações de venda [em mercado livre] não têm qualquer impacto ao nível do preço de venda de gás natural pela TRANSGÁS ao comercializador de último recurso”³⁴.

Eis pois a confirmação de que a (antiga) atividade de *aprovisionamento* passou a inserir-se de pleno no quadro de uma atividade gasista que, desde 1 de janeiro de 2007, passou a revestir carácter liberalizado – a atividade de *comercialização* de gás natural, titulada por licença e que passava a compreender, genérica e indiferenciadamente, as subactividades de: (i) importação e exportação ou o comércio intracomunitário de GN e GNL; (ii) a compra e a venda por grosso de GN e GNL; e (iii) a venda retalho de GN e GNL³⁵.

Donde a conclusão: **apesar de associados a algumas condicionantes e salvaguardas jurídico-públicas legalmente estabelecidas, os contratos de longo prazo titulados pela TRANSGÁS moveram-se definitivamente, a partir de 1 de janeiro de 2007, para o âmbito da sua esfera de disponibilidade jurídico-privada enquanto comercializador livre no quadro do SNG.**

1.1.2 Evolução posterior

6. A evolução legislativa subsequente confirmou, entretanto, e de forma plena, esta asserção – importando a diminuição progressiva das vinculações legais associadas ao gás adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento de longo prazo titulados pela (entretanto) GGN, S.A. e acentuando o carácter *livre* da atividade desta empresa enquanto comercializador no âmbito do SNG. Saliente-se, com efeito:

- (i) O Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, diploma que determinou a extinção das tarifas reguladas de venda a clientes finais com consumos anuais superiores a 10.000 m³; e na mesma linha o Decreto-Lei n.º 74/2012, de 26 de março, diploma que determinou a extinção, de forma gradual, por escalão de consumo, das tarifas

³⁴ Cfr. a cl.ª 10.ª/3 e 4 da Minuta aprovada pela RCM n.º 109/2006.

³⁵ Cfr. o modelo de licença de comercialização aprovado pela Portaria n.º 929/2006, de 12 de setembro.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

- reguladas de venda de gás natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10.000 m³ e previu a introdução de mecanismos regulatórios de incentivo à transição para o fornecimento em regime de mercado e a preços livres – de um e outro resultando, por conseguinte, a desoneração sobre o gás adquirido ao abrigo dos contratos de longo prazo titulados pela GGN, S.A., prioritariamente afeto, por via dos comercializadores de último recurso, à satisfação dos consumidores que ainda permanecessem em mercado regulado;
- (ii) O Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de junho, que para além de substituir a obrigatoriedade de titularidade de licença para o exercício da atividade de comercialização de gás natural, substituindo-a por mero *registo* na DGEG, manifestou abertura para que, em alternativa à aquisição no âmbito dos contratos de aprovisionamento de longo prazo titulados pela GGN, S.A., os comercializadores de último recurso pudessem proceder à aquisição de gás natural em mercados organizados ou através de contratos bilaterais, mediante a realização de concursos ou através de outros procedimentos³⁶.

7. Seria contudo através dos Decretos-Leis n.ºs 230/2012 e 231/2012, ambos de 26 de outubro, e conclusivos do processo de transposição da Diretiva 2009/73/CE, que mais significativas alterações se vieram a processar.

A respeito da atividade de comercialização de gás natural, procurou-se clarificar o estatuto dos seus diversos intervenientes. Assim, tais diplomas vieram expressamente contemplar a distinção (antes apenas implicitamente consagrada na lei) entre o *comercializador de último recurso grossista* – responsável pela aquisição de gás natural para fornecimento aos comercializadores de último recurso retalhistas – e os *comercializadores de último recurso retalhistas* – responsáveis pelo fornecimento de gás natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m³ e aos clientes finais economicamente vulneráveis³⁷. Por outro lado, foi pela primeira vez acolhida na lei a figura (antes apenas previstas nos RRC aprovados pela ERSE) do «comercializador do SNGN», correspondente à “entidade titular

³⁶ Cfr. o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, tal como revisto pelo Decreto-Lei n.º 77/2011.

³⁷ Cfr. o artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, tal como revisto pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

dos contratos de longo prazo em regime de *take or pay* celebrados em data anterior à entrada em vigor da Diretiva n.º 2003/55/CE” – ou seja, a TRANSGÁS/GGN, S.A.

Mas para além desse intento clarificador, os diplomas aprovados em 2012 vieram igualmente introduzir diversas e substanciais alterações de regime, com inevitáveis implicações nas situações jurídicas até então cometidas à GGN, S.A, na qualidade «comercializador do SNGN»:

- (i) De um lado, confirmou-se que a aquisição junto comercializador do SNGN, no âmbito dos contratos de aprovisionamento de longo prazo, correspondia apenas a uma das *alternativas* que o comercializador de último recurso grossista dispunha para adquirir as quantidades de gás natural que lhe fossem solicitadas pelos comercializadores de último recurso retalhistas – ao lado da qual se situavam as possibilidades de aquisição em mercados organizados ou através de contratos bilaterais, consoante o regime que assegurasse o preço mais baixo de entre os praticados na data da aquisição³⁸. Quer dizer, a aquisição pelo comercializador de último recurso grossista de quantidades de gás natural ou GNL contratadas no âmbito dos contratos de longo prazo passou a ser apenas uma das possíveis formas de aprovisionamento ao dispor do comercializador de último recurso grossista, cuja efetiva utilização é decidida em função dos preços praticados no mercado;
- (ii) De outro, determinou-se a transferência para (todos) os comercializadores em regime de mercado e para os comercializadores de último recurso retalhistas da obrigação de constituição de reservas de segurança de gás natural³⁹ – a qual antes recaía, de forma significativa, sobre a GGN, S.A., em virtude da sua forte contribuição para a introdução de gás natural no mercado interno nacional para consumo não interruptível;
- (iii) De outro ainda, procedeu-se à revogação da faculdade de a GGN, S.A. requerer a derrogação do direito de acesso de terceiros às infraestruturas da RPGN⁴⁰, com o objetivo assumido de eliminar a “prioridade na atribuição de capacidade nas

³⁸ Cfr. o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, tal como revisto pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

³⁹ Cfr. o artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, tal como revisto pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

⁴⁰ Cfr. o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, revogado pelo Decreto-Lei n.º 231/2012.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

infraestruturas do SNGN associada aos contratos de aquisição de gás em regime de *take or pay* celebrados antes da entrada em vigor da Diretiva n.º 2003/55/CE⁴¹.

É dizer: confirmava-se que a GGN, S.A. não apenas continuaria a exercer uma atividade *privada* de comercialização de gás natural, como o passava a fazer em condições mais aproximadas, praticamente idênticas, às dos demais comercializadores a operar no mercado nacional. Por um lado, por força do desagramento das suas obrigações de serviço público (ao nível da comercialização de último recurso e da constituição de reservas) e, conseqüentemente, pela desoneração do gás adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento de longo prazo; por outro, pela eliminação da salvaguarda (ao nível do acesso exclusivo às infraestruturas) antes associada à titularidade desses contratos.

8. Olhando por fim ao atual quadro legislativo, plasmado no (unificado) Decreto-Lei n.º 62/2020, de 28 de agosto, não se registam a propósito da posição ocupada pelos contratos de longo prazo titulados pela GGN, S.A. no âmbito do SNG nenhuma significativa alteração⁴²:

- (i) Desde logo, nem o *aprovisionamento* é qualificado como «atividade» do SNG nem, na qualidade de titular desses contratos, a GGN, S.A. é tida como «interveniente» do SNG⁴³;
- (ii) Mantendo-se naturalmente vigente a previsão de base segundo a qual a atividade de comercialização é exercida em regime de livre concorrência, ficando sujeita a registo, exceto no tocante à atividade de comercialização de último recurso, que

⁴¹ Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 231/2012.

⁴² O que não é de estranhar, tendo em conta que a principal motivação para a aprovação desse diploma em nada se relaciona nem com o estatuto dos contratos de aprovisionamento titulados pela GGN, S.A. nem com as obrigações dos comercializadores de último recurso. Antes, todas as relevantes alterações se prendem com a introdução da atividade de produção de gases de origem renovável e de gases de baixo teor de carbono. É certo que, nesse contexto, o comercializador de último recurso grossista passou a ter a “função de facilitador entre a produção e a comercialização, assegurando a aquisição de gases de origem renovável e dos gases de baixo teor de carbono que lhes sejam requisitados pelos demais agentes do mercado para o cumprimento das quotas mínimas de incorporação (cfr., designadamente, o artigo 63.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 62/2020). Só que essa nova função e as obrigações a ela associadas em nada afetam ou se relacionam com os contratos de longo prazo titulados pela GGN, S.A. É que, como entretanto se estabelece no artigo 360.º, n.º 3 do RRC/2020, “para efeitos de garantia do cumprimento das quotas mínimas de incorporação de outros gases dos intervenientes do SNG, o comercializador de último recurso grossista vende outros gases aos comercializadores de último recurso retalhistas, aos comercializadores e aos consumidores que adquiram diretamente gás por recurso a contratos de fornecimento bilaterais ou a mercados organizados aos preços de referência diários do MIBGás”.

⁴³ Cfr. os artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

está sujeita a licença⁴⁴, continua em todo o caso a autonomizar-se legislativamente a figura do «comercializador do SNG», correspondente à entidade titular dos contratos de longo prazo em regime de *take or pay* celebrados em data anterior à da entrada em vigor da Diretiva 2003/55, e em relação à qual se determina dever ela fornecer gás: *i*) ao comercializador de último recurso grossista, no âmbito da atividade de compra e venda de gás para fornecimento aos comercializadores de último recurso retalhistas; *ii*) ao centros electroprodutores com contrato de fornecimento outorgado em data anterior a 27 de julho de 2006; e *iii*) a outras entidades, sem prejuízo do fornecimento às anteriores⁴⁵;

- (iii) A aquisição ao comercializador do SNG por parte do comercializador de último recurso grossista para efeitos de fornecimento aos comercializadores de último recurso retalhistas mantém-se apenas como *alternativa* em relação à possibilidade de aquisição em mercados organizados ou através de contratos bilaterais, consoante o preço que seja mais baixo de entre os praticados à data da aquisição⁴⁶, mantendo-se igualmente a previsão de que a ERSE deve estabelecer incentivos para a progressiva aquisição de gás em mercado pelo comercializador de último recurso grossista⁴⁷;
- (iv) A obrigação de constituição e manutenção de reservas mantém-se na esfera dos comercializadores em regime de mercado e dos comercializadores de último recurso retalhista⁴⁸;
- (v) Enfim, embora ainda prevista nos termos da legislação europeia⁴⁹, a faculdade de uma empresa titular de contratos em regime de *take or pay* requerer a derrogação do acesso à rede por terceiros mantém-se ausente da legislação nacional.

9. Em suma, integrando a esfera jurídico-privada de um comercializador que opera em regime livre e de livre concorrência, o gás adquirido através dos contratos de

⁴⁴ Cfr. o artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.

⁴⁵ Cfr. o artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.

⁴⁶ Cfr. o artigo 63.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 62/2020.

⁴⁷ Cfr. o artigo 63.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 62/2020.

⁴⁸ Cfr. o artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.

⁴⁹ Cfr. o artigo 48.º da Diretiva 2009/73/CE.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

aprovisionamento de longo prazo titulados pela GGN, S.A. encontra-se, no essencial, na total disponibilidade desta empresa.

Por certo que a aquisição de gás por parte do comercializador de último recurso grossista, para efeitos de fornecimento aos comercializadores de último recurso retalhistas, continua a poder beneficiar do recurso às quantidades adquiridas ao abrigo desses contratos de longo prazo.

Mas, para além de o recurso a esses contratos de longo prazo se traduzir apenas numa alternativa ao dispor do comercializador de último recurso grossista, o certo é que a comercialização por parte de comercializadores de último de recurso retalhistas abrange atualmente apenas cerca de 230.000 consumidores, representativos de apenas 2% do consumo nacional⁵⁰. Meramente eventual, esta que é na realidade a única distintiva *obrigação de serviço público* diretamente associada aos contratos de longo prazo titulados pela GGN, S.A., assume assim um alcance verdadeiramente residual no contexto do atual SNG.

1.2 Os leilões de venda de gás

1.2.1 De 2006 a 2012

10. Referência destacada merece, no contexto do presente Parecer, o mecanismo dos *leilões* de venda de gás natural, há muito previsto na lei e nos RRC sucessivamente aprovados pela ERSE, e agora projetadamente pretendido recuperar enquanto uma das «medidas extraordinárias» equacionadas na *Consulta*.

Mas também neste ponto é preciso tomar em devida linha de conta a evolução ao nível legislativo e regulamentar de que esse mecanismo foi sendo objeto. É que, (i) tendo começado por surgir como mecanismo eventual para a salvaguarda da posição da TRANSGÁS, enquanto anterior incumbente e titular dos contratos de longo prazo em regime de *take or pay*, (ii) a sua funcionalidade alterou-se depois radicalmente, por pura opção regulamentar da ERSE, que o elevou a ferramenta «distributiva» no mercado do gás

⁵⁰ Cfr. o recente *Comunicado* da ERSE relativo à «Proposta de tarifas de gás natural de 1 de outubro de 2022 a 30 de setembro de 2023», de 31.03.2022, disponível, em www.erse.pt



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

“excedentário” adquirido ao abrigo desses contratos, sendo que (iii) só mais tarde, com posterior intervenção legislativa habilitante, o recurso a leilões de venda de gás passou a servir como ferramenta de promoção da abertura do mercado nacional de gás a novos operadores.

Documentemos essa evolução.

11. No contexto do **quadro legislativo aprovado em 2006**, a possibilidade de as quantidades de gás adquiridas pela então TRANSGÁS ao abrigo dos contratos de *take or pay* de que era titular serem objeto de venda aos demais agentes de mercado mediante leilão surgia como eventual alternativa à hipótese — acima referenciada — de essa entidade requerer a derrogação do direito de acesso à rede por terceiros, por conta de dificuldades que enfrentasse no cumprimento dos compromissos emergentes de tais contratos. Foi, pois, “em alternativa à decisão de derrogação” que se previu a possibilidade de, por decisão governamental, “facultar aos agentes de mercado a possibilidade de adquirirem gás natural dos contratos de *take or pay*, nas quantidades necessárias ao cumprimento dos referidos contratos, mediante leilão cujos termos são estabelecidos por portaria do ministro responsável pela área da energia”⁵¹.

Ou seja, o leilão de gás natural foi concebido pelo legislador de 2006 como medida excepcional cuja aplicação: (i) se destinava a salvaguardar a posição da TRANSGÁS no âmbito do cumprimento dos contratos de longo prazo de que era titular; (ii) pressupunha a apresentação por esta empresa de um pedido fundamentado na ocorrência ou previsão de graves dificuldades económicas e financeiras devido aos compromissos inerentes a esses contratos; (iii) dependia de uma decisão do membro do Governo responsável pela área da energia; e (iv) devia respeitar os termos estabelecidos por portaria a aprovar pelo mesmo do Governo.

Tratando-se assim de uma medida funcionalmente orientada a acautelar eventuais dificuldades do «incumbente histórico» no período *after privatization*, o certo, no entanto, é que nunca ela foi mobilizada nesta base.

⁵¹ Cfr. o artigo 73.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 140/2006 (redação originária).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

12. Seria contudo com um recorte muito distinto que o mecanismo dos leilões viria pouco depois a ser disciplinado **no âmbito do RRC/2006, aprovado pela ERSE**⁵².

Na realidade, aí desde logo prevista como *obrigação*, a realização de leilões por parte do comercializador do SNGN surgia no RRC/2006 como forma de libertar no mercado as “quantidades excedentárias” de gás natural adquiridas no âmbito dos contratos de longo prazo em regime de *take or pay* então titulados pela TRANSGÁS. Isto é, de libertar no mercado as quantidades que excedessem o gás natural destinado à satisfação dos consumos no âmbito da comercialização de último recurso e dos centros electroprodutores com contrato de fornecimento outorgado antes de 26 de julho de 2006. Seria pois, “no âmbito da sua atividade de compra e venda de gás natural no âmbito da gestão de contratos de longo prazo em regime de *take or pay*” que o comercializador do SNGN “dever[ia] colocar as quantidades excedentárias por via da realização de leilões, em que poder[iam] participar todos os agentes de mercado do SNGN”. Tudo de acordo com termos e condições previamente definidos pelo comercializador do SNGN, depois de ouvida a ERSE⁵³. E apenas se e quando, mesmo após a realização de leilões, viessem a subsistir “quantidades excedentárias”, poderiam elas ser comercializadas pelo comercializador do SNGN ora por via de contratação bilateral, em condições a aprovar pela ERSE, ora através da participação em mercados organizados⁵⁴. Seja como for, todos os “ganhos obtidos pelo comercializador do SNGN” através de qualquer um desses mecanismos – leilões, contratação bilateral ou participação em mercados organizados – seriam objeto de “partilha com os consumidores do SNGN”⁵⁵. Numa palavra, e de acordo com esta primeira versão do RRC tal qual aprovado pela ERSE, os *leilões* surgiam como via obrigatória de libertação das “quantidades excedentárias” emergentes dos contratos de aprovisionamento de longo prazo titulados pela TRANSGÁS.

Inequívoco, porém, era a circunstância de a funcionalidade subjacente a esse mecanismo de leilão, assente num pressuposto de *partilha pública* do gás adquirido ao abrigo dos contratos titulados pela TRANSGÁS, se situar totalmente à margem do sentido do quadro legislativo aprovado em 2006. É que, já se viu, e salvo a obrigação de satisfazer os

⁵² Aprovado pelo Despacho n.º 19624-A/2006, de 25 de setembro.

⁵³ Cfr. o artigo 60.º, n.º 1 e 2 do RRC/2006.

⁵⁴ Cfr. o artigo 60.º, n.º 3 do RRC/2006.

⁵⁵ Cfr. o artigo 60.º, n.º 4 do RRC/2006, que a esse propósito remetia para “mecanismos previstos no Regulamento Tarifário”, remissão que tinha por alcance o disposto no então artigo 70.º do Regulamento Tarifário/2006.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

comercializadores de último recurso, o *indirizzo* assumido pelo legislador de 2006 obrigava a considerar esse gás como um bem integrado na esfera de disponibilidade jurídico-privada desta empresa.

Em qualquer caso, nunca nenhum leilão chegou a ser realizado ao abrigo destas previsões originárias do RRC/2006 e a solução – sem amparo legislativo e funcionalmente discrepante das opções assumidas pelo legislador, repete-se – veio a ser abandonada dois anos depois.

13. Caberia com efeito à **revisão de 2008 do RRC**⁵⁶ delimitar e definir com maior precisão os termos da realização desses leilões e, sobretudo, o seu propósito.

Desde logo, e mantendo-se a lógica de *subsidiariedade* em relação ao fornecimento dos comercializadores de último recurso e aos centros electroprodutores com contrato outorgado até 26 de julho de 2006, os leilões foram funcionalmente orientados ao “*objetivo de facilitar a entrada no mercado de gás natural*”.

Para além disso, definiu-se: (i) o calendário e as quantidades mínimas a disponibilizar nos anos de 2009, 2010 e 2011; (ii) que a participação dos leilões se encontraria reservada aos comercializadores em regime de mercado e aos «clientes elegíveis»⁵⁷; e (iii) que o gás natural adquirido por via de leilão se destinaria a ser consumido exclusivamente em instalações situadas em território nacional, excluindo os centros electroprodutores em regime ordinário. Tudo de acordo com os termos e condições aprovados pela ERSE, na sequência de proposta apresentada pelo comercializador do SNGN, até 30 de setembro do ano anterior ao da disponibilização do gás natural⁵⁸. E tudo já sem que o RRC enquadrasse os leilões como vias obrigatórias de comercialização das “quantidades excedentárias” emergentes dos contratos de aprovisionamento de longo prazo titulados pela então GGN, S.A. e, noutro plano, também já sem previsão regulamentar de um qualquer mecanismo de “partilha de ganhos”.

Foi justamente em execução do RRC/2006, tal como revisto em 2008, que viriam a ser realizados os primeiros – e até à data únicos – leilões de gás natural por parte da GGN,

⁵⁶ Aprovada pelo Despacho n.º 15544/2008, de 4 de junho de 2008.

⁵⁷ A revisão do RRC/2006 de 2010 (aprovada pelo Despacho n.º 4878/2010, de 18 de março de 2010) definiria depois esta categoria: clientes com consumo anual superior a 10 000 m³ (cfr. o artigo 58.º, n.º 2, b) do RRC/2006, tal como republicado em 2010).

⁵⁸ Cfr. o artigo 60.º do RRC/2006, tal como revisto em 2008.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

S.A., justamente por referência aos anos de 2009-2010⁵⁹, 2010-2011⁶⁰ e 2011-2012⁶¹. Só o primeiro, no entanto, viria a resultar em efetiva venda de quantidades de gás no mercado nacional, esgotando-se os 300 milhões de m³ submetidos a leilão⁶². Já em relação aos subsequentes dois leilões, acabaria a ERSE por decidir pela sua não realização efetiva, por força da não verificação das condições mínimas necessárias ao seu funcionamento competitivo: (i) em relação ao de 2010-2011, pelo facto de as ofertas não-vinculativas apresentadas se terem traduzido num valor global inferior a 25% da quantidade total a leiloar⁶³; (ii) em relação ao de 2011-2012, pelo facto de as ofertas não-vinculativas apresentadas se terem traduzido num preço global de aquisição significativamente inferior ao valor que resultava dos contratos de *take or pay* titulados pela GGN, S.A.⁶⁴.

14. Não obstante a sua consagração regulamentar e efetiva realização — mas apenas consumada em relação ao ano de 2009-2010 —, é bom de ver que este mecanismo de leilão continuava a não ter, à data, qualquer amparo no quadro legislativo regulador do sector do gás natural.

Pois, conforme se registou, era apenas para outro e muito radicalmente distinto propósito (recorde-se: salvaguarda da posição do “incumbente histórico”) que, na legislação aprovada em 2006, se previa a possibilidade de realização de leilões por parte do titular dos contratos de aprovisionamento de longo prazo em regime de *take or pay*.

A imposição regulamentar de realização anual deste tipo de leilões continuava, assim, carecida da necessária base legal habilitante — donde, as correspondentes normas do RRC/2006, mesmo após as revisões nele operadas em 2008 e 2010, brigavam sem dúvida com o princípio da legalidade, seja sob o ponto de vista do subprincípio da *precedência de lei* (por falta de base habilitante expressa para que a ERSE pudesse regular nesta matéria), seja sob o ponto de vista do subprincípio da *preferência de lei* (pelo facto de o modo através do qual a

⁵⁹ Cfr. o Despacho n.º 31629/2008, de 11 de dezembro, modificado pelo Despacho n.º 1800/2009, de 14 de janeiro.

⁶⁰ Cfr. o Despacho n.º 110/2010, de 5 de janeiro.

⁶¹ Cfr. o Despacho n.º 3454/2011, de 21 de fevereiro.

⁶² Cfr. o Comunicado de Imprensa da ERSE «Primeiro leilão de gás natural realizado em Portugal», de 10.02.2009, assim como o *Relatório de Atividade e Contas/2009* da ERSE, p. 23.

⁶³ Cfr. o *Relatório de Atividade e Contas/2010* da ERSE, p. 16.

⁶⁴ Cfr. o *Relatório de Atividade e Contas/2011* da ERSE, p. 17, assim como o Comunicado «Decisão da ERSE sobre a realização do leilão de gás natural 2011-2012», de 1.03.2011.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

ERSE regulou esta matéria contrariar os termos em que o legislador havia previsto a possibilidade de realização de leilões)⁶⁵.

1.2.2 A partir de 2012

15. Não interessa, no entanto, insistir por agora nesse ponto. É que, a partir da **revisão do quadro legislativo de 2012**, a lei acabaria efetivamente por conferir base habilitante – *in futurum*, bem entendido – à realização deste tipo de leilões.

Com efeito, nos termos do então aditado artigo 39.º-B do Decreto-Lei n.º 140/2006, em previsões entretanto inalteradamente conservadas pelo artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020, estabeleceu-se e continua a estabelecer-se, sob a epígrafe de «*Leilões de gás natural*»:

«1 – Com o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás natural, o Regulamento das Relações Comerciais pode prever a realização pelo comercializador do SNGN de leilões anuais de gás natural para satisfação de consumos nacionais.

2 – O gás natural adquirido nos leilões destina-se a ser consumido em instalações situadas em território nacional, excluindo os centros electroprodutores em regime ordinário.

3 – Os termos e condições de realização dos leilões são aprovados pela ERSE, na sequência de proposta apresentada pelo comercializador do SNGN.»

E foi já com esse amparo legal que os subsequentes RRC/2013⁶⁶ e RRC/2016⁶⁷, e entretanto o atual RRC/2020, disciplinaram os termos da sua *possível* realização. «Possível» e já não obrigatória porquanto, pese embora *prima facie* orientados para uma lógica de realização anual, os leilões de gás natural passaram a poder ser sempre *dispensados* por decisão da ERSE, mediante avaliação das condições do mercado nacional de gás natural. Assim, nos termos do atualmente vigente artigo 268.º do RRC/2020, epigrafado «*Contratação em leilão pelo comercializador do Sistema Nacional de Gás Natural*», estabelece-se:

«1 – A venda de gás pelo comercializador do Sistema Nacional de Gás operacionalizada através de mecanismo de leilão deve ser organizada e realizada nos termos e condições aprovados pela ERSE, na sequência de proposta apresentada pelo comercializador do Sistema Nacional de Gás.

2 – A definição de quantidades a colocar através do mecanismo de contratação previsto no número anterior é efetuada pela ERSE, ouvido o comercializador do Sistema Nacional de Gás.

⁶⁵ Cfr. R. MEDEIROS / OUTROS, *Sobre a pretensão do Governo português à partilha dos lucros provenientes da atividade de venda internacional de quantidades de gás natural ou GNL contratadas pela Galp Gás Natural, S.A. no âmbito dos contratos de fornecimento a longo prazo e em regime de take or pay celebrados antes da Diretiva 2003/55/CE* (Parecer/julho de 2014), ponto 3.3.1.; no mesmo sentido, sublinhando “não ser claro” que existisse base legal para aquelas previsões regulamentares, cfr. L. VILHENA DE FREITAS, *Direito*, p. 300.

⁶⁶ Aprovado pelo Regulamento n.º 139-D/2013, de 16 de abril; cfr. o respetivo artigo 203.º.

⁶⁷ Aprovado pelo Regulamento n.º 416/2016, de 29 de abril; cfr. o respetivo artigo 151.º.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

3 – A periodicidade do mecanismo de contratação previsto no n.º 1 deve ser anual, sem prejuízo da ERSE poder determinar a sua não operacionalização em face da avaliação das condições do mercado nacional de gás.

4 – O gás colocado através do mecanismo de leilão previsto no n.º 1 destina-se a ser consumido exclusivamente em instalações situadas em território nacional, excluindo os centros electroprodutores em regime ordinário.

5 – As regras específicas do mecanismo de leilão referido nos números anteriores, bem com as suas alterações, são aprovadas pela ERSE, mediante proposta do comercializador do Sistema Nacional de Gás, que deverá ser remetida à ERSE até 15 de dezembro de cada ano, relativamente ao ano gás seguinte.

6 – As regras previstas no número anterior, compreendem, designadamente, os calendários e parâmetros de modulação da contratação, bem como regras específicas de admissão e participação no mecanismo de contratação em leilão.

7 – As condições específicas de realização dos leilões a que respeita o mecanismo de contratação previsto nos números anteriores são publicadas pela ERSE até 15 de março de cada ano, relativamente ao ano gás seguinte.

8 – A ERSE procederá à respetiva publicação dos resultados, observado a regra de salvaguardar da informação comercialmente sensível ou de natureza individual».

Certo, porém, é que jamais estas disposições – ou as equivalentes dos anteriores RRC/2013 e RRC/2016 – tiveram, na prática, qualquer aplicação. Mas poderão vir a ter agora, nos termos e com os propósitos enunciados na *Consulta*?

Eis o que importa analisar.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

§2.º

ANÁLISE

2.1 À luz do atual quadro legislativo

2.1.1 A via da *execução* do atual artigo 268.º do RRC

16. Enuncia-se na *Consulta*, ao apresentar o mecanismo regulado de venda de gás que aí se projeta instituir, que o Regulamento das Relações Comerciais “estabelece a possibilidade de implementar este mecanismo regulado, com o objetivo de fomentar a concorrência no mercado de gás natural (*vide artigo 268.º do RRC*)”⁶⁸. Depois de descrever as suas vantagens em relação ao atual contexto nacional e internacional do mercado de gás, firma-se mesmo, como «medida» a adotar: “implementar mecanismo de contratação regulado de gás natural, nos termos do artigo 268.º do RRC”⁶⁹. E ao equacionar a forma específica em que o poderá vir a fazer, a ERSE reconhece que se trata da “implementação do mecanismo *previsto no RRC*”⁷⁰ e que “a concretização deste mecanismo passaria pela definição de regras específicas a aprovar pela ERSE nos termos do RRC”⁷¹.

Parece assim que subjacente à proposta da ERSE de instituição do mecanismo regulado de venda de gás está, à partida, uma via na aparência meramente *executória* de um instrumento já previsto no atual quadro regulatório: precisamente, o mecanismo de «*Contratação em leilão pelo comercializador do Sistema Nacional de Gás*» disciplinado no artigo 268.º do RRC/2020 e antes do mais classificado como «*mecanismo regulado de contratação*» nos termos do artigo 265.º, n.º 1, c). É aliás sintomático que, ao referir-se às “regras específicas” que serão necessárias aprovar para esse efeito, a ERSE replique a exata formulação literal que consta do n.º 5 do artigo 268.º do RRC, que justamente postula que o seu funcionamento depende de “*regras específicas (...) aprovadas pela ERSE*”.

Tendo no entanto em vista o que acima se apurou quanto aos pressupostos e sobretudo quanto à funcionalidade desse mecanismo, no atual quadro legislativo e

⁶⁸ Cfr. a *Consulta*, p. 5 (itálico adicionado).

⁶⁹ Cfr. a *Consulta*, p. 6 (itálico adicionado).

⁷⁰ Cfr. a *Consulta*, p. 6 (itálico adicionado).

⁷¹ Cfr. a *Consulta*, p. 6 (itálico adicionado).



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

regulamentar, não é na realidade muito difícil a conclusão: **a medida projetada pela ERSE na Consulta não tem correspondência com o mecanismo de contratação em leilão que se encontra previsto naqueles preceitos do RRC**. E isso é assim porque o pressuposto finalístico — *i.e.*, o concreto «fim legal» — de que depende a mobilização do mecanismo de contratação de leilão que se encontra regulamentarmente previsto no RRC não coincide com aqueles que são os objetivos expressamente assumidos pela ERSE — portanto, os «fins reais» — na *Consulta*.

Apuremos essa descoincidência.

17. É bem verdade que, nos termos do atual RRC, não se encontra nenhuma referência à *finalidade* subjacente à contratação em leilão pelo comercializador do Sistema Nacional de Gás. Com efeito, ao contrário do que ocorria com o RRC/2006 a partir da sua revisão de 2008⁷² e com os RRC/2013 e RRC/2016⁷³, o RRC/2020 deixou de incorporar qualquer referência ao “*objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás natural*”. Dir-se-ia então que, nos termos do atual quadro regulamentar, o mecanismo de contratação de gás através de leilão pelo comercializador do SNG pode servir quaisquer outros propósitos que não o objetivo específico de facilitar a entrada de novos agentes comercializadores no mercado.

Manifestamente, porém, não é assim. Seja qual seja a explicação para o facto de, ao contrário dos anteriores Regulamentos, o RRC/2020 ter deixado de incorporar textualmente aquele pressuposto finalístico no seu corpo de preceitos — sendo que talvez se possa conjecturar que tal se deva à circunstância de se tratar agora de um Regulamento único para os setores da eletricidade e do gás, união que implicou algum esforço de condensação normativa por parte da ERSE⁷⁴ —, o certo é que, como acima se apurou, já desde o Decreto-

⁷² Cfr. o respetivo artigo 60.º, n.º 1 (“*com o objetivo de facilitar a entrada no mercado de gás natural, o comercializador do SNGN promove a realização de leilões*”); após a revisão de 2010, cfr. o artigo 58.º, n.º 1 (“*com o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás natural, o comercializador do SNGN promove a realização de leilões*”).

⁷³ Cfr. os respetivos artigos 65.º e 67.º, com idêntica formulação (“*com o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás natural, o comercializador do SNGN deve promover a realização de leilões*”).

⁷⁴ Lê-se com efeito no preâmbulo do Regulamento n.º 1129/2020, que aprovou o atual RRC, que “a reformulação e fusão dos Regulamentos de Relações Comerciais do Setor Elétrico e do Gás Natural num só diploma foram motivadas, essencialmente, por um lado, pela necessidade de proceder a uma nova atualização e revisão dos normativos e, por outro, pelas vantagens em proceder a uma unificação dos regimes”, mais se aditando que “*acresce a estes objetivos a intenção de se proceder a uma reorganização sistemática do texto*”.

Lei n.º 131/2012, que aditou ao Decreto-Lei n.º 140/2006 o então artigo 39.º-B, e em termos entretanto conservados pelo Decreto-Lei n.º 62/2020, no atual artigo 59.º, esse pressuposto finalístico tem sede legal expressa. Longe de se verificar um qualquer cenário de *discricionariedade aberta*, de cometimento aos próprios órgãos administrativos do poder da “determinação substancial do interesse público” a realizar com a adoção de certa medida⁷⁵, o mecanismo de contratação de gás natural através da realização de leilões pelo comercializador do SNG atualmente previsto na ordem jurídica portuguesa assenta antes num modelo normativo – mais clássico – de estrita e precisa vinculação da ERSE quanto ao *fim* que deve necessariamente ser prosseguido com o recurso a tal mecanismo⁷⁶.

Por ser assim, torna-se na realidade totalmente irrelevante sob o ponto de vista normativo que, no *texto* do artigo 268.º do RRC/2020, se não faça qualquer referência à finalidade específica de interesse público de que é servente o mecanismo de contratação através de leilão aí disciplinado. É que essa disciplina regulamentar, inscrita no RRC, não corresponde senão ao *desenvolvimento* da base legal habilitante que hoje tem assento no artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020 e nos termos da qual essa finalidade específica surge expressa e precisamente enunciada: “o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás natural”. Razão pela qual a omissão *textual* do RRC/2020 em relação a esse pressuposto

regulamentar, apresentando em primeiro lugar e de forma sistematizada num mesmo capítulo a generalidade das disposições de relacionamento comercial que envolvem os consumidores”. A essa reorganização sistemática se parece ter ficado então a dever o facto de, ao contrário do que ocorria com os RRC de 2013 e de 2016, o mecanismo regulado de contratação em leilão ter deixado de beneficiar de um preceito “introdutório” como aquele a que davam corpo, nos anteriores Regulamentos, os respetivos artigos 65.º e 67.º, parcialmente transcritos na nota anterior, e que depois remetiam para as disposições que o classificavam como mecanismo regulado (artigos 202.º, n.º 1, a) e 150.º, n.º 1, a), respetivamente) e disciplinavam (artigos 203.º e 151.º, respetivamente), já sem referência ao pressuposto finalístico subjacente. Ora, só essas disposições têm hoje equivalência no corpo do RRC/2020 – nos artigos 265.º, n.º 1, c) e 268.º. É certo que o RRC/2020 continua a incluir uma secção específica relativa ao «Comercializador do SNG» (artigos 352.º e 353.º), local onde na economia dos Regulamentos de 2013 (artigos 63.º-65.º) e de 2016 (artigos 65.º-67.º) se inseria aquele preceito “introdutório”. Mas como agora essa secção específica surge sistematicamente colocada *depois* dos preceitos relativos aos mecanismos regulados em geral e ao mecanismo de contratação em leilão em particular, eis talvez a razão que explica que, entretanto, já não conste do corpo do RRC/2020 aquele anterior preceito “introdutório” e remissivo.

⁷⁵ Sobre estas hipóteses, que ocorrem quando “a norma de competência entrega ao agente administrativo um poder de, *segundo o seu critério*, determinar ou identificar a presença de um interesse, de uma razão de mérito ou de oportunidade e, na sequência disso, e se assim o entender, exercer uma determinada competência”, cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 281-282.

⁷⁶ Identificando a vinculação quanto ao *fim* como primeiríssimo «limite interno» na generalidade das hipóteses de concessão de poderes discricionários, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, 1.ª ed., Lisboa: Danúbio, 1982, p. 187; P. COSTA GONÇALVES, *Manual*, I, p. 235; é dizer, e ao menos classicamente, que o *fim* a prosseguir com a conduta administrativa corresponde a uma das “vinculações permanentes” da discricionariedade (cfr. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 3.ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 202).

finalístico não redunde, sequer, em ilegalidade das suas normas; antes, por simples e imediata via interpretativa, o que sucede é que esse pressuposto finalístico não pode nunca deixar de ser prosseguido pela ERSE se e quando determine a realização de leilões ao comercializador do SNG.

Pois, sem dúvida que “uma correta compreensão do princípio da unidade do sistema jurídico exige ao intérprete que privilegie os sentidos das normas regulamentares que mantenham a coerência entre estas últimas e os respetivos parâmetros de vinculação”⁷⁷. Donde, “tal como a interpretação da lei deve ser conforme à Constituição, a interpretação dos regulamentos deve ser conforme à lei”; mais: “deve ser também *positivamente orientada* para a prossecução plena e integral dos fins da lei regulamentada”⁷⁸. Eis pois as duas principais regras ordenadoras no domínio da interpretação de normas regulamentares, e cujo fundamento não é difícil de assimilar: quanto à primeira regra, deve-se ela, naturalmente, à incidência do princípio da legalidade, na subdimensão de *preferência de lei*, isto é, à primazia hierárquica da lei, associada aos postulados de coerência da ordem jurídica e de aproveitamento dos atos jurídicos; já a segunda corresponde a uma simples e imediata “consequência da natureza secundária da função administrativa e da existência de uma precedência total da lei”, o que faz com que a “a lei não deixe à Administração qualquer margem de liberdade na eleição dos fins da sua atuação”⁷⁹. Nestes termos, e talvez antes de mesmo de considerar as canónicas regras de interpretação que valem em relação para a generalidade dos atos normativos, no caso específico dos regulamentos administrativos haja que ter em devida e primeira conta que “os argumentos teleológicos de interpretação das normas regulamentares não atendem exclusivamente aos fins visados pelos regulamentos em que estão inseridas, mas também àqueles que a lei na qual estes se fundamentam pretende ver prosseguidos”⁸⁰.

18. Não parece assim que possa sofrer a mínima contestação a conclusão de que, se e quando pretenda *implementar* o mecanismo de contratação em leilão pelo comercializador do

⁷⁷ Cfr. A. R. GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos com Fundamento em Invalidez*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 298.

⁷⁸ Cfr. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.^a ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, p. 250.

⁷⁹ Cfr. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito*, III, p. 251.

⁸⁰ Cfr. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito*, III, pp. 261-262.

SNG atualmente previsto no artigo 268.º do RRC, a ERSE só o poderá fazer com o propósito de prosseguir a concreta finalidade de interesse público, legislativamente estabelecida, de “facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás”. De outra forma, os atos (individuais ou regulamentares) que aprove para esse efeito – isto é, em (suposta) execução do disposto no artigo 268.º do RRC –, mesmo quando orientados à prossecução de outras finalidades de interesse público, padecerão do classicíssimo mas ainda pertinente vício de *desvio de poder* – entenda-se, de *desvio de poder* para (outros) fins de interesse público⁸¹.

É que, por força da conjugação dos axiais princípios da prossecução do interesse público e da legalidade, não restam dúvidas de que não basta às entidades administrativas prosseguir, com as suas atuações, um qualquer fim de interesse público. Como na liminar formulação do CPA do princípio da legalidade bem se sintetiza, para além de “dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos”, todos os órgãos administrativos só podem mesmo atuar “em conformidade com os respetivos fins” (artigo 3.º, n.º 1). Sendo nestes termos e num certo sentido o princípio da prossecução do interesse público “um outro nome do princípio da legalidade, pois é a lei que, de forma direta ou indireta, tem a responsabilidade de indicar o interesse público que a Administração deve prosseguir”⁸², irrefutável é a ideia de que “a Administração só pode prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei para cada concreta atuação administrativa normativamente habilitada”⁸³, pelo que “constitui desvio de poder o exercício do poder para a prossecução de fins diferentes daqueles que a lei teve em vista, mesmo que também correspondam a interesses públicos”⁸⁴. Tudo porque, enfim e naturalmente, a Administração Pública “não pode procurar atingir resultados ou finalidades distintas das identificadas pelo legislador para o exercício dos poderes em causa”⁸⁵.

⁸¹ Não, portanto, de um caso de *desvio de poder* para fins de interesse privado, a que aliás se refere, como causa de nulidade dos atos administrativos, o atual artigo 161.º, n.º 2, e), do CPA. Sobre a também mais do que clássica bipartição entre estas duas submodalidade do *desvio de poder*, cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 354-355; M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito*, III, p. 165; P. COSTA GONÇALVES, *Manual*, I, pp. 237-238; P. OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 529-530.

⁸² Cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Manual*, I, p. 398.

⁸³ Cfr. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito*, I, p. 208.

⁸⁴ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções*, I, p. 187.

⁸⁵ Cfr. P. OTERO, *Direito*, I, p. 528.

19. Retornando à *Consulta* e aos termos em que nela se projeta a instituição de um mecanismo regulado de venda de gás através de leilão pelo comercializador do SNG, é justamente uma hipótese dessas a que potencialmente se observa.

De facto, e assumidamente, a ERSE reconhece que o leilão que projeta instituir no atual contexto se destina a reagir perante a “maior exposição dos agentes de mercado, em particular dos agentes de menor dimensão e/ou sem presença direta no aprovisionamento de gás natural, a uma elevada volatilidade e imprevisibilidade de condições e preços de mercado”⁸⁶, isto é, a minimizar “os impactes adversos na liberalização do mercado e na própria intensidade concorrencial, para além dos diretos riscos de natureza sistémica, que uma saída de consumos e de operadores menos ordenada possa representar para todos os agentes”⁸⁷.

Ou seja, e de modo mais concreto, os objetivos subjacentes à proposta da ERSE são: (i) primeiro, “mitiga[r] os riscos de redução de consumos de gás natural (como resposta direta ao sinal de preço”); (ii) segundo, “permiti[r] uma potencial uma potencial diversificação das condições de aprovisionamento em preço”); (iii) terceiro, e conseqüentemente, “mitigar, mesmo que parcialmente, os riscos de insolvência de comercializadores”); (iv) quarto, “aumentar a liquidez das transações no VTP, que é negativamente afetada pelo nível dos atuais preços”⁸⁸. Numa palavra, e em síntese, a ERSE projeta a instituição de um mecanismo de leilão para a contratação de gás do comercializador do SNG com o propósito de mitigar os riscos – de vária ordem – associados ao contexto atual de subida de preços no mercado grossista. E pode mesmo dizer-se que, no que respeita aos comercializadores, sobretudo os de menor dimensão, o propósito fundamental é garantir a sua solvência e a sua permanência no mercado nacional de gás natural.

Quer dizer: na medida em que os propósitos explicitamente assumidos pela ERSE são outros – *brevitatis causa*, a mitigação dos impactos associados à subida dos preços no mercado grossista, em particular a eventual perda de consumos – que não os da promoção da entrada de novos agentes no mercado nacional de gás, está clara a divergência entre o *fim real* na base do qual a ERSE pretende suportar a sua atuação e o *fim legal* indiscutível e

⁸⁶ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

⁸⁷ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

⁸⁸ Cfr. a *Consulta*, p. 7.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

discriminadamente associado ao mecanismo de leilão habilitado pelo artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020 e disciplinado no artigo 268.º do RRC.

E contra esta linear divergência não pode valer a tentativa, mais ou menos implicitamente assumida na *Consulta*, de atribuir ao mecanismo de leilão hoje previsto no artigo 268.º do RRC um propósito amplo e genérico de “fomentar a concorrência no mercado de gás natural”⁸⁹. Tem-se por certo que a facilitação da entrada de novos agentes no mercado do gás é a forma talvez mais básica de “fomentar a concorrência”. Sucede que o pressuposto finalístico concretamente definido pela lei como condição para poderem ser ordenados leilões de gás pelo comercializador do SNG não assenta no objetivo *geral* de potenciação ou preservação da concorrência; assenta isso sim no objetivo *específico* de promover a entrada de novos agentes no mercado.

20. Razões pelas quais, em suma, a instituição do mecanismo regulado de venda de gás projetado na *Consulta* não pode ser levada a cabo *em execução* do disposto no artigo 268.º do RRC. Ou, no que é dizer o mesmo: todo e qualquer ato – regulamentar ou administrativo *stricto sensu* – da ERSE que assim seja aprovado ou emitido será, por *desvio de poder*, ilegal e inválido, *ex vi* artigos 143.º, n.º 1, e 163.º, n.º 1, do CPA.

2.1.2 A via da alteração do RRC pela ERSE

21. Não se duvida que, na sua qualidade de entidade administrativa independente com funções de regulação económica, à ERSE assista uma amplíssima competência regulamentar, a qual se pode traduzir não apenas na emissão de *regulamentos de execução*, mas também na emissão de *regulamentos independentes*, isto é, na aprovação de normas regulamentares definidoras de uma disciplina inovadora primária, porque não precedidas de normas legislativas regulativas, bastando-se assim a lei a servir de base habilitante para o efeito em termos subjetivos (indicando a entidade competente para a respetiva emissão) e

⁸⁹ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

objetivos (delimitando a matéria a regulamentar)⁹⁰. Implicando uma indiscutível “retração do princípio da legalidade”, por conta da “autocontenção do legislador e pela devolução às entidades reguladoras de significativos poderes de produção normativa”, o reconhecimento de um amplo espaço de competência regulamentar independente às entidades reguladoras é, de resto e inequivocamente, um dos traços marcantes do desenho institucional do *Estado Regulador*⁹¹.

Daí que, nos termos gerais previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (‘LQER’)⁹², para além da garantia de que a capacidade jurídica das entidades reguladoras abrange a prática de “*todos os atos jurídicos (...) necessários à prossecução das suas atribuições*” (artigo 12.º, n.º 1), se reconheça, como manifestação primeira dos seus «poderes de regulamentação», a competência para “*elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular referidas a interesses, obrigações ou direitos das entidades ou atividades reguladas ou dos seus utilizadores*” (artigo 40.º, n.º 1, a)). É certo que, como quaisquer outros, também a delimitação deste poder regulamentar – subjetivamente atribuído aos respetivos conselhos de administração (artigo 21.º, n.º 1, i)) – se encontra na dependência dos “*termos e limites dos estatutos*” de cada entidade reguladora em concreto. Sucede que, no caso da ERSE, os seus Estatutos⁹³ confirmam, com assinalável largueza, a extensão desse poder, genericamente traduzido na atribuição da “*competência para a elaboração e aprovação de regulamentos que sejam necessários ao desempenho das suas atribuições e que sejam destinados à aplicação da legislação que disciplina a organização e o funcionamento dos setores que*

⁹⁰ Esta clássica distinção entre regulamentos *de execução* e *independentes* tem, na ordem jurídica portuguesa, pergaminhos constitucionais a respeito dos regulamentos governamentais (artigo 112.º, n.º 6 e 7 da Constituição) e, desde 2015 e em termos mais gerais, no CPA (artigo 136.º, n.º 2 e 3, que define os segundos como os que “*visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitam*”). Classicamente sobre a distinção, na base do critério «material» agora pressuposto pelo CPA, cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 153-155; para um critério mais formal, assente na ideia de que na base dos independentes estão apenas normas constitutivas (de competência) e dos de execução estão – também – normas regulativas, já parcialmente disciplinadoras da matéria sobre que incidem depois as normas regulamentares, cfr. P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, II, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 339-340.

⁹¹ Assim, em termos gerais, cfr. P. COSTA GONÇALVES, ‘Direito Administrativo da Regulação’, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 38-42; M. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 254-255; A. R. GONÇALVES MONIZ, ‘A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo português (algumas questões)’, *BFDUC* 80 (2004), pp. 518-524.

⁹² Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e por último alterada pela Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

⁹³ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, por último alterado pelo Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de junho.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

integram o âmbito da regulação a seu cargo” (artigo 9.º, n.º 1), incluindo designadamente, no que respeita ao âmbito do SNG, o Regulamento de Relações Comerciais (artigo 9.º, n.º 2, a), ii)).

Firmada que está a conclusão de que a instituição do mecanismo regulado de venda de gás projetado na *Consulta* não pode manifestamente ser levada a cabo *em execução* do regime atualmente previsto no artigo 268.º do RRC, dir-se-ia então que, de modo a superar as limitações finalísticas inerentes ao mecanismo de leilão aí disciplinado, bastaria à ERSE intervir regulamentarmente sobre o RRC, seja alterando esse preceito, seja eventualmente aditando outros. Tudo de modo a dar cobertura regulamentar ao tipo – finalisticamente diferente – de leilão projetado na *Consulta*; e tudo ao abrigo da genérica competência regulamentar reconhecida na LQER e atribuída pelos seus Estatutos.

Note-se aliás que, não obstante o modelo aparentemente meramente *executor* que parece estar subjacente à proposta de instituição desse mecanismo de leilão *in casu* (v. *supra*), a *Consulta* não deixa de reconhecer que, de entre as várias medidas nela projetadas, algumas dispõem de “incidência meramente regulamentar, pelo que (...) a ERSE promoverá a sua consulta ou implementação dentro do quadro legal existente, de modo a concretizar os respetivos desenvolvimentos regulatórios”⁹⁴.

Poderá então ser essa via – ou seja, a via de intervenção regulamentar pela ERSE – suficiente para enquadrar o mecanismo regulado de venda de gás agora projetado na *Consulta*? A resposta é – só pode ser – negativa.

22. É que, por extensa que seja – e é – a autonomia organizatória e funcional das entidades administrativas independentes com funções de regulação económica, premissa irrenunciável é a de que elas não deixam de ser “elementos da Administração Pública que desenvolvem funções administrativas com integral subordinação ao Direito Administrativo”⁹⁵.

Por isso, e por força da sua sujeição ao princípio da legalidade, “o exercício dos seus poderes regulamentares tem de respeitar a Constituição e as leis”, pelo que, mesmo em relação a regulamentos independentes por elas aprovados, “não podem, enquanto regulamentos, pretender verdadeiramente inovar, mas sim executar ou concretizar, num

⁹⁴ Cfr. a *Consulta*, p. 3.

⁹⁵ Cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra: Almedina, 2019, p. 824.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

segundo plano, a ordem jurídica existente”, devendo a competência regulamentar das entidades administrativas reguladoras ser exercida “nos termos e limites da lei”⁹⁶. Ou seja, sem prejuízo de se reconhecerem “os imperativos que conduzem ao reforço do regulamento enquanto instrumento do direito administrativo da regulação, importa não desconhecer, como referencial, a ordem constitucional das fontes de direito e, em concreto, a exigência de submissão do regulamento à lei”⁹⁷.

Por certo que o exercício das competências regulamentares das entidades reguladoras se revelará relativamente incondicionado, expressando mesmo uma manifestação de *discricionariedade regulatória*, nas hipóteses em que a matéria a regulamentar não tenha sido, de modo algum, já previamente atingida por quaisquer normas legais regulativas⁹⁸.

Tudo muda, porém, a partir do momento em que a lei pré-estabeleça, mais ou menos densamente, limites substantivos (objetivos ou finalísticos), formais ou procedimentais à atividade regulamentar das entidades reguladoras em certos domínios. É que, se assim for, sobre a autonomia regulamentar das entidades reguladoras passam a incidir imperativamente os ditames da lei. No fundo, vale aqui o princípio da *preferência de lei*, que a LQER e no seu encaço os próprios Estatutos da ERSE não deixam de declarativamente reconhecer, antepondo à capacidade genérica de atuação desta entidade a “*observância do princípio da legalidade no domínio da gestão pública*”⁹⁹ e prescrevendo, também sem qualquer surpresa, a proibição de mobilização dos seus poderes para “*finalidades diversas das que lhes tenham sido cometidas*”¹⁰⁰.

23. Ora, no caso dos leilões para venda de gás por parte do comercializador do SNG, apurou-se já que desde 2012, em termos entretanto inalteradamente conservados em 2020, a lei fixou, com precisão, o concreto pressuposto finalístico subjacente à sua realização: tais leilões só podem ser instituídos “*com o objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás*”. É pois apenas em atenção e em concretização desse específico objetivo que – prossegue o atual artigo 59.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/2020 – “*o Regulamento de Relações*

⁹⁶ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os poderes normativos e de resolução de litígios das entidades reguladoras independentes’, in *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 143-146.

⁹⁷ Cfr. P. COSTA GONÇALVES, ‘Direito Administrativo da Regulação’, p. 42.

⁹⁸ Cfr. P. COSTA GONÇALVES, *Manual*, I, pp. 288-290.

⁹⁹ Cfr. o artigo 12.º, n.º 1 da LQER = artigo 4.º, n.º 1 dos Estatutos da ERSE.

¹⁰⁰ Cfr. o artigo 12.º, n.º 3 da LQER = artigo 4.º, n.º 3 dos Estatutos da ERSE.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Comerciais pode prever a realização pelo comercializador do SNG de leilões (...) de gás para satisfação dos consumos nacionais”. Limitação finalística essa a que crescem ainda nos termos desse preceito, e como igualmente já se apurou, limitações de outra ordem: uma regra de anualidade (n.º 1), uma regra de destinação do gás adquirido nos leilões ao consumo em instalações situadas em território nacional, excluindo os centros electroprodutores em regime ordinário (n.º 2), e a exigência de auscultação prévia do comercializador do SNG para efeitos de definição dos termos e condições da sua realização (n.º 3).

Significa isto que qualquer intervenção regulamentar da ERSE a este respeito se traduzirá necessariamente na aprovação de normas que não serão em rigor *independentes*, mas antes *executivas* – isto é, tratar-se-á de sempre normas que incidirão sobre uma matéria já parcialmente regulada e orientada pela lei. Eis pois um caso em que “a matéria sobre a qual recairá a regulação da norma regulamentar foi, quanto ao seu núcleo de regulação principal, já objeto de regulação jurídica parcial pela norma legal de conduta, assim se excluindo, por efeito da norma *lex superior*, uma incompatibilidade de efeitos entre norma regulamentar e norma legal”¹⁰¹. Ou seja, sobre as normas que a ERSE venha a aprovar em matéria de realização de leilões por parte do comercializador do SNG incidirá sempre e inevitavelmente uma “imposição de conexão material e relação necessária de compatibilidade, dado que a matéria sob a qual recaem já foi algo de regulação jurídica por normas constantes de ato legislativo”¹⁰² – em concreto, pelas normas constantes do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.

Viu-se na rubrica anterior ser no essencial a vinculação ao pressuposto finalístico aí definido que bloqueia por completo a hipótese de o leilão projetado na *Consulta* vir a ser ordenado e realizado *em execução* do disposto no atual artigo 268.º do RRC. Do que se trata agora é de compreender que esse pressuposto funciona simultaneamente como *limite* ao exercício do poder regulamentar da ERSE nesta matéria. Quer isto dizer, em termos simples, que apesar de em termos de habilitação legal o mecanismo da contratação por via de leilão pelo comercializador do SNG poder ser previsto no RRC – isto é: poder ser objeto de regulamentação por parte da ERSE, em exercício das suas competências regulamentares –, apenas o poderá ser *se e na medida* em que o mesmo se oriente à prossecução daquela concreta

¹⁰¹ Cfr. P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, pp. 339-340.

¹⁰² Cfr. P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, p. 382.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

finalidade de interesse público recortada pela lei: o “*objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás*”. Esse é pois um limite regulativo – «externo» e inultrapassável, porque legalmente estabelecido – aos poderes regulamentares da ERSE neste domínio.

24. Conclui-se, pois, ser juridicamente inviável que o mecanismo de leilão projetado na *Consulta* venha a poder ser determinado e disciplinado pela ERSE ao abrigo de (novas) normas regulamentares aprovadas por esta entidade administrativa, modificativas ou aditivas de preceitos do RRC. É que, na medida em que essas normas inevitavelmente desrespeitariam o pressuposto finalístico legalmente estabelecido pelo artigo 59.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 62/2020 – porque, já se viu, o leilão projetado na *Consulta* visa prosseguir outras finalidades –, elas seriam ilegais e inválidas, nos termos do artigo 143.º, n.º 1 do CPA, novamente por *desvio de poder*. Donde, por arrasto, quaisquer atos (*v.g.*, o que ordenasse a sua realização) ou normas (*v.g.*, as que que definissem os termos e condições da sua realização) da ERSE que viessem a dar execução a essas putativas novas normas regulamentares surgiriam conseqüentemente ilegais e inválidos, *ex vi* artigos 143.º, n.º 1, e 163.º, n.º 1, do CPA, sempre e novamente por *desvio de poder*.

25. E contra esta conclusão não vale, anote-se, o hipotético argumento de que o pressuposto finalístico – recorde-se uma vez mais: o “*objetivo de facilitar a entrada de novos agentes no mercado de gás*” – prescrito pela lei se deveria interpretar como mera proclamação «programática» ou «política» do legislador, carecendo assim, em termos estritamente jurídicos, de qualquer força vinculante em relação ao exercício de competências regulamentares por parte da ERSE neste domínio.

Não é assim desde logo porque, enquanto elemento da *fattispecie* da norma legal que primariamente regula os termos em que pode ser determinada a realização de leilões pelo comercializador do SNG, esse pressuposto tem, por definição, um alcance jurídico e por isso vinculante, não podendo ser derogado ou ultrapassado por qualquer ato regulamentar. À luz do disposto no artigo 112.º, n.º 5 da Constituição – em cujos termos as leis não podem habilitar que atos infralegais se encarreguem de, entre o mais, “*modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos*” –, não pode aliás ser outra a interpretação do enunciado do artigo 59.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 62/2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Seja como for, ponto assente é também que, “da ótica do órgão com competência regulamentar, a vinculação material à lei não constitui apenas um dever de observância da lei habilitante, significando antes uma subordinação às opções jurídico-políticas de fundo adotadas pelo legislador”, consequência de a lei “constituir sempre o programa de ação no interior do qual se move, com maior ou menor autonomia, o regulamento administrativo”¹⁰³. E em sendo assim, admitir que poderia a ERSE modelar regulamentarmente um mecanismo de venda regulada de gás de tipo leilão à margem das finalidades delimitadas pelo legislador corresponderia a aceitar competir afinal a esta entidade administrativa, e não ao Governo ou à Assembleia da República, a redefinição de opções regulatórias já assumidas e vertidas em lei. Acaso isso fosse assim, porém, incorreria a ERSE em tudo quanto emitisse ou aprovasse num outro também mais do que clássico «vício» das atuações administrativas: *usurpação de poderes*, por invasão do exercício de competências próprias da função legislativa.

2.2 A eventual alteração do atual quadro legislativo

2.2.1 Ponto de ordem

26. Resulta das rubricas anteriores que, *ao abrigo do atual quadro legislativo*, a ERSE não está em condições de ordenar a realização de um leilão com o perfil recortado na *Consulta*. Não o pode fazer, desde logo, *executando* o disposto no atual artigo 268.º do RRC, tendo em vista a inevitável dependência do mecanismo aí previsto em relação ao pressuposto finalístico recortado pelo disposto no artigo 59.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 62/2020; *mutatis mutandis*, é também a subordinação da ERSE a esse pressuposto que a inibe de, por via regulamentar, vir a prever, no RRC, um mecanismo de leilão com alcance distinto do legalmente habilitado.

Reconhece-se contudo na *Consulta* que “algumas das medidas colocadas em discussão, sendo objeto de consenso por parte dos agentes, requerem ulterior

¹⁰³ Cfr. A. R. GONÇALVES MONIZ, *A Recusa*, p. 477.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

desenvolvimento do quadro legal, pelo que a ERSE fará, sendo esse o caso, a correspondente proposta ao legislador”¹⁰⁴.

Assente que está a inviabilidade de a ERSE poder vir a ordenar e a disciplinar o mecanismo regulado de venda de gás projetado na *Consulta* ao abrigo do atual quadro legislativo, impõe-se assim apurar se e em que condições uma eventual intervenção legislativa poderia vir a caucionar esse mecanismo. Pense-se, por hipótese, numa intervenção legislativa que, modificando cirurgicamente o atual artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020, dele eliminasse o referido pressuposto finalístico, dessa feita alargando a possibilidade de realização de leilões de venda de gás para, teoricamente, quaisquer cenários; ou pense-se, também por hipótese, no aditamento de novos números a esse preceito, ou mesmo no aditamento de novos preceitos, que habilitassem a realização de leilões para o fim agora projetado na *Consulta* – isto é, e genericamente, a mitigação dos impactos resultantes do aumento do preço de venda de gás no mercado grossista.

Por certo que putativas intervenções legislativas deste género caucionariam, em termos de habilitação legal, o mecanismo de leilão que a ERSE projeta na *Consulta*. Sucede que, a nosso ver, essas eventuais normas legislativas padeceriam inevitavelmente de inconstitucionalidade material. Primeiro, porque implicariam necessariamente *restrições* a direitos fundamentais do comercializador do SNG – a GGN, S.A.; segundo, porque essas *restrições* desrespeitariam os princípios estruturantes da tutela da confiança, da igualdade e da proporcionalidade.

À demonstração disso mesmo se dedicam as rubricas seguintes. Antes de prosseguir, anote-se em qualquer caso que o que nas linhas seguintes se desenvolverá se aplica, *mutatis mutandis* e até mesmo por maioria de razão, a uma putativa intervenção meramente regulamentar por parte da ERSE. Viu-se já que essa via é legalmente inadmissível – ou seja, que as normas regulamentares que a ERSE viesse a aprovar para o efeito de concretizar o modelo de leilão previsto na *Consulta* padeceriam, desde logo, de ilegalidade, por *desvio de poder*. Mas, ao corporizarem igualmente *restrições* a direitos fundamentais da GGN, S.A. violadoras daqueles três princípios estruturantes, tais normas revelar-se-iam, igualmente, materialmente inconstitucionais.

¹⁰⁴ Cfr. a *Consulta*, p. 3.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

2.2.2 Restrição a direitos fundamentais da GGN, S.A.

a) Propriedade privada

27. Se há “ponto firme” na extração do significado ínsito ao enunciado constitucional de que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte” (artigo 62.º, n.º 1 da Constituição), e que não justifica maiores desenvolvimentos na economia deste parecer, é ele o da “não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o correspondente conceito constitucional”, o que faz imediatamente com que “a garantia constitucional da propriedade proteja os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais tutelados pela lei civil, ou o direito real máximo”¹⁰⁵.

Não surpreende por isso que a consequência lógica da amplitude do conceito constitucional de «propriedade privada» seja, de acordo com linhas firmes da nossa jurisprudência constitucional, o reconhecimento de que o direito fundamental que a tem por objeto “não abrange apenas a *proprietatis rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos normalmente não incluídos sob a designação de «propriedade»”¹⁰⁶; enfim, a assunção de que a consequência “da inclusão dos direitos patrimoniais privados, amplamente entendidos, no âmbito da garantia constitucional da propriedade, [é] a garantia das posições jurídicas ativas de índole patrimonial”¹⁰⁷.

Sendo então ponto firme a ancoragem de todo e qualquer *bem patrimonial* no âmbito da tutela constitucional da propriedade privada, certeza absoluta pode também afiançar-se quanto à dupla circunstância de que:

- (i) Por um lado, por entre as múltiplas dimensões, objetivas e subjetivas, em que se desdobra esse direito fundamental, se contam, como as talvez mais radicalmente subjetivas, o *direito a não ser privado* dos bens patrimoniais (corpóreos ou não) de

¹⁰⁵ Cfr. o Acórdão do TC n.º 421/2009 (Proc. n.º 667/2009), de 13.08.2009.

¹⁰⁶ Cfr. o Acórdão do TC n.º 491/02 (Proc. n.º 310/99), de 26.11.2002.

¹⁰⁷ Cfr. o Acórdão do TC n.º 218/2020 (Proc. n.º 397/2019), de 17.04.2020; também sintetizando no sentido de que “se integram no direito constitucional de propriedade não só a propriedade no sentido do atual direito civil, mas todo o direito privado patrimonial”, cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*, Lisboa: FFMS, 2010, p. 65.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

que se é titular, de um lado, e o — aliás consequente — *direito a não ser forçado a transmitir* esses bens, de outro¹⁰⁸;

- (ii) Por outro lado, ambas estas subdimensões do direito fundamental à propriedade privada, que é formal e sistematicamente arregimentado no texto constitucional português no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais, gozam, por força do disposto no artigo 17.º da Constituição, de natureza *análoga* aos direitos, liberdades e garantias e, assim, beneficiam da tutela apesar de tudo reforçada que a ordem jurídica portuguesa empresta aos direitos de liberdade¹⁰⁹.

Em suma, porque da ordem jurídico-constitucional portuguesa se extrai, em relação a quem seja proprietário (*lato sensu*) um verdadeiro e próprio “direito subjetivo público de defesa ou manutenção dessa posição” e, correlativamente, o dever de o Estado “assegurar ao respetivo titular um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial”, posições assentes no imperativo de proteção de “todos os direitos subjetivos de conteúdo patrimonial que são destinados pela ordem jurídica ao respetivo titular, numa base exclusiva, para o seu aproveitamento privado e disposição”¹¹⁰, não restam então dúvidas quanto ao facto de uma qualquer norma legal que imponha a alguém uma *obrigação* de dispor dos seus bens de uma certa maneira implicar uma *restrição* ao direito fundamental de propriedade. Em particular, essa restrição traduz-se na amputação das seguintes dimensões radicalmente subjetivas — e por isso *análogas* a direitos de liberdade — em que este direito (também) se desdobra: o *direito a não ser privado* de bens de que se é proprietário e o — logicamente consequente — *direito a não transmitir* esses bens.

28. A esta luz, pode dizer-se não ser difícil compreender por que razão é que, se acaso se vier a regular legislativamente a hipótese de a ERSE poder determinar a realização de leilões que tenham por objeto o gás contratado através dos contratos de aprovisionamento de

¹⁰⁸ Cfr. R. MEDEIROS, *sub* Artigo 62.º, pp. 1247-1248.

¹⁰⁹ Cfr. R. MEDEIROS, *sub* Artigo 62.º, pp. 1252 e ss., com mais indicações e com a síntese de que “a única dimensão do direito fundamental de propriedade que a nossa jurisprudência não hesita em reconhecer efetivamente como um direito análogo, com tudo o que isso implica, é a garantia de não ser privado da propriedade”; também para esse reconhecimento, cfr. J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 653 e ss.

¹¹⁰ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade*, pp. 63-64.

longo prazo titulados pela GGN, S.A., nos termos e para os propósitos projetados na *Consulta*, semelhante intervenção redundaria numa efetiva *restrição* do direito fundamental de propriedade privada desta empresa¹¹¹.

Desde logo, e mesmo que à partida parecesse poder escapar ao âmbito de um conceito mais estrito de *coisa corpórea*, deve ter-se presente que os *gases*, qualquer que seja o seu estado físico (gasoso ou líquido), devem ser efetivamente compreendidos, à luz da ordem jurídica portuguesa, como *coisas corpóreas* – isto é, como *quids* apreensíveis pelos sentidos¹¹². Ora, sendo inequívoco que as *coisas corpóreas* constituem o núcleo irredutível do conceito de «propriedade», a começar no plano da própria lei civil¹¹³, não parece que se possa por um segundo duvidar que, quando nos termos do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição se tutela o direito fundamental de propriedade privada, aí se inclui a posição de quem seja proprietário de gases. Justamente o que sucede com a GGN, S.A. e com o gás natural que esta empresa adquire através dos contratos de aprovisionamento de longo prazo de que é titular.

Por outro lado, e no que é também nada mais do que uma evidência, essa propriedade que assiste à GGN, S.A. é *privada*. Pois, como acima já se recapitulou, os referidos contratos, provindos da relação concessória antes estabelecida entre o Estado e uma empresa historicamente pública, integram, desde 2006, o domínio de atividade de uma empresa –

¹¹¹ Sem que o ponto mereça ser aqui desenvolvido, até por pertencer às dissensões mais profundas de toda a dogmática jusconstitucional, anote-se que a análise subsequente avança assumindo um conceito «amplo» de *restrição* a direitos fundamentais, como significando a diminuição ou limitação das vantagens *prima facie* garantidas por uma posição jurídica integrada no conteúdo de um direito fundamental. No fundo, trata-se de uma “ação estatal que afeta o acesso individual a um bem jusfundamentalmente protegido” (cfr. J. REIS NOVAIS, *Limites aos Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2021, p. 27), isto é, de uma “ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações que dele resultam para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental” (cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 247).

¹¹² Sem hesitar nessa recondução, cfr., *v.g.*, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XIII, Coimbra: Almedina, 2022, p. 452, sinalizando que “as coisas corpóreas abrangem, desde logo, as porções limitadas de matéria em estado sólido”, mas destacando pertinentemente que, “ao contrário de certo uso comum da expressão, são coisas corpóreas, também, os líquidos e os gases”; identicamente, cfr. J. ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 140: “as energias e os gases são realidades pertencentes ao mundo material e, com tal, suscetíveis de apreensão pelos sentidos humanos; são, enfim, coisas corpóreas”. A classificação do gás como «coisa corpórea» e, em particular, como «coisa móvel», é também pacífica no domínio jus-penal, estando há muitíssimas décadas resolvida, no sentido positivo, a questão de saber se a respetiva subtração se compreende no âmbito, *inter alia*, das previsões incriminadoras do furto e do roubo: cfr., *v.g.* e com referências, o Acórdão do TRLisboa de 9.10.2013 (509/11.0TDLSB.L1-3): “o gás, sendo matéria existente no Universo, quantificável e controlável porque ocupa espaço, e dotado de utilidades suscetíveis de apropriação individual, integra o conceito de coisa móvel”.

¹¹³ Recorde-se o disposto no artigo 1302.º do Código Civil: “só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade”.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

entretanto privatizada, nos planos formal e substancial – que exerce, em regime de licença, a atividade de comercialização de gás natural em regime de mercado livre. Donde, sem surpresa, todo o conjunto de situações jurídicas emergentes desses contratos se reconduzem à esfera patrimonial jurídico-privada dessa empresa. Incluindo, à cabeça, o direito de propriedade sobre o gás adquirido.

Por fim, não restam dúvidas de que uma putativa intervenção legislativa com aquele alcance afetaria, em termos *restritivos* – por amputar limitativamente o exercício de – posições jurídicas indiscutivelmente abrangidas pelo direito fundamental de propriedade. Com efeito, ao impor – ou, no que é o mesmo: ao habilitar a ERSE a poder decidir a imposição – à GGN, S.A. da venda de gás através de um mecanismo de leilão obrigatório, o legislador que assim atuasse estaria, desde logo, a *privar* esta empresa de um bem de que ela é titular – pois que, ao invés de permanecerem na sua esfera de livre disposição, os volumes de gás que viessem a ser submetidos a leilão passariam a integrar uma esfera de potencial aquisição por parte de outros comercializadores ou de consumidores finais, sob definição regulatória da ERSE. É pois cristalina a afetação que daí resultaria ao *direito a não ser privado* de bens patrimoniais, que a Constituição protege ao abrigo do direito fundamental de propriedade privada. Simultaneamente, qualquer intervenção legislativa que a tanto habilitasse afetaria, do mesmo modo, o *direito a não transmitir* também compreendido no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade. Logicamente, perde a liberdade de não os transmitir quem se veja sob o domínio de uma obrigação (legal e/ou administrativa) de vender bens de que é proprietário. Precisamente o que sucederia na hipótese de a tanto ser obrigada a GGN, S.A., em termos habilitados por lei e depois executados por decisão administrativa.

b) Liberdade contratual

29. Base fundante de todo o Direito Privado, a autonomia privada desdobra-se, no que respeita aos domínios de atuação contratual dos sujeitos, em duas classicíssimas «liberdades»: a liberdade contratual *stricto sensu*, ou liberdade de celebração, ao abrigo da qual se habilita a prática ou não prática de quaisquer atos jurídicos e com isso a produção, ou

não produção, dos efeitos jurídicos a eles associados; e a liberdade de estipulação, ao abrigo da qual se concede aos sujeitos o poder de definir o tipo concreto de efeitos a produzir pela prática de atos jurídicos¹¹⁴. E o que da soma dessas liberdades resulta é, em síntese, a salvaguarda do “poder de autodeterminação de cada homem para, dentro dos limites da lei, livre e esclarecidamente, praticar, deixar de praticar ou fixar o conteúdo de atos, negócios ou contratos dotados de eficácia jurídica e que basicamente regulem a sua inserção na sociedade civil”¹¹⁵.

É certo que não se documentam no texto constitucional português quaisquer referências nominais à «autonomia privada» ou à «liberdade contratual»; muito em particular, nenhuma dessas expressões é utilizada no enunciado de qualquer norma de direitos fundamentais.

Mas o amparo constitucional da autonomia privada e da subjacente liberdade contratual não merece, entre nós, qualquer contestação. Antes da revisão constitucional de 1997, essa filiação constitucional da autonomia privada já poderia extrair-se indiretamente da enunciação de direitos que necessariamente a pressupõem ou implicam — liberdade de associação, liberdade de escolha da profissão, liberdade de iniciativa económica privada, direito à propriedade, entre outros¹¹⁶. Mas o certo é que, desde então, não restam dúvidas de que os espaços jusfundamentais de proteção constitucional da autonomia privada e da liberdade contratual se compreendem desde logo no âmbito da *liberdade geral de ação* que irradia do — omnicomprensivo — direito ao (livre) *desenvolvimento da personalidade*, consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição¹¹⁷.

¹¹⁴ Para esta basilar e correntíssima decomposição, cfr., por exemplo, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 951-954.

¹¹⁵ Cfr. R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 281.

¹¹⁶ Já com essa conclusão, cfr., v.g., J. M. SÊRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 438.

¹¹⁷ Para essa pacífica extração, cfr. J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 148, nota; R. MEDEIROS/A. CORTÊS, *sub Artigo 26.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 612; J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 465; J. REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 590-591; R. PINTO DUARTE, ‘O equilíbrio contratual como princípio jurídico’, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1343-1344; e mesmo numa leitura globalmente «cética» do alcance expansivo do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade como base de uma *liberdade geral de ação*, mas sem recusar ter esse direito por objeto “as formas mais elementares de autonomia individual e da liberdade da ação humana, desde que não estejam adequadamente abrangidos pelo âmbito de proteção de qualquer dos concretos direitos, liberdades e garantias”, cfr. J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação*, II, p. 501; sensivelmente assim, já numa ótica jus-civilística, cfr. M. MIRANDA BARBOSA/T. PRIETO ÁLVAREZ, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 14 e ss. e 120 e ss.

30. À ancoragem geral da autonomia privada e da inerente liberdade contratual no âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade acresce aliás, no texto constitucional português, a tutela — se se quiser, *especial* — que a esses mesmíssimos bens é fornecida por via da liberdade de iniciativa económica privada, protegida nos termos do artigo 61.º, n.º 1 da Constituição.

Por certo que a dimensão mais radical desse direito fundamental se traduz na *liberdade de iniciar* uma atividade económica privada («liberdade de estabelecimento»).

Mas não há entre nós dúvidas de que ao raio de proteção garantido pela liberdade de iniciativa económica se reconduz também a *liberdade de desenvolver* uma atividade económica privada («liberdade de empresa»). É dizer: “a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido: consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade económica e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa”¹¹⁸. E o certo é também que no interior desta segunda vertente da liberdade de iniciativa económica privada se conta seguramente, entre outras, a “liberdade da atividade da empresa no mercado, que inclui a liberdade de fixação de preços, a liberdade de distribuição e venda, a liberdade de concorrência e publicidade e a liberdade contratual”¹¹⁹. Quer isto então dizer que “a liberdade de empresa é, em grande medida, uma *liberdade de atuação jurídica*”, enquanto base fundante da autonomia privada e da correlata liberdade contratual¹²⁰.

31. Em suma, seja como derivação da liberdade geral de ação *prima facie* protegida através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja mais especificamente como extração da liberdade de iniciativa económica privada, algo é certo: a liberdade contratual tem, na ordem jurídica portuguesa, tutela constitucional enquanto bem jusfundamental; e tem-no, mesmo quando extraída do formalmente «social» direito à livre iniciativa económica, expressão através de uma posição que comunga da natureza *defensiva*

¹¹⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 790; no mesmo sentido, cfr., v.g., V. MOURA RAMOS, ‘O direito fundamental à iniciativa económica privada: termos da sua consagração no Direito Constitucional português’, *BFDUC* 77 (2001), p. 840; E. FERREIRA MENDES, *sub* Artigo 61.º, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1183; na jurisprudência do TC, para o pacífico reconhecimento desta dupla dimensão, cfr., v.g., os Acórdãos n.º 358/05 (Proc. n.º 138/05), de 6.07.2005, e n.º 304/2010 (Proc. n.º 289/2009), de 14.07.2010.

¹¹⁹ Cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*, I, Coimbra: Almedina, 2014, p. 400.

¹²⁰ Cfr. E. FERREIRA MENDES, *sub* Artigo 61.º, p. 1216.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

típica dos direitos de liberdade. Resulta efetivamente da Constituição portuguesa a liberdade *prima facie* de cada um a contratar se, quando, como e com quem quiser. E se, como é inevitável, “com a afirmação do reconhecimento da garantia constitucional da liberdade contratual não fica logo determinada a substância normativa de tal garantia, uma vez que o exercício da liberdade contratual não pode ser absolutamente ilimitado”, indiscutível é em todo o caso que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, “a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de atuação adequado e não previr limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação”¹²¹.

O reconhecimento da tutela jusfundamental da liberdade contratual, em especial quando associada a negócios jurídicos que pressuponham o exercício de faculdades de *disposição* de bens patrimoniais, tem sido, aliás, particularmente destacado na mais recente jurisprudência constitucional portuguesa. Assim, partindo da consolidada premissa de que “o princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos que consagram a liberdade no desenvolvimento da personalidade, a liberdade de iniciativa privada e o próprio direito constitucional à propriedade”, o Tribunal Constitucional não hesitou em identificar que, no controlo da validade de normas jurídicas imperativas que enquadrem socialmente a propriedade e a liberdade contratual, não deve ignorar-se que, porque protegido pela Constituição, “existe um espaço de autodeterminação individual que implica, por parte do Estado, dever de abstenção”. E, por conseguinte, “as limitações e restrições à faculdade de disposição da propriedade, desde as que afetam a liberdade de contratar até às que respeitam à liberdade de estipulação do contrato, devem salvaguardar uma área de *autodeterminação* dos proprietários no trato privado”. Ou seja, “a autonomia — e o próprio negócio jurídico — cessarão se o peso imperativo das normas (...) eliminar o espaço autónomo de liberdade que se reputa de valor fundamental”¹²².

32. Aqui chegados, não é de novo difícil concluir que, se e quando se vier a impor — ou habilitar que a ERSE imponha — à GGN, S.A. a venda em leilão de parte do gás natural adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento a longo prazo de que é titular, nos

¹²¹ Cfr. P. MOTA PINTO, ‘O direito’, pp. 216-217.

¹²² Cfr. o Acórdão do TC n.º 299/2020 (Proc. n.º 984/2018), de 16.06.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

termos e para os efeitos visados na *Consulta*, o legislador emanará necessariamente normas amputativas da liberdade contratual desta empresa – e, portanto, verdadeiras *restrições* aos seus direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e à livre iniciativa económica privada.

Na realidade, a partir do momento em que essa empresa se veja legalmente sujeita à obrigação de vender parte do gás natural de que é proprietária no contexto de um leilão determinado e regulado pela ERSE, é indiscutível não lhe restar qualquer autonomia quanto à disposição desse bem. Muito simplesmente porque, em relação a essas parcelas de gás:

- (i) Por um lado, não será a GGN, S.A. a determinar *se e quando* as pretende alienar;
- (ii) Por outro, não será igualmente a GGN, S.A. a decidir *a quem* as irá alinear;
- (iii) Enfim, não será também a GGN, S.A. a definir *por quanto* se processará essa alienação.

2.2.3 Violação de princípios estruturantes

33. Destinaram-se os parágrafos anteriores apenas à verificação «estática» de que qualquer putativa iniciativa legislativa tendente a *impor* à GGN, S.A. a disposição de parte do gás natural por esta empresa adquirido através dos contratos de aprovisionamento de longo prazo de que é titular configura uma restrição a bens jusfundamentalmente protegidos pela Constituição portuguesa: a propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1) e a liberdade contratual (artigos 26.º, n.º 1, e 61.º, n.º 1).

Só isso não basta, porém, para alcançar qualquer juízo quanto à (des)conformidade constitucional das normas em que se venha eventualmente a traduzir essa futura e eventual iniciativa legislativa. É que, tais como quaisquer outros, também os direitos fundamentais à propriedade privada (na sua dimensão de proibição de privação da titularidade de bens/proibição de obrigar à transmissão de bens de que se é titular) e ao desenvolvimento da personalidade/iniciativa económica privada (nas suas dimensões protetoras da liberdade contratual) são, por definição e em abstrato, restringíveis por via de lei.

Ponto é que, naturalmente, essas restrições legislativas respeitem, para além de outras condicionantes formais (utilização da forma legislativa), temporais (não-retroatividade) e



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

orgânicas (aprovação ou autorização pela Assembleia da República), os comandos emergentes de, pelo menos, três princípios «materiais» estruturantes que a Constituição transversalmente apõe ao exercício da função legislativa no domínio dos direitos fundamentais: o da tutela da confiança, o da igualdade e o da proporcionalidade.

Ora, em nosso entender, e tendo presentes os dados disponíveis, não será esse o caso das hipotéticas normas legislativas (e/ou regulamentares) em que se venha a concretizar qualquer regulação destinada a *impor*, nos termos e para os propósitos propugnados pela ERSE na *Consulta*, a alienação através de leilão pela da GGN, S.A. de parte do gás natural adquirido por via dos contratos de aprovisionamento de longo prazo de que esta empresa é titular.

a) Tutela da confiança

34. Recorrendo à fórmula quadripartida como o princípio da tutela da confiança, enquanto corolário do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), vem sendo mais recentemente aplicado pela nossa jurisprudência constitucional, a compatibilidade de uma medida legislativa à sua luz depende da satisfação de quatro «testes», sendo pois necessário: “em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expetativas» de continuidade; depois, devem tais expetativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expetativa”¹²³.

¹²³ Cfr. o Acórdão do TC n.º 128/09 (Proc. n.º 772/2007), de 12.03.2009; sempre alinhadamente nesta lógica de quatro «testes», cfr., *v.g.*, os Acórdãos do TC n.º 3/2016 (Proc. n.º 74/15), de 13.01.2016, n.º 195/2017 (Proc. n.º 681/2016), de 26.04.2017; n.º 134/19 (Proc. n.º 716/18), de 27.02.2019; na literatura, também entre muitíssimas referências e sem prejuízo de inevitáveis variações, cfr. M. L. AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 180-184; IDEM, ‘O tempo e a proteção da confiança’, in *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Lisboa: ICJP, 2012, pp. 21-29; J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 213 e ss.; V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 1123 e ss.; R. MEDEIROS, *Direito Constitucional. Ensinar e Investigar*, Lisboa: UCE, 2016, pp. 99-100.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Naturalmente que, seja em situações de «normalidade», seja quiçá de modo intensamente particular no contexto de resposta a efeitos provocados por circunstâncias mais ou menos inesperadas (*in casu*, e em parte, um conflito armado em espaço europeu), não deve recusar-se ser “ampla a liberdade do legislador para engendrar soluções normativas no plano infraconstitucional, de forma a regular de maneira equilibrada os inúmeros vínculos jurídicos que se criam entre particulares”; porém, essa margem de manobra do legislador cessa se com o seu exercício não for respeitado “um mínimo nível de certeza, que possibilite a fruição dos direitos das pessoas”, pois que o que o imperativo da tutela da confiança de certo veda é uma intervenção “arbitrária ou excessivamente onerosa sobre os interessados, que abale os pilares de estabilidade das relações juridicamente constituídas”¹²⁴.

35. Ora, *in casu*, é a nosso ver claro que a putativa instituição de um mecanismo de leilão do tipo do projetado na *Consulta* não passa nenhum dos quatro testes implicados pelo princípio da tutela da confiança.

a) Não se duvida que haja, ao menos em abstrato, motivos ponderosos – de interesse público – para a adoção de medidas que permitam mitigar os impactos potencialmente gerados pela subida de preços no mercado grossista: no essencial, os riscos inerentes a potenciais perdas de consumos e saídas de operadores do mercado.

Sucedede que, como a própria ERSE não deixa de reconhecer na *Consulta*, esses motivos não ultrapassam o patamar da conjuntura – de facto, o propósito da instituição de vendas em leilão nos termos projetados não é outro que não o de reagir perante as “atuais condições de preço”, isto é, perante as “atuais circunstâncias de mercado [em que] existe evidência de uma maior exposição dos agentes de mercado, em particular dos agentes de menor dimensão”.

Em contrapartida, e como acima já se documentou (*v. supra*, 1.1), os termos em que se encontra estabelecida a posição da GGN, S.A. e, sobretudo, o estatuto dos contratos de aprovisionamento de longo prazo de que esta empresa é titular no contexto do SNG encontram-se, desde há já bem mais do que uma década, perfeitamente estabilizados,

¹²⁴ Cfr. o Acórdão do TC n.º 255/20 (Proc. n.º 286/20), de 28.05.2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

justamente em função da evolução do quadro legislativo e regulamentar. E estabilizados num duplo sentido:

- (i) No tocante à posição ocupada pela GGN, S.A., é firme desde 2006 a sua condição de comercializador a operar em regime livre e em livre concorrência;
- (ii) No tocante ao gás adquirido por via dos referidos contratos, é firme – legislativamente desde também essa data, e regulamentarmente desde seguramente 2008 – que a sua única destinação em benefício global do mercado nacional se destinaria, por um lado, ao fornecimento dos comercializadores de último recurso e, por outro e no limite, a servir o propósito da potenciação da entrada de novos agentes no mercado numa fase inicial do seu desenvolvimento.

E, como se registou, o que a evolução legislativa e regulamentar subsequente crismou foi nada mais nada menos do que a acentuação destes dois pontos firmes, por conta da progressiva desoneração das obrigações de serviço público direta ou indiretamente incidentes sobre a esfera da GGN, S.A. Mais: o que a prática dos três anos em que foram realizados leilões de venda de gás (mas num só ano efetivamente consumados) revelou foi, também, que o que estava em causa era uma medida destinada à abertura «inicial» do mercado nacional, que rapidamente deixou de produzir qualquer efeito útil a partir do momento em que, de um modo global, esse mercado se desenvolveu em termos livres e abertos.

b) Como se compreende, a perspectiva subjacente ao projeto de instituição de um mecanismo do leilão nos termos delineados na *Consulta* contraria a «situação de confiança» assim gerada – *maxime*, mas não apenas, na esfera da GGN, S.A. – por sucessivos e coerentes comportamentos do legislador e do regulador. Muito em particular, o que parece estar subjacente a esse projeto é a pretensa recuperação de uma premissa de política regulatória que desde 2006 deixou de ter qualquer amparo nas fontes legais disciplinadoras do mercado nacional de gás natural. Leia-se, a premissa segundo a qual o gás adquirido pela GGN, S.A. ao abrigo dos contratos de aprovisionamento de que esta empresa é titular de algum modo se constituiria como um *bem público* ao serviço do mercado nacional.

Viu-se já que, de acordo com a versão originária do RRC/2006, era justamente essa premissa a subjacente à previsão regulamentar dos leilões para efeitos de colocação –



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

obrigatória — no mercado nacional das então ditas “quantidades excedentárias”. Mas, viu-se já também, essa duvidosa premissa à luz do novo quadro regulatório de 2006 nunca teve sustento na legislação vigente e, na prática, nunca chegou a ser executada — isto é, nunca foram realizados leilões baseados nesse pressuposto de «partilha pública» do gás adquirido ao abrigo daqueles contratos.

Seria pois um comportamento em perfeito desacordo com um *status quo* normativo e factual de mais de quinze anos aquele em que putativamente se traduzisse uma qualquer iniciativa legislativa e/ou regulamentar com o alcance substancial de fazer retornar a uma lógica regulada *tout court*. Não restam assim dúvidas de que iniciativas legislativas ou regulamentares com esse alcance brigariam a «situação de confiança» gerada ao longo dos últimos anos, e gerada por força de consistentes comportamentos do legislador e do regulador.

Acresce que, como é natural, essa «situação de confiança», legitimamente fundada, despontou do lado da GGN, S.A. *investimentos* fundados nas expetativas geradas. Tendo para mais em conta que o nível de consumos situados na esfera dos comercializadores de último recurso não é senão verdadeiramente residual, toda a prática contratual da GGN, S.A. relativa ao destino do gás adquirido ao abrigo dos contratos de aprovisionamento de que é titular se fundou na *antecipação* da sua contratualização em relação à própria entrega física dos volumes adquiridos. Daí que, de acordo com os dados fornecidos pela Consulente, à data do mês de março de 2022 cerca de 80% dos volumes contratados relativos ao ano de 2022 e cerca de 50% dos volumes contratados relativos ao ano de 2023 se encontrem destinados ao cumprimento de compromissos contratuais estabelecidos. Ora, ao menos nos termos em que a proposta da ERSE surge formulada na *Consulta*, não há sequer garantias de que esses compromissos contratuais, já firmados pela GGN, S.A., pudessem vir a ser por esta empresa respeitados por força da obrigação — não quantificada — de disponibilização de volumes de gás de que é proprietária para venda em leilão.

c) Já sob um outro plano de análise, importa igualmente não desconsiderar que uma putativa intervenção com o alcance da prognosticada na *Consulta* representaria também uma inversão em relação ao padrão de comportamento — agora apenas do regulador — no tocante ao modo de reagir perante a atual conjuntura de subida de preços no mercado grossista.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Na realidade, e como o prova a reação da ERSE plasmada nas medidas aprovadas no final do ano de 2021, através do Regulamento n.º 951/2021, de 2 de novembro, a lógica regulatória seguida no tocante ao sector do gás fundou-se numa intervenção não destinada a intervir sobre a formação dos preços no mercado grossista, mas antes limitada a acautelar a garantia de que os consumidores vinculados a comercializadores que estejam e invoquem a impossibilidade de assegurar o regular exercício da sua atividade em condições de viabilidade económica no curto prazo tenham acesso ao fornecimento supletivo providenciado pelo comercializador de último recurso da sua área.

A proposta de instituição do leilão de venda de gás tal como plasmada na *Consulta*, assumidamente que está destinada a fazer repercutir os seus efeitos primariamente sobre o mercado grossista, frustra, assim, a confiança gerada pelas recentes decisões adotadas pelo regulador.

b) Igualdade

36. Ampliativamente formulado no artigo 13.º do texto constitucional português, sendo por isso aplicável “a toda e qualquer situação juridicamente relevante, isto é, a toda e qualquer situação que demande um determinado tratamento jurídico”¹²⁵, ao princípio da igualdade não assiste apenas a função de garantir que os particulares sejam tratados, no confronto com os poderes públicos, num pressuposto de *universalidade* — isto é, “de modo igual”; para além dessa, e naquela que é aliás a vertente mais vocacionada para o controlo de intervenções restritivas sobre direitos fundamentais, o princípio da igualdade postula também uma exigência de tratamento das situações “como iguais” ou “como diferentes”, com base na razoabilidade da sua semelhança ou dissemelhança¹²⁶. Do que se trata é por isso de indagar sobre “a existência de uma *justa medida* entre a diferenciação produzida e as razões que a fundamentam”, num juízo que não atende já, como no caso do princípio da proporcionalidade, à intensidade relativa ou razoabilidade da interferência, mas sim à

¹²⁵ Cfr. M. G. GARCIA, ‘Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido’, *BMJ* 358 (1986), p. 33.

¹²⁶ Sobre estas duas “facetas essenciais” do princípio da igualdade, cfr. M. L. AMARAL, ‘O princípio da igualdade na Constituição portuguesa’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa: FDUL, 2004, pp. 35-57.

própria diferença de tratamento eventualmente gerada pela sua aprovação¹²⁷. Nestes termos, porque na sua dimensão «externa» de controlo da atividade dos poderes público a igualdade “só pode determinar-se em função de certo critério e este, por sua vez, encontra-se necessariamente relacionado com o fim a atingir com a qualificação das situações concretas como iguais”¹²⁸, o que através dele se exige é, fundamentalmente, que “o critério adotado não tenha sido escolhido arbitrariamente, o que, no fundo, exige uma conexão entre o critério adotado e a *ratio* do tratamento jurídico”¹²⁹.

Assim, e para recorrer a algumas fórmulas de síntese da nossa jurisprudência constitucional, ocorrerá por certo violação do princípio da igualdade nas situações em que “as diferenças de regimes instituídas pelo legislador ordinário se não sustentem em qualquer fundamento razoável, ou não sejam inteligíveis”¹³⁰; ou seja, “a caracterização de uma medida legislativa como inconstitucional, por ofensiva do princípio da igualdade dependerá, em última análise, da ausência de fundamento material suficiente, isto é, de falta de razoabilidade e consonância com o sistema jurídico”¹³¹; enfim, o princípio da igualdade resultará violado quando “os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por ausência de adequado suporte material para a medida legislativa adotada”¹³², porque, “impondo que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente”, e embora naturalmente não “vede à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções”, o que o princípio da igualdade já não consente é a “criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional”¹³³.

Em suma, pode assumir-se que, quando voltado para a aferição da legitimidade constitucional de medidas legislativas interferentes sobre direitos fundamentais, o alcance do

¹²⁷ Para este apartamento (difícil) entre as funções controladoras dos princípios da proporcionalidade e da igualdade no controlo das restrições a direitos fundamentais, cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 799 e ss.

¹²⁸ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, pp. 40-41

¹²⁹ Cfr. M. G. GARCIA, ‘O princípio da igualdade’, p. 45.

¹³⁰ Cfr. o Acórdão do TC n.º 569/08 (Proc. n.º 580/2007), de 26.11.2008.

¹³¹ Cfr. o Acórdão do TC n.º 270/09 (Proc. n.º 641/08), de 27.05.2009.

¹³² Cfr. o Acórdão do TC n.º 750/95 (Proc. n.º 253/94), de 12.12.1995.

¹³³ Cfr. o Acórdão do TC n.º 409/99 (Proc. n.º 793/97), de 29.06.1999; para mais indicações acerca da consolidada aplicação jurisprudencial do princípio da igualdade enquanto padrão de controlo «externo» da validade de medidas legislativas suportado nesta lógica de proibição de arbítrio, cfr. J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *sub* Artigo 13.º, in *Constituição Portuguesa Anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 226 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

princípio da igualdade se reconduz, basicamente, em dois comandos: “na proibição de tratamento desigual quando não há razões de diferenciação com peso suficiente para justificar o tratamento desigual, e na proibição de tratamento igual quando há razões de diferenciação com peso suficiente para justificar o tratamento desigual”¹³⁴.

37. Ora, *in casu*, revela-se nos não haver motivo legítimo para que, como projetado na *Consulta*, os benefícios esperados colher com a instituição de um mecanismo de leilão de venda de gás se fundem exclusivamente na oneração de *um só* operador no âmbito do SNG: a GGN, S.A., na qualidade de titular dos contratos de aprovisionamento de longo prazo celebrados antes de 2003.

a) Desde logo, porque essa perspectiva de atuação regulatória parece assentar na premissa, só muito limitadamente verdadeira, de que a GGN, S.A. é, no contexto do mercado nacional de comercializadores de gás natural, um operador *qualitativamente* distinto dos demais.

Já se pôde apurar, porém, que essa suposta qualidade distinta se cinge hoje essencialmente à – hoje estatisticamente residual, tendo em vista que os clientes em mercado regulado representam apenas 2% do consumo nacional – obrigação de disponibilizar o gás adquirido ao abrigo dos contratos de que é titular como fonte (tão-só alternativa, recorde-se) para o fornecimento do comercializador de último recurso grossista e, por via deste, dos comercializadores de último recurso retalhistas¹³⁵.

É certo: a lei atual, conservando uma solução de há já vários anos, coloca também a GGN, S.A. sob a sujeição potencial de realização de leilões de venda de gás ordenados pela ERSE¹³⁶.

Fora essas duas circunstâncias, porém, verdadeiramente nada mais distingue em termos substanciais, no contexto legislativo enquadrador do SNG, a GGN, S.A. dos demais comercializadores que também operam em regime livre e em livre concorrência. Acresce que as razões fundantes dessas duas circunstâncias e das obrigações delas emergentes (a satisfação dos consumos de uma determinada classe de consumidores tendencialmente mais

¹³⁴ Cfr. V. CANAS, *O Princípio*, p. 1106.

¹³⁵ Cfr. os artigos 60.º, n.º 2, a) e 63.º, n.º 3, a) do Decreto-Lei n.º 62/2020.

¹³⁶ Cfr. o artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 62/2020.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

frágil, de um lado, e a potenciação de entrada de novos agentes no mercado, de outro) em nada se relacionam com o propósito subjacente à proposta de instituição de um leilão com o recorte do projetado na *Consulta* – qual seja o de mitigar, sobretudo do lado das condições de aprovisionamento dos comercializadores, o contexto atual de preços elevados no mercado grossista. Diferenciar a posição de um determinado sujeito na base de inexistentes diferenças – eis, justamente, o que não permite o princípio da igualdade.

b) Mas, dir-se-á, nada obstará a que o legislador fizesse agora elevar como razão justificativa da diferença da posição que a GGN, S.A. ocupa no contexto do SNG a circunstância de ser esta empresa a única detentora de contratos de aprovisionamento de longo prazo que, como se firma na *Consulta*, “beneficiam de uma condição de maior previsibilidade de condições de preço e de menor volatilidade”.

Sucedo que, como não é por certo do desconhecimento da ERSE, não é apenas a GGN, S.A. que é titular de contratos desse tipo – com efeito, também outros comercializadores do mercado nacional titulam «contratos de aprovisionamento de gás a longo prazo», isto é, e nos termos em que o conceito é indistintamente recebido pela lei portuguesa¹³⁷, contratos de fornecimento de gás com uma duração superior a 10 anos¹³⁸. Donde, está fácil de ver: a sujeição *exclusiva* do gás adquirido pela GGN, S.A. ao mecanismo de leilão projetado pela *Consulta*, mais do que apenas não fundada numa razão legítima de diferenciação desta empresa em face das demais que operam no mercado nacional, seria mesmo criadora de uma situação de desigualdade. É que, pese embora havendo no mercado nacional vários comercializadores titulares de contratos daquele tipo – e que por isso presumivelmente beneficiam também de “uma condição de maior previsibilidade de condições de preço e de menor volatilidade” –, apenas sobre um, a GGN, S.A., passaria a recair a oneração de libertar parte dos volumes adquiridos por via de um (novo) mecanismo de leilão. A tanto se opõe, novamente, o princípio da igualdade.

¹³⁷ Cfr. o artigo 3.º, p) do Decreto-Lei n.º 62/2020.

¹³⁸ Com referências sobre contratos de longo prazo titulados pela EDP, pela ENDESA e pela NATURGY, cfr. «Gás natural: que empresas importam para Portugal, de onde e como?», *Expresso/Economia*, on-line, de 1.03.2022.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

c) Enfim, dir-se-ia em todo o caso que a oneração *exclusiva* da GGN, S.A. se poderia em último caso justificar pela circunstância de ser este o operador com maior quota de mercado (ao nível dos consumos) no âmbito do SNG.

Simplesmente, porém, num contexto regulatório imperativamente moldado pela liberdade de acesso e pela livre concorrência entre comercializadores, esse não pode ser, de modo manifesto, um fator legitimador da diferenciação entre comercializadores. Não espanta aliás que, nos termos referenciais da legislação europeia relativa ao sector do gás, nunca esse fator — a quota de mercado — seja tomado em consideração como razão potencial para distinguir entre operadores num contexto de mercado livre. Antes, e sintomaticamente, esse fator funciona apenas como uma das condições para que possam ser acionadas as derrogações que assistem aos Estados-Membros que ainda possam ser qualificados de «*mercados emergentes*»¹³⁹.

Note-se, por outro lado, que a dimensão da quota de mercado não foi jamais o fator justificador das condicionantes legais que desde 2006, mas com progressiva mitigação nos anos seguintes, incidiram sobre a GGN, S.A. Antes, e num cenário de *início* de mercado, tudo se fundou na circunstância de ser esta empresa a titular das fontes históricas de aprovisionamento do mercado como um todo. E se, atualmente, a GGN, S.A. é a detentora da maior quota de consumos no mercado nacional de gás, esse não é senão um resultado — legítimo e contingente — do funcionamento *livre* desse mercado há mais de 15 anos. Seria assim ilegitimamente diferenciador fundar no resultado desse livre funcionamento a oneração *exclusiva* de uma empresa só pelo facto de ser ela a detentora da maior quota de consumos. Também esta hipotética justificação para uma qualquer intervenção legislativa enquadradora do modelo de leilão equacionado na *Consulta* brigaria, por conseguinte, com o princípio da igualdade.

¹³⁹ Cfr. o artigo 49.º, n.º 1 da Diretiva 2009/73/CE, nos termos do qual se habilita que os Estados-Membros que não disponham de uma ligação direta interligada de qualquer outro *e* que tenham apenas um fornecedor externo principal — isto é, uma empresa de fornecimento que detenha uma quota de mercado superior a 75% — podem derrogar certas obrigações emergentes da lei europeia.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

c) Proporcionalidade

38. Na sua canónica — e, pode dizer-se, praticamente universal — tripartição entre *adequação/aptidão*, *necessidade/exigibilidade* e *proporcionalidade em sentido estrito/equilíbrio/razoabilidade*, o princípio da proporcionalidade é o elemento cardinal de validação de qualquer medida legislativa restritiva sobre direitos fundamentais, como de resto o texto constitucional português não deixa de abertamente reconhecer ao estabelecer a exigência de essas medidas deverem “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” (n.º 2 do artigo 18.º).

Sob o império do princípio da proporcionalidade, uma norma legislativa de alcance restritivo sobre direitos fundamentais só será pois constitucionalmente legítima: (i) primeiro, se corporizar medidas aptas a realizar o fim visado com a restrição ou que contribuam para o alcançar; (ii) segundo, se, de entre todos os meios idóneos disponíveis igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, for escolhido o que produza efeitos menos restritivos; (iii) terceiro, se, na avaliação da relação comparativa entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem protegido do direito fundamental que é objeto da restrição, o resultado não se revelar desequilibrado, por redundar na imposição de um sacrifício ao titular do direito fundamental em questão não ponderativamente compensado por contra-razões de escalão constitucional¹⁴⁰.

39. Ora, no modo particular como inevitavelmente afetará os direitos fundamentais da GGN, S.A. já acima identificados, as normas em que se viesse a traduzir a eventual regulação legislativa (e/ou regulamentar) que vimos equacionando infringiria não uma, não duas, mas antes as três vertentes do princípio da proporcionalidade.

¹⁴⁰ Para uma síntese vocabular desta metodologia tripartida de aplicação princípio da proporcionalidade no controlo de medidas legislativas restritivas sobre direitos fundamentais tal como acolhida na nossa jurisprudência constitucional, cfr. o Acórdão do TC n.º 123/2018 (Proc. n.º 136/2017), de 6.03.2018: “o subprincípio da idoneidade determina que o meio restritivo escolhido pelo legislador não poder ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um *sacrifício frívolo* de valor constitucional. O subprincípio da exigibilidade determina que o meio escolhido pelo legislador não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um *sacrifício desnecessário* de valor constitucional. Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um *sacrifício líquido* de valor constitucional”; na literatura da especialidade, desenvolvidamente, cfr. V. CANAS, *O Princípio*, esp.^{te} pp. 577 e ss., 605 e ss. e 785 e ss.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

a) A instituição de um modelo de leilão do tipo do projetado da *Consulta* falharia desde logo a exigência de *aptidão*, na medida em que, ao presumivelmente vir a habilitar a compra de gás diretamente (também ou exclusivamente) por parte de clientes finais à GGN, S.A., distorceria um dos propósitos que lhe está aparentemente subjacente: mitigar “os impactes adversos na liberalização do mercado e na própria intensidade concorrencial”¹⁴¹. Com efeito, a habilitação dessa compra direta por parte de clientes finais – que a ERSE aliás prognostica como a “forma mais direta [de] mitigar o risco de redução de consumos por resposta a preço em mercado”¹⁴² – não teria senão como potencial resultado o aumento da quota de mercado da própria GGN, S.A., em desfavor dos demais comercializadores.

b) Sob a lupa da *necessidade* da medida em pauta, crê-se que ela falha desde logo por falta de demonstração de que a medida excecional entretanto já adotada no sector do gás natural – o referido alargamento da possibilidade de recorrer ao *fornecimento supletivo* – não acautelou já devidamente o “risco” da perda de consumos no mercado nacional. Mais profundamente, aliás, o que os meses em que essa medida excecional tem entretanto vigorado demonstram é que é verdadeiramente muito diminuto o risco efetivo dessa perda de consumos. Com efeito, até à data, não foi senão marginal o número de consumidores (cerca de 1200) transferidos para o fornecimento supletivo por comercializadores de último recurso ao abrigo dessa medida excecional.

Não se deve desconsiderar, por outro lado, a já anunciada – e avalizada na reunião do Conselho Europeu dos passados dias 24 e 25 de março¹⁴³ – proposta conjunta dos Governos português e espanhol traduzida na possibilidade de fixação de um preço máximo do gás para produção de eletricidade no espaço ibérico. Demonstração de que há e estão por conseguinte em curso medidas públicas alternativas destinadas a mitigar os impactos sistémicos associados à atual subida de preços do gás no mercado¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

¹⁴² Cfr. a *Consulta*, p. 7.

¹⁴³ Nos termos das «*Conclusões*» da reunião do Conselho Europeu de 24 e 25 de março de 2022 (cfr. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2022-INIT/pt/pdf>), reconheceu-se efetivamente que “a Comissão está pronta a avaliar urgentemente a compatibilidade das medidas temporárias de emergência no mercado de eletricidade notificadas pelos Estados-Membros, nomeadamente para atenuar o impacto dos preços dos combustíveis fósseis na produção de eletricidade”. Entretanto,

¹⁴⁴ Cfr. a *Consulta*, p. 6.

c) Enfim, sob a lupa do seu *equilíbrio/razoabilidade*, é manifesto não haver, em concreto, ainda quaisquer razões factualmente efetivas para a imposição da obrigação de venda de gás sobre a GGN, S.A. por via de leilão. Ao assumir que o modelo agora gizado se destinaria tão-só a “enquadrar preventivamente” o desenvolvimento potencialmente adverso do mercado que se traduzisse na consumação da “possibilidade” de saída de consumos e de operadores¹⁴⁵, é aliás a própria ERSE a reconhecer que não há no contexto atual razões reais capazes de justificar a adoção de tal mecanismo. Sucede que, por imposição do princípio da proporcionalidade, qualquer restrição de direitos fundamentais, para ser legítima, deve resultar na obtenção de vantagens em grau suficientemente justificador dos sacrifícios impostos. Mas na medida em que o essencial dos objetivos da medida projetada se orienta a acautelar aquilo que são apenas *riscos potenciais*, ainda não verificados, fica a faltar o contrabalanço ao sacrifício que, indiscutivelmente, a sua instituição representaria para a esfera jurídica da GGN, S.A. — recorde-se, o sacrifício restritivo da sua propriedade privada e da sua liberdade contratual, enquanto bens jusfundamentalmente protegidos na ordem jurídica portuguesa.

Dados oficiais recentes confirmam, de resto, que esses riscos são efetivamente ainda tão-só potenciais. Olhando ao mais Boletim da ERSE relativo ao Mercado Liberalizado de Gás Natural¹⁴⁶, com dados reportados a janeiro de 2022, regista-se: (i) um aumento de mais 2.573 de clientes no mercado livre em comparação com o mês transato (+2 274 residenciais, +277 no segmento pequenos negócios, +329 industriais e -4 no segmento de grandes consumidores); e (ii) uma diminuição de apenas -78 GWh no nível de consumo. Olhando por seu turno ao mais recente Balanço Mensal da REN, já relativo ao mês de março de 2022¹⁴⁷, regista-se um aumento de consumos de 7,7% em relação ao mês anterior e de 6,6% em relação ao período homólogo do ano passado, por força da variação positiva de 118,3% no mercado de produção de eletricidade. Tudo a confirmar, por conseguinte, não haver contra-razões justificativas à restrição de posições jusfundamentalmente protegidas da GGN, S.A. que seriam inevitavelmente afetadas por conta da putativa instituição — por via legislativa e/ou regulamentar — de um mecanismo de leilão do tipo do projetado na *Consulta*.

¹⁴⁵ Cfr. a *Consulta*, p. 5.

¹⁴⁶ Disponível em https://www.erse.pt/media/0rxgwg54/202201_gas_rel_ml_.pdf

¹⁴⁷ Disponível em <https://datahub.ren.pt/pt/gas-natural/evolucao-do-consumo/>

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

É este, salvo melhor opinião, o nosso parecer.

Lisboa, 7 de abril de 2022

RUI MEDEIROS

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa
Doutor e Agregado em Direito
Advogado

JOSÉ DUARTE COIMBRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Doutorando em Direito
Advogado