



# TEMAS DE ENERGIA

## Encargos com a tarifa social do gás natural

Francisco Paes Marques

ICJP Instituto de Ciências Jurídico-Políticas | CIDP Centro de Investigação  
de Direito Público | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



## FICHA TÉCNICA

**Título:**

Encargos com a tarifa social do gás natural

**Autor:**

*Francisco Paes Marques*

ICJP – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas | CIDP – Centro de Investigação de Direito Público

| Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Edição:**

Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

Rua Dom Cristóvão da Gama, 1 – 3

1400-113 Lisboa

**ISBN:** 978-989-53010-6-5

**Data:** 3 de julho de 2018

**Data da edição:** junho 2021

**Nota :**

O texto publicado responde a solicitação da ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos sobre o tema. As opiniões e interpretações expressas pelos autores não podem ser atribuídas à ERSE ou a terceiros.

# Encargos com a tarifa social do gás natural

Lisboa, 03 de julho de 2018

# CONSULTA JURÍDICA

## 1- OBJETO

A ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos solicita o nosso parecer jurídico sobre as dúvidas interpretativas suscitadas pelo artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2018, nos termos da qual os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural são suportados pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior.

Antes de nos debruçarmos sobre as questões concretamente formuladas a propósito da referida norma, devemos realizar sumariamente o enquadramento factual que subjaz à presente consulta, para, em seguida, procedermos à respetiva análise jurídica.

## 2. ENQUADRAMENTO FACTUAL

- i) O Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro, criou a tarifa social de fornecimento de gás natural a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis, prevendo a elegibilidade de clientes que beneficiassem de um conjunto de prestações sociais;
- ii) Assim, segundo o disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de setembro, o financiamento dos custos com a aplicação da tarifa social de gás natural era suportado por todos os consumidores de gás natural, na proporção da energia consumida, a repercutir nas tarifas de acesso às redes;
- iii) Contudo, a Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2018, inseriu no ordenamento jurídico nova norma relativa ao financiamento dos custos com a tarifa social do setor do gás natural. De acordo com o artigo 209.º deste diploma, os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural *“são suportados pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior”*.
- iv) Em face deste quadro, perante a norma aprovada pela Assembleia da República, e dada a necessidade de traduzir o legalmente disposto numa proposta de alteração do Regulamento Tarifário, incorporando e concretizando no contexto regulatório o disposto no mencionado artigo 209.º, que permita à ERSE fixar as tarifas para o ano gás 2018-2019, nos termos legalmente estabelecidos, esta Entidade Reguladora colocou uma proposta de Regulamento em consulta pública;
- v) Após um enquadramento circunstanciado da problemática referente à tarifa social do gás, propôs a ERSE a aprovação de duas normas:
  - a) “Os custos com a tarifa social do GN são suportados pelo operador da rede de transporte e pelos comercializadores”, colocando aos interessados as seguintes questões: “Face ao enquadramento apresentado concorda que o ORT, os comercializadores de mercado e os comercializadores de último recurso são os agentes financiadores da tarifa social? Deve algum ser excluído ou outros serem incluídos?”;
  - b) “Os custos são suportados em metades iguais pelo operador da rede de transporte e pelos comercializadores”, colocando aos interessados as seguintes questões: “Face ao enquadramento apresentado considera correta a repartição prevista na proposta? Ou,

em alternativa deverá ser adotado um critério de repartição dos custos entre estes operadores que tenha em consideração o volume de gás para a compensação das redes de transporte de gás pelo operador da rede de transporte?”.

- vi) No âmbito do processo de consulta pública que decorreu entre 31 de janeiro e 2 de março de 2018, foram recebidos comentários de 17 entidades, nomeadamente, Conselho Consultivo, Conselho Tarifário, AdC, ADENE-OLMC, AGN, DECO, DGEG, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal, ENDESA, GALP Gás Natural Distribuição, GALP Energia, SGPS, S.A., Gas Natural Comercializadora (Fenosa), Grupo EDP, S.A., MEGASA, REN, Tagusgás;
- vii) A larga maioria dos interessados na consulta pública manifestaram a necessidade de clarificação junto do legislador, quanto aos sujeitos e aos critérios de repartição dos custos da tarifa social, previamente à tomada de decisão regulamentar pela ERSE nesta matéria **(Conselho Consultivo, Conselho Tarifário, EDP Energias de Portugal, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal, Galp Energia, DECO, Autoridade da Concorrência, REN);**
- viii) Particularmente, defendeu-se que a falta de clareza do legislador deveria ser suprimida por parte este, com vista a legitimar o objetivo que o mesmo pretendeu com a consagração daquela norma (DECO);
- ix) Em geral, um conjunto alargado de interessados manifestou discordância quanto à opção do legislador, identificando a tarifa social como uma medida de apoio social no combate à pobreza energética, devendo ser financiada de forma coordenada para as diversas formas de energia e pelo Estado, por forma a não colocar em causa a sustentabilidade do setor **(Conselho Tarifário, EDP Energias de Portugal, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal, Endesa, Galp Energia, Gas Natural Fenosa, REN);**
- x) Efetivamente a tarifa social no GN é uma prestação complementar no âmbito do apoio e segurança social e não do setor energético. Deveria ser, pois, o orçamento da Segurança Social a suportar o encargo ou, no limite, os demais consumidores numa lógica de solidariedade setorial;
- xi) Expressaram-se ainda preocupações com o equilíbrio económico-financeiro das empresas reguladas, designadamente pelo facto de, ao não estarem reconhecidos estes custos a nível tarifário às empresas reguladas, permitir um tratamento diferenciado entre comercializadores regulados e comercializadores em mercado, no que respeita à repercussão dos custos com a

tarifa social **(AGN, Autoridade da Concorrência, Conselho Consultivo, Conselho Tarifário, EDP Energias de Portugal, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal, Galp Energia, Gas Natural Fenosa, Tagusgás, REN);**

- xii) Na verdade, a lei não acautelaria a repercussão dos custos da tarifa social nos clientes finais (inclusive nos clientes economicamente vulneráveis que a tarifa social pretende proteger), existindo o risco de, pelo menos, as empresas privadas não reguladas fazerem, ainda que não totalmente, o *pass-through* destes custos para os seus clientes, acabando por subverter o espírito da Lei. As empresas reguladas, por sua vez, estarão sujeitas à regulação da ERSE e, nesse sentido, ficarão muito provavelmente impedidas de recuperar esses custos através das tarifas de gás natural, sob pena da opção legislativa em causa não ser respeitada” **(Autoridade da Concorrência);**
  
- xiii) Alguns dos comercializadores manifestaram também a sua não concordância com os critérios de repartição dos custos da tarifa social entre os diferentes intervenientes considerados na proposta da ERSE (ORT e comercializadores), **(Gas Natural Fenosa, EDP Energias de Portugal, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal, Endesa, Galp Energia);**
  
- xiv) Particularmente, em face à opção legislativa de alterar o modelo vigente, os custos decorrentes do financiamento da tarifa social deveriam ser repartidos por todos os agentes intervenientes no sector do gás natural.” **(Endesa);**
  
- xv) Quanto à repartição dos custos de financiamento da tarifa social proposta em partes iguais entre o ORT e os comercializadores, considerou-se ainda mais razoável aplicar um critério de repartição entre os comercializadores pelo número de clientes **(Gas Natural Fenosa);**
  
- xvi) Considerou-se ainda que a incorporação de tal custo no preço apresentado pelos comercializadores, em função da sua avaliação, representa uma solução mais opaca que contraria os princípios de transparência advogados pela Entidade Reguladora. Nesta medida, a inclusão crescente de componentes que nada têm a ver com o fornecimento de gás natural, induz o aumento artificial dos preços de retalho a clientes finais, dificultando a comparação de ofertas pelos clientes, dificultando a criação de sinais de preço e criando situações de pressão de preços que podem criar desequilíbrios concorrenciais e inibir um funcionamento saudável de mercado” **(EDP Energias de Portugal, EDP Comercial, EDP Gás Serviço Universal);**

- xvii) Notou-se também que esta opção fará incidir a maioria dos custos sobre os grandes consumidores de gás natural, prejudicando a competitividade de empresas especialmente relevantes para a economia nacional. Coloca-se assim a possibilidade de se considerar alguma ponderação nesta disposição, considerando preferencialmente como fator de alocação os volumes comercializados destinados ao segmento residencial, a que pertencem os clientes beneficiários deste apoio social” **(Galp Energia)**;
- xviii) O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, em Parecer votado na sessão de 18 de maio de 2018, entretanto homologado por Sua Excelência o Senhor Secretário de Estado da Energia, considerou que o artigo 209.º da Lei do Orçamento do Estado para 2018 revogou tacitamente o n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro, que fazia repercutir nos consumidores os custos da tarifa social, esclarecendo diversos aspetos sobre o novo modo de financiamento da tarifa social;
- xix) Na sequência do parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, em ofício expedido às empresas reguladas e ao Conselho Tarifário da ERSE, deu a ERSE conta das alterações introduzidas ao Regulamento Tarifário, designadamente os encargos a suportar por cada empresa do sistema nacional de Gás Natural, designadamente os operadores das redes de distribuição.

### 3. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Em face do enquadramento *supra* descrito, coloca-nos a ERSE as seguintes questões:

1) Deve a ERSE adotar os atos necessários a dar concretização ao disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, no sentido de que os custos com a tarifa social do gás natural são suportados pelo operador da rede de transporte e pelos comercializadores (incluindo os comercializadores de último recurso)?

2) Em caso afirmativo, qual o critério legal de repartição dos custos a suportar com a tarifa social de gás natural pelos diferentes agentes, designadamente o aplicável ao operador da rede de transporte?

No que respeita à primeira questão formulada, entendemos que esta se divide em duas subquestões. Assim, em primeiro lugar é necessário esclarecer se a ERSE tem a obrigação de dar execução à norma contida no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, e, seguidamente, caso a resposta seja positiva, pretende-se determinar o conteúdo ou o âmbito de aplicação da referida norma. Assim, numa primeira vertente a questão centra-se no *an*, e, numa segunda vertente, a questão centra-se no *quid* da citada norma jurídica.

Após o esclarecimento desta segunda subquestão, referente ao âmbito de aplicação da norma, estaremos em condições de responder à segunda questão formulada, ou seja, a de saber qual o critério legal de repartição dos custos a suportar com a tarifa de gás natural pelos diferentes agentes.

Nesta medida, será esta a ordem de questões a que daremos resposta na presente consulta:

- A) Da obrigatoriedade da ERSE em dar execução ao disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro;
- B) Do âmbito de aplicação do disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro;
- C) Do critério de repartição dos custos a suportar com a tarifa social do gás natural pelos diversos agentes nos termos do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.



### a) Da não-autoexequibilidade das normas jurídicas

Quanto a esta primeira questão enunciada, a nossa resposta tem de ser claramente negativa.

Com efeito, do ponto de vista da ciência jurídica, não existem normas que não sejam auto-exequíveis, isto é, que apresentem um défice de densidade estrutural ou congénita que tenha como consequência a sua inaplicabilidade às situações que regulam.

Por conseguinte, a hipótese de uma norma que defina condições completas na sua previsão não ser aplicável será um contra-senso, dado que *o ordenamento jurídico não pode não ser aplicado*<sup>1</sup>.

Na verdade, a própria ideia de não auto-exequibilidade normativa, no sentido da não auto-aplicabilidade de normas de previsão completa e não auto-limitada, parece frontalmente contrário ao postulado da mecânica normativa<sup>2</sup>.

A ideia de uma norma válida não ser aplicável, quando a sua previsão completa seja preenchida pelos factos de um dado caso, é tão válida como admitir um *solteiro-casado* ou uma *circunferência quadrada*: é inconsistente e auto-destrutiva<sup>3</sup>.

Assim, a completude das normas, quando consideradas na sua individuação, resulta da seguinte fórmula: *para qualquer norma x, x é completa se, e apenas se, o seu antecedente (previsão) incluir todas as condições de cuja verificação o conseqüente (estatuição) depende.*

É incontornável que uma norma legal é juridicamente completa à luz desta fórmula, dado que, *na sua individuação, contém a definição de todas as condições para o efeito estatuído, o que sucede no caso em apreço, ou seja, a norma contida no artigo 209.º da lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.*

<sup>1</sup> Paradigmaticamente, em matéria de lacunas, cfr. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Almedina, Coimbra, 1960 (2008), p. 276.

<sup>2</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Dissertação de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (inédita), 2014, p. 667.

<sup>3</sup> Assim, e com estes exemplos, ALEXANDER PECZNIK, *On Law and Reason*, Springer, Heidelberg, 1989, p. 216.

Das considerações que antecedem não decorre que não haja casos em que determinadas normas necessitem de uma concretização ou execução por um ato normativo subsequente.

Assim, o dever de regulamentação de normas legais poderá, resultar<sup>4</sup>:

- (i)** de uma imposição legal expressa da própria norma não auto-exequível, no caso de normas legais remissivas;
- (ii)** de imposições legais expressas de regulamentação acopladas a normas legais auto-exequíveis (*ordens adicionais de regulamentação*);
- (iii)** da redução de discricionariedade a zero, resultante de outras terceiras normas do ordenamento, quanto à acção de regulamentar as normas constantes de um determinado acto legislativo.

Ora, nenhuma destas três situações se verifica no caso da norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro. O ato legislativo em questão não remete para nenhuma definição ulterior dos termos da sua concretização, nem existem outras normas do ordenamento que limitem a aplicabilidade ou exequibilidade da referida norma.

12

Temos, assim, forçosamente que concluir que esta norma não apresenta qualquer défice de densidade estrutural ou qualquer limitação externa que faça com que não possa ser aplicada aos destinatários e às situações de facto a que primariamente se destina.

Apurada esta conclusão, tal não equivale a considerar que inexistam obstáculos à sua aplicação ou plena vigência, já que esta norma tem de se conformar com outras normas do ordenamento jurídico que lhe sejam hierarquicamente superiores.

Neste ponto, já não estamos a tratar da capacidade intrínseca ou estrutural da norma para regular as situações para as quais remete a sua previsão, mas antes da sua força normativa em face de outras normas do ordenamento jurídico que lhe sejam superiores.

É essa a questão que teremos de examinar seguidamente.

---

<sup>4</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...cit.*, p. 664.

**b) Da possível contrariedade face ao princípio da hierarquia de atos normativos**

Respondida a questão anterior, devemos analisar se existem obstáculos colocados pelo ordenamento jurídico que possam legitimar a não aplicação de certas normas jurídicas em face do princípio da hierarquia dos atos normativos.

Esta questão merece reflexão atendendo a que estamos perante uma norma legal ordinária que deve obediência à Constituição e ao Direito da União Europeia, pelo que teremos de averiguar se existem normas superiores do ordenamento jurídico que bloqueiem ou limitem a aplicabilidade da norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.

Desde logo, em primeira linha, tendo em conta que muitas dúvidas foram expressas sobre a exata interpretação da norma, em virtude do seu campo muito aberto de aplicação, pode suscitar-se a questão de saber se esta cumpre o princípio da reserva de lei na sua vertente de reserva de densificação normativa.

É que, na verdade, não é permitido ao legislador emitir normas que não contenham uma definição mínima dos seus pressupostos, sendo-lhe vedado adoptar normas em branco que permitam à Administração um atuação ilimitada ou quase ilimitada, porque tal afrontaria o princípio da legalidade democrática (artigo 3.º, n.º2, CRP) e o princípio da legalidade administrativa (artigo 266.º, n.º2, CRP).

Mas também, em segunda linha, será necessário examinar se, do ponto de vista do seu conteúdo, a norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, não viola materialmente a Constituição ou o Direito da União Europeia, de tal forma que, eventualmente, não poderia ser aplicada pelo órgão administrativo competente.

Suscitam-se, assim, nesta sede, duas questões diferentes:

- i)** Do *ponto de vista formal* é necessário verificar se a norma em apreço se encontra suficientemente densificada quanto aos seus pressupostos (b)1));
- ii)** Do *ponto de vista material* é necessário verificar se a norma em questão não afronta materialmente normas constitucionais ou de Direito da União Europeia em termos tais que não possam ser aplicáveis pelo órgão administrativo competente (b)2)).

Analisemo-las separadamente.

## b) 1. Da reserva de densificação normativa

Em face do princípio do Estado de Direito Democrático (artigo 2.º CRP) e da segurança jurídica (artigo 2.º, artigo 3.º, n.º1 CRP), não é admissível a existência de segmentos de actuação administrativa à margem da lei, fundando-se o Estado na legalidade democrática (artigo 3.º, n.º 2 CRP)<sup>5</sup>.

Impõe-se, desta forma, uma reserva total de lei, exigindo-se a existência de uma habilitação conferida por lei que cubra todas as manifestações de atividade da Administração Pública, independentemente de estas se consubstanciarem em actos da designada administração agressiva ou de administração constitutiva ou de prestação<sup>6</sup>.

O *princípio da legalidade administrativa*- nas suas vertentes de preferência e reserva de lei- encontra-se consagrado no nosso ordenamento jurídico no artigo 266.º, n.º 2 CRP, e no artigo 3.º, n.º 1 do CPA, revelando as fórmulas, utilizadas neste último diploma legal (“dentro dos limites dos poderes que lhes

<sup>5</sup> Assim já o defendemos em FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares- Contributo para a sua compreensão substantiva*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 343.

<sup>6</sup> Neste sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 4.ª edição, 2017, Almedina, Coimbra, p. 43-44, destaca que só podem ser tomadas decisões previstas nos tipos previstos em normas de Direito Administrativo, sem distinção de matérias; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 51; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Coimbra, 2011, p. 66 e segs, sustentando que para aí aponta a letra do artigo 266.º, n.º2 da CRP e os princípios gerais, notando que a ideia de administração constitutiva ou de prestação não é dissociável da ideia de sacrifício dos direitos dos particulares; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9.ª edição, Âncora, Lisboa, 2007, p. 50-51; PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 422; MARCELO REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3.ª edição, Dom Quixote, Alfragide, 2008, p. 174 e segs, não concebendo a existência de sectores de actuação administrativa à margem de qualquer habilitação legal; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 220; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003., p. 730; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 116-117, advogando uma reserva total de acto legislativo mas em seguida reputando como realmente essencial a definição de competência e fim; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 472 e segs; MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação Administrativa- A conferência procedimental e a concentração de competências procedimentais no Direito Administrativo*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, p. 163-164; VASCO PEREIRA DA SILVA, “Como a Constituição é verde- Os princípios fundamentais da Constituição Portuguesa do Ambiente”, in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 198-199, muito embora não distinga matérias; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 1992, p. 492 e segs; L. F. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 598; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 340-341; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1980, p. 295 e segs, salientando que fora do campo técnico e das operações matérias não há que distinguir entre administração agressiva e administração prestadora para efeitos de aplicação do princípio da legalidade; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Ática, Lisboa, 1962, p. 52, realizando uma análise das várias formas de actuação administrativa em face do princípio da legalidade, mas, no que se refere ao acto administrativo, a sua relação com a lei tem de ser de conformidade, isto é, “implica que só é legal a acção da Administração que encontrar nas prescrições legais a sua própria razão de ser, a definição do seu conteúdo e do fim a prosseguir” (p. 38).

foram conferidos”), que a actuação administrativa é em bloco comandada pela lei, sendo ilegais os atos produzidos contra proibição legal mas também aqueles que não tenham previsão ou habilitação legal<sup>7</sup>.

Nada se conclui, porém, quanto à exigência relativamente ao alcance ou extensão dessa previsão ou habilitação legal, pelo que a problemática da reserva de lei, no Direito Administrativo hodierno, deve centrar-se primordialmente na questão do nível de densificação normativa exigível<sup>8</sup>.

A necessidade de habilitação legal para a actuação administrativa implica que a norma tenha um mínimo de densidade — entendendo-se por densidade reguladora «o nível de concretização ou pormenorização normativa que comporta o conteúdo de uma dada lei, aferido em termos do grau de generalidade e abstracção das suas regras»<sup>9</sup>.

Só assegurando esse mínimo de densidade pode a lei cumprir os seus objectivos decorrentes do princípio da legalidade administrativa (reserva de lei): garantir a legitimidade democrática da actuação da administração e o controlo jurisdicional da sua actuação. A necessidade de uma norma legitimadora habilitante legal para a actuação da administração — decorrente do princípio da legalidade da Administração — não tem um teor meramente formal<sup>10</sup>.

Numa situação como essa a lei habilitante é comparável à figura do “cheque em branco” passado pelo legislador à administração — que fica genericamente habilitada a actuar livremente, dentro de um determinado âmbito mais ou menos vasto: é este o fenómeno da lei habilitante “em branco”. Ora, o legislador, por força dos princípios da legalidade administrativa, da reserva de lei e da separação e interdependência dos poderes, não pode abdicar das suas competências e atribuições nem pode delegá-las sem autorização constitucional para tal (artigo 111.º, n.º 2, da Constituição). Uma norma legal habilitante “em branco” permitiria à administração agir de forma não especificada ou livremente, através do preenchimento interpretativo da cláusula genérica em causa, o que redundaria numa delegação do poder de decisão do legislador na administração, desvirtuando o princípio da legalidade administrativa<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Neste sentido, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO C. GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999 (reimp.), p. 90, embora admitindo que a previsão legal possa ser genérica ou até orçamental.

<sup>8</sup> Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 343.

<sup>9</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública- O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 894.

<sup>10</sup> Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “Inconstitucionalidade das normas legais habilitantes da actuação administrativa “em branco”- Breve nota relativa ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 296/2013”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 1350.

<sup>11</sup> Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “Inconstitucionalidade...cit.”, p. 1350-1351.

A este propósito, também o Tribunal Constitucional afirmou que «*a questão da relevância do princípio da precisão ou determinabilidade das leis anda associada de perto à do princípio da reserva de lei e reconduz-se a saber se, num dado caso, o âmbito de previsão normativa da lei preenche ou não requisitos tidos por indispensáveis para se poder afirmar que o seu conteúdo não consente a atribuição à Administração, enquanto executora da lei, de uma esfera de decisão onde se compreendem elementos essenciais da própria previsão legal, o que, a verificar-se, subverteria a ordem de repartição de competências entre o legislador e o aplicador da lei*»<sup>12</sup>.

Este mínimo de densidade da norma habilitante significa que esta deve definir o conteúdo mínimo típico do poder (descrição do núcleo essencial dos efeitos de direito a produzir pelo seu exercício) e também os pressupostos mínimos (o núcleo essencial das situações de facto e de direito que configuram o caso em que a conduta da administração pode produzir esses efeitos)<sup>13</sup>.

É, pois, necessário aferir, face a determinada norma concreta, se esta habilita a concreta actuação da administração, permitindo antecipar os aspectos essenciais da actuação administrativa em causa. Se uma norma não possui o grau necessário de densidade ela é inconstitucional por violação do princípio da legalidade administrativa<sup>14</sup>.

Vejamos, então, se a norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, satisfaz o mínimo de determinação normativa em ordem ao cumprimento do princípio da legalidade administrativa imposto pela Constituição da República.

Assim, dispõe esta norma: “*Os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural, nos termos do artigo 121.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, e do Despacho n.º 3229/2017, de 18 de abril, são suportados pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior*”.

---

<sup>12</sup> Acórdão do TC n.º 285/92 (António Vitorino), de 22 de Julho de 1992.

<sup>13</sup> Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “Inconstitucionalidade...cit.”, p. 1350.

<sup>14</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito...cit.*, p. 170.

De acordo com a melhor doutrina, uma norma de Direito Administrativo tem de indicar obrigatoriamente: i) necessidade que deve ser satisfeita; ii) as condições em que o deve ser (pressupostos objectivos e subjectivos); iii) a autoridade que deve cuidar dessa tarefa<sup>15</sup>.

- i) *Necessidade que deve ser satisfeita*: trata-se da obrigatória consideração de um interesse público (artigo 266.º, n.º 1, CRP), uma vez que, em cada ato concreto praticado pela Administração, não pode ser deixado casuisticamente ao seu autor a definição da escolha do interesse a prosseguir<sup>16</sup>. Neste caso, parece evidente que o interesse público subjacente a esta norma é a proteção dos consumidores socialmente desfavorecidos, em relação aos quais se reconhece que não possuem condições para suportar os preços do gás natural praticados no mercado liberalizado. Na verdade, um dos fins regulatórios do setor energético pode ser, simplesmente, a proteção dos consumidores mais vulneráveis<sup>17</sup>;
- ii) *Pressupostos objetivos e subjetivos de atuação administrativa*: os pressupostos são as situações de facto e de Direito que configuram o caso sobre o qual a conduta da Administração, no exercício de poderes de autoridade, vai produzir efeitos jurídico-administrativos<sup>18</sup>. O pressuposto objetivo será, neste caso, “os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural”, enquanto o pressuposto subjetivo será, por seu turno, “empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural”;
- iii) *Autoridade que deve cuidar dessa tarefa*: a entidade administrativa a quem cabe esta tarefa, que possui competência dispositiva na matéria<sup>19</sup>, é a ERSE, nos termos do n.º2 do artigo 51.º artigo: “A regulação a que se refere o número anterior é atribuída à ERSE”; da alínea g) do artigo 51.º-A: “Contribuição para alcançar padrões elevados de serviço público de abastecimento de gás natural, para a proteção dos clientes finais economicamente vulneráveis ou em zonas afastadas e para a mudança de comercializador”, e do n.º1 do artigo 55.º: “O cálculo e a fixação das tarifas reguladas aplicáveis às diversas atividades, considerando como tal as tarifas de uso das redes, armazenamento e terminal de GNL, de uso global do sistema e de comercialização de último recurso”, todos do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redação do Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro,

<sup>15</sup>Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003 (Reimp. Edição de 1987), p. 298 e segs.

<sup>16</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...cit.*, p. 297.

<sup>17</sup> Cfr. MARISA APOLINÁRIO, *O Estado Regulador: o novo papel do Estado- Análise da Perspetiva de Evolução Recente do Direito Administrativo, O Exemplo do Sector da Energia*, Almedina, Coimbra, 2016 (reimp.), p. 521.

<sup>18</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...cit.*, p. 318.

<sup>19</sup> Segundo PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...cit.*, p. 938, “A competência corresponde a uma propriedade disposicional, imputada a um órgão por uma norma constitutiva do conjunto, que associa o poder-aptidão desse órgão para, através de acções deonticas (decisórias ou normativas) criar direito sobre uma *determinada matéria*. As normas de competência não são confundíveis com as normas regulativas sobre o exercício da competência”.

e do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro: “A tarifa social é calculada mediante a aplicação de um desconto na tarifa de acesso às redes em baixa pressão, nos termos do regulamento tarifário aplicável ao sector do gás natural”(n.º 1), atendendo ao valor do desconto determinado através do despacho do membro do Governo responsável pela área da energia, de acordo com o n.º 3 do citado a

Por conseguinte, a norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, descreve de forma suficiente os seus pressupostos- *previsão normativa*, tendo por objeto os custos da tarifa social dos clientes de gás natural (pressuposto objetivo), que se dirige a determinados destinatários (os transportadores e comercializadores do setor da energia), dando determinada competência a uma autoridade administrativa (operacionalizado pela ERSE com base num valor calculado pelo membro do Governo responsável), para fazer suportar esses custos na proporção do volume comercializado no ano anterior aos destinatários referidos na previsão- *estatuição ou consequência jurídica*.

É certo que esta norma deixa ainda vários domínios em aberto, que procuraremos em seguida esclarecer. No entanto, tal circunstância não pode considerar-se, por este motivo, contrária à Constituição, dado que os fenómenos de auto-contenção legislativa não são, em si mesmos, inconstitucionais, deles resultando um acréscimo da margem de livre decisão administrativa<sup>20</sup>.

De resto, atendendo a que estamos no âmbito de um setor regulado, pode considerar-se adequada essa auto-contenção legislativa, porque a regulação do setor da energia em particular é confiada a um regulador independente, que por via do Direito da União possui determinadas competências exclusivas, designadamente a emissão de disposição de carácter complexo ou técnico, como a metodologia do cálculo de tarifas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. BERNARDO DINIZ DE AYALA, O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa, Lex, Lisboa, 1995, p. 32.

<sup>21</sup> Sobre este aspeto, cfr. MARTA NUNES VICENTE, *A Quebra de Legalidade Material na Atividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 69 e segs.

Assim, dentro dos limites que referimos, o legislador pode abrir espaço à decisão administrativa, sendo actualmente inconcebível uma legalidade completa e fechada, por forma a assegurar<sup>22</sup>:

- i)** A harmonização concreta de princípios conflitantes;
- ii)** A conciliação de direitos subjectivos em colisão;
- iii)** A complexidade e tecnicidade das matérias sujeitas a intervenção pública;
- iv)** A imprevisibilidade e evolução histórica das necessidades coletivas;

**v)** A garantia de uma autonomia decisória de uma Administração pluralista e descentralizada. Especialmente, através do Direito da União Europeia, é crescentemente reconhecida uma discricionariedade técnica a estes organismos reguladores que limita, inclusivamente, os poderes legislativos nacionais<sup>23</sup>. É especialmente significativo, a este propósito o decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Comissão contra a Alemanha, de 3 de Dezembro de 2009<sup>24</sup>.

Será a medida dessa discricionariedade que teremos de determinar mais adiante, concretamente quando procurarmos responder à questão sobre o critério de repartição dos custos a suportar com a tarifa social do gás natural pelos diversos agentes nos termos do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro (C).

Mas se de um ponto de vista formal ou da sua completude a norma em análise possui todos os requisitos para poder ser aplicada pela Administração, resta averiguar ainda se, do ponto de vista do seu conteúdo, a norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, não viola materialmente a Constituição ou o Direito da União Europeia, de tal forma que, eventualmente, não poderia ser aplicada pelo órgão administrativo competente.

É o que veremos no ponto seguinte.

<sup>22</sup>Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*cit., p. 896-897.

<sup>23</sup> Cfr. NURIA RUIZ PALAZUELOS, *El Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad de los Organismos Reguladores- Un Análisis de Casos en los Ámbitos de la Energía y las Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 19-20.

<sup>24</sup> Caso COMISSÃO c. ALEMANHA, proc. C-424/07 de 3 de Dezembro de 2009.

## **b) 2. Da inaplicabilidade por violação material de normas constitucionais ou de Direito da União Europeia**

Do *ponto de vista material* é necessário ainda verificar se a norma em questão não afronta materialmente normas constitucionais ou de Direito da União Europeia em termos tais que não possam ser aplicáveis pelo órgão administrativo competente.

Vimos já que a Administração está sujeita ao princípio da legalidade democrática (artigo 3.º, n.º2, CRP) e o princípio da legalidade administrativa (artigo 266.º, n.º2, CRP). Todavia, este bloco de legalidade não inclui apenas a lei ordinária, abrangendo todas os outros escalões normativos aos quais tem de se submeter a lei que habilita a Administração a agir, designadamente as normas constitucionais, internacionais ou de Direito da União Europeia.

*Quid iuris* se se verificar uma contradição entre estas normas de diferentes hierarquias normativas? Legitimará a Administração a não aplicar a norma legal?<sup>25</sup>

A questão é controversa, mas recorrendo a uma sistematização acerca das posições doutrinárias sobre esta problemática, podem divisar-se três diferentes orientações<sup>26</sup>:

- i) concepção clássica*, que recusa à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer poder de controlo da constitucionalidade das leis;
- ii) concepção intermédia*, que equaciona o problema no quadro de um conflito entre princípios constitucionais;
- iii) concepção ampla*, que reconhece, embora com limites, uma competência administrativa de fiscalização da constitucionalidade.

Defendemos já que, perante a existência de uma lei inconstitucional, mesmo por violação de direitos, liberdades e garantias, estará, em princípio, vedado à Administração Pública o poder de a desaplicar<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Decompondo a competência de fiscalização, em gradação crescente de intensidade, no (i) poder de efectuar um juízo de conformidade, no (ii) poder de extrair desse juízo directrizes para a aplicação do acto fiscalizado, no (iii) poder de representar o juízo de desconformidade a outro órgão, no (iv) poder de suspender a aplicação do acto tido como desconforme, no (v) poder de desaplicar o acto tido como desconforme e no (vi) poder de erradicar da ordem jurídica o acto tido como desconforme, cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização...cit.*, p. 33-36.

<sup>26</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, "Anotação Artigo 204.º", in J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, p. 64 e segs.

<sup>27</sup> Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 277.

Não obstante concordarmos que a fiscalização administrativa da constitucionalidade apresenta-se como um problema de colisão de princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da constitucionalidade (artigo 3.º, n.º 2 e 3 da CRP) em face do princípio da separação de poderes (artigo 111.º da CRP), optamos *prima facie* pelos argumentos que vão no sentido de estar vedada à Administração Pública esta possibilidade<sup>28</sup>.

A desaplicação da lei pelos órgãos administrativos assume uma natureza excepcional dentro dos sistema jurídico-positivo, tal sendo de admitir apenas quando violem em termos ostensivos o núcleo essencial de direitos fundamentais inseridos em normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta<sup>29</sup>.

Recordemos que em sede de consulta pública, a maioria dos interessados defendeu que a tarifa social deveria ser encarada como uma medida de apoio social no combate à pobreza energética, devendo ser financiada de forma coordenada para as diversas formas de energia e pelo Estado, por forma a não colocar em causa a sustentabilidade do setor.

Sustentou-se, conseqüentemente, que a tarifa social no setor do gás natural é uma prestação complementar no âmbito do apoio e segurança social e não do setor energético, pelo que deveria ser o orçamento da Segurança Social a suportar o encargo ou, no limite, os demais consumidores numa lógica de solidariedade setorial.

Estariam assim em causa os direitos fundamentais dos destinatários desta medida (transportadores e comercializadores de gás natural), sendo as posições jus-fundamentais susceptíveis de serem violadas o direito à livre iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, CRP) e o direito de propriedade privada (artigo 62.º CRP).

Quanto ao primeiro, é um direito fundamental que pode desdobrar-se em três vertentes distintas:

- i)** O acesso à actividade económica em causa, decidindo o mercado de actuação, o investimento a realizar, a empresa a criar, bem como a sua respectiva cessação, isto é, o direito a sair do mercado ou a fechar a empresa;
- ii)** A forma de organização e gestão das empresas, determinando a melhor forma de a organizar e gerir, abarcando todos os aspectos relativos à sua natureza, estrutura e constituição;
- iii)** A condução e actividade da empresa no mercado, escolhendo as melhores formas de obtenção do lucro ou as mais adequadas decisões a adoptar para lograr sucesso no mercado em que decidirem operar.

<sup>28</sup> Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 277.

<sup>29</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...cit.*, p. 990-991.

Quanto ao direito de propriedade privada (artigo 62.º CRP), inclui a liberdade a dispor da propriedade e de adquirir, bem como a não ser desapropriado e a liberdade de usar e fruir os bens e direitos reais de que se é titular.

A questão sobre a constitucionalidade da norma contida no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, excede o âmbito da presente consulta.

Ainda assim, para o problema que nos ocupa, centrado na desaplicação administrativa desta norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, sempre diremos que não se verifica o quadro de excepcionalidade que permitiria essa não aplicação por parte da ERSE, já que não parece tal disposição violar ostensivamente o núcleo essencial de direitos fundamentais previstos na CRP.

É que estes dois direitos fundamentais não têm um carácter absoluto, tal como nenhum direito fundamental previsto na CRP é detentor dessa natureza. O exercício de todos os direitos fundamentais deve ceder na medida do que seja necessário e adequado face à prossecução de interesses da colectividade ou perante a colisão com outros direitos fundamentais (artigo 18.º CRP).

De resto, a compressão destes dois direitos fundamentais nem é especialmente problemática do ponto de vista jurídico-constitucional, já que a própria CRP autoriza expressamente as necessárias limitações, quer ao direito à livre iniciativa económica privada, quer ao direito de propriedade em nome de outros valores de grau constitucional.

Assim, o artigo 61.º, n.º 1 da CRP estatui que a iniciativa económica privada exerce-se livremente, mas com a ressalva de que tal exercício subordina-se aos quadros definidos pela Constituição e pela lei tendo em conta o interesse geral, ao passo que o artigo 83.º da CRP autoriza a lei a determinar os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização.

Também o artigo 62.º, n.º 2, da CRP, não deixando de garantir a propriedade privada, prevê a possibilidade de requisição e expropriação por motivo de utilidade pública desde que atribuída justa indemnização.

Especialmente neste domínio, de acordo com o artigo 81.º, alínea m) da CRP, incumbe ao Estado promover uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo a cooperação internacional. A imposição de uma política nacional de energia justifica-se pela sua importância como recurso essencial para a economia, mas também como fator

fundamental bem-estar individual e colectivo<sup>30</sup>, designadamente a segurança do abastecimento. Impõe-se ainda que esta política seja prosseguida com respeito da preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico.

Mas ainda que o legislador constitucional não tivesse autorizado expressamente estas restrições aos direitos fundamentais dos operadores, a sua admissibilidade decorreria sempre de uma ponderação de bens jus-constitucionais que o legislador ordinário teria sempre de realizar na definição do quadro jurídico nacional do setor do gás natural.

A legitimidade jurídico-constitucional destas restrições aos direitos fundamentais dos agentes do setor tem de passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º1, CRP), as quais têm de se apresentar como necessárias, adequadas e equilibradas face ao objectivo de interesse geral que visam alcançar.

Essa concreta aferição excede, contudo, o âmbito desta consulta, sendo suficiente, para solucionar o problema que nos ocupa, concluir que esta possível inconstitucionalidade da medida contida na norma do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, não será manifesta nem ostensiva, pelo que não poderia legitimar a respetiva desaplicação administrativa.

Quanto ao Direito da União Europeia, desde há muito que o TJUE entende que os órgãos das Administrações nacionais não devem aplicar normas, ainda que constantes de ato legislativo, que contrariem o Direito da União Europeia<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª. edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 971.

<sup>31</sup> Caso FRATELLI CONSTANZO, proc. 103/88, de 22 de Junho de 1989.

Esta obrigação decorre, em termos últimos, do princípio do primado do Direito da União Europeia, ao postular que em caso de conflito entre uma norma nacional, seja qual for o seu valor hierárquico, e uma norma de Direito da União Europeia, deve sempre prevalecer esta última<sup>32</sup>.

Mostra-se, porém, condição indispensável para que esse afastamento da norma nacional ocorra, que a disposição da União Europeia a aplicar seja dotada de efeito direto.

A problemática do efeito directo do Direito da União Europeia refere-se às condições necessárias para que um particular possa invocar uma norma de Direito da União Europeia, perante os tribunais ou Administrações nacionais, com vista à satisfação dos seus interesses<sup>33</sup>.

Os requisitos necessários para que uma norma possa gozar de efeito directo são familiares ao Direito Internacional Público, particularmente as condições que na ordem jurídica internacional se estabelecem para que uma norma seja *self executing*<sup>34</sup>. Neste sentido, exige o TJUE que a disposição invocável seja clara, precisa e incondicional, não contendo qualquer reserva conferida ao Estado-membro nem necessitando de quaisquer medidas de implementação<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Caso COSTA c. ENEL, proc. 6/64, de 15 de Julho de 1964. O TJUE veio, posteriormente, aperfeiçoando esta teoria do primado em acórdãos subsequentes. No caso INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, proc. 11/70, de 17 de Dezembro de 1970, afirmou o Tribunal das Comunidades que uma eventual violação de direitos fundamentais consagrados nas Constituições nacionais não afectará a validade de um acto comunitário. De extrema importância revestiu-se, também o caso SIMMENTHAL, proc. 106/77, de 9 de Março de 1978, no qual o TJUE declarou a obrigatoriedade para qualquer juiz nacional de deixar inaplicada toda a disposição da lei nacional que contrarie o Direito Comunitário, quer aquela seja anterior ou posterior. sobre o primado, cfr. MATHIAS KUMM/VICTOR FERRERES COMELLA, “The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty”, , 2004, p. 1 e segs; KAREN J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, MATTIAS KUMM, “Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, CMLR, 1999, p. 331 e segs; CRISTOPH SCHMID, “From Pont d’Avignon to Ponte Vecchio: the resolution of constitutional conflicts between the European Union and the Member States through principles of Public International Law”, YEL, 1998, p. 415 e segs; JEAN VICTOR LOUIS, “La primauté, une valeur relative?”, CDE, 1995, p. 26 e segs; BRUNO DE WITTE, “Retour à Costa. La primauté du Droit Communautaire à la lumière du Droit International”, RTDE, 1984, p. 425 e segs; JOSEPH WEILER, “The Community system: the dual character of supranationalism”, YEL, 1981, p. 267 e segs; entre nós, particularmente face à nossa ordem jurídica, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL/NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do Direito da União Europeia: uma evolução na continuidade”, Revista de Direito Público, n.º1, 2009, p. 9 e segs; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros*, Principia, Estoril, 2006, passim; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do Direito da União e das Comunidades europeias- Em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 295 e segs; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição- Notas de uma reflexão crítica”, *Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, p. 668 e segs.

<sup>33</sup> Sobre o efeito directo, especificamente, cfr. SACHA PRECHAL, “Does direct effect still matter?”, *Common Market Law Review*, 2000, p. 1047 e segs; KLAUS LACKHOFF/HAROLD NYSENS, “Direct effect of directives in triangular situations”, *European Law Review*, 1998, p. 397 e segs; PAUL CRAIG, “Directives: Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation”, *European Law Review*, 1997, p. 519 e segs; entre nós, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-Membros”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2001, p. 3 e segs.

<sup>34</sup> Cfr. PAUL CRAIG/GRAINNE DE BÚRCA, *EU Law- Text, Cases and Materials*, 4.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 275.

<sup>35</sup> Caso VAND GEND & LOOS, proc. 26/62, de 25 de Fevereiro de 1963.

No que respeita ao setor da energia, os Estados-membros da União Europeia viram a oportunidade de instituir um sistema guiado pela mão invisível do mercado, no qual os privados assumem um papel central no planeamento e financiamento das infra-estruturas, bem como no fornecimento e transporte de energia, remetendo-se o Estado a certas actividades de suporte ou fiscalização<sup>36</sup>.

A União Europeia tem como objectivo central da sua política energética a construção de um mercado interno de gás e electricidade num sentido pleno, no qual todos os consumidores possam escolher livremente os seus fornecedores e todos os fornecedores possam abastecer livremente os seus clientes, desígnio considerado como o único compatível com os princípios fundamentais da União respeitantes à livre circulação de mercadorias, livre prestação de serviços e liberdade de estabelecimento que os tratados garantem aos cidadãos europeus<sup>37</sup>.

Visa-se, assim, criar novas oportunidades de negócio e intensificar o comércio transfronteiriço, assegurando ganhos de eficiência, preços competitivos e padrões de serviço mais elevados, contribuindo para a segurança do fornecimento e para a sustentabilidade energética<sup>38</sup>.

Contudo, esta abertura do mercado à concorrência não significa que o Direito da União Europeia não demonstre preocupações de serviço público, tendo o legislador expressado, na Diretiva relativa do mercado do gás natural, que *“As obrigações de serviço universal e público e as normas mínimas comuns daí decorrentes têm de ser reforçadas, para garantir a todos os consumidores, em particular aos consumidores vulneráveis, os benefícios da concorrência e preços justos”* (considerando 47 da DIRETIVA 2009/73/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural).

Nesta medida, o Direito da União Europeia não proíbe, muito pelo contrário, a introdução pelos Estados de mecanismos de serviço público que não obedeçam a uma lógica de mercado, particularmente quando se trate de garantir que consumidores vulneráveis possam ter acesso ao gás natural a preços justos e razoáveis.

<sup>36</sup> Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O Direito europeu da energia- evolução, fontes e vectores estruturantes”, in CAIO CAVALCANTI (Coord.), *O Direito da Energia no Contexto Luso-Brasileiro*, Synergia Editora, Rio de Janeiro, 2017, p. 229.

<sup>37</sup> Por último, para um balanço e perspectiva crítica, cfr. PETER D. CAMERON, “The internal energy market- redefining objectives”, in P. CAMERON/R. HEFFRON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, 2.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 4 e segs.

<sup>38</sup> Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O Direito europeu da energia...cit., p. 237 e segs.

Se os mercados não funcionam adequadamente, as obrigações de serviço público constituem um método de estruturação de uma intervenção pública de carácter excepcional<sup>39</sup>.

Assim dispõe expressamente o n.º 3 do artigo 3.º da DIRETIVA 2009/73/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de Julho de 2009, estatuinto que *“Os Estados-Membros devem aprovar medidas adequadas para garantir a protecção dos clientes finais, e, em especial, garantir a existência de salvaguardas para proteger os clientes vulneráveis. Neste contexto, cada Estado-Membro define o conceito de clientes vulneráveis, que pode referir-se à pobreza energética e, entre outras coisas, à proibição do corte do fornecimento de energia a esses clientes em momentos críticos. Os Estados-Membros devem garantir a observância dos direitos e obrigações relacionados com os clientes vulneráveis. Aqueles devem aprovar nomeadamente medidas adequadas para proteger os clientes de zonas afastadas ligados à rede de gás. Os Estados-Membros podem designar um comercializador de último recurso para os clientes ligados à rede de gás (...).”*

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já teve oportunidade de se pronunciar sobre os contornos a que deve obedecer a definição das obrigações de serviço público no domínio da energia, e em especial no setor do gás natural, com especial incidência na manutenção de preços regulados na sua comercialização<sup>40</sup>.

Por conseguinte, determinou o TJUE que uma intervenção na regulação dos preços de fornecimento de gás natural, para satisfação de obrigações de serviço público, apenas seria admissível desde que:

- i)* prossiga um interesse económico geral que consiste em manter o preço de fornecimento de gás natural ao consumidor final, a um nível razoável, face à conciliação a que os Estados-Membros devem proceder, tendo em conta a situação do sector do gás natural, entre o objectivo de liberalização e o da necessária protecção do consumidor final;

<sup>39</sup> Cfr. KIM TALUS, *Introduction to EU Energy Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 29.

<sup>40</sup> Mas não só, porque também no que respeita à segurança do abastecimento, estabeleceu o TJUE no caso COMISSÃO c. BÉLGICA, proc. C-503/99, de 4 de Junho de 2002, que: “Não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 73.º -B do Tratado (actual artigo 56.º CE) um Estado-Membro que mantém uma regulamentação nacional que institui uma acção específica desse Estado em duas sociedades de transporte e de distribuição de gás, que prevê, por um lado, um direito de oposição desse Estado-Membro a qualquer cessão, qualquer afectação a título de garantia ou qualquer alteração do destino de activos estratégicos determinados e, por outro, um direito de oposição desse Estado-Membro a determinadas decisões de gestão que foram consideradas contrárias às linhas directrizes da política energética do país. Com efeito, embora as restrições resultantes da regulamentação em causa caiam no âmbito de aplicação da livre circulação de capitais, esta regulamentação é justificada pelo objectivo de garantir a segurança dos aprovisionamentos em energia em caso de crise, objectivo que faz parte das razões da segurança pública que podem justificar, em conformidade com o artigo 73.º -D, n.º 1, alínea b), do Tratado [actual artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE], um entrave à livre circulação de capitais, na medida em que não vá além do necessário para alcançar esse objectivo”.

- ii)** afete a livre fixação dos preços de fornecimento de gás natural apenas na medida necessária à realização de tal objectivo de interesse económico geral e, por conseguinte, por um período necessariamente limitado no tempo; e
- iii)** seja claramente definida, transparente, não discriminatória e verificável, e garanta às empresas de gás na União um igual acesso aos consumidores<sup>41</sup>.

Em face destes parâmetros fornecidos pelo Direito da União Europeia, deve ser equacionado o disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, particularmente perante algumas das observações feitas em sede de consulta pública.

Em primeiro lugar, a observação de que as empresas privadas não reguladas podem fazer, ainda que não totalmente, o *pass-through* destes custos para os seus clientes, enquanto as empresas reguladas, estando sujeitas à regulação da ERSE, ficarão muito provavelmente impedidas de recuperar esses custos através das tarifas de gás natural,

Em segundo lugar, a observação de que esta opção legislativa representa uma solução opaca que contraria os princípios de transparência, promovendo a inclusão crescente de componentes que nada têm a ver com o fornecimento de gás natural, induzindo, conseqüentemente, o aumento artificial dos preços de retalho a clientes finais, dificultando a comparação de ofertas pelos clientes.

Conseqüentemente, é possível suscitar-se a dúvida quanto a saber se esta medida legislativa não contraria a unidade do mercado comum e a liberdade de estabelecimento, bem como aferir se respeita os requisitos previstos na estruturação das obrigações de serviço público, designadamente a não discriminação, transparência e susceptibilidade de controlo quanto à sua aplicação.

Esta aferição apenas pode realizar-se através de um exame concreto dos requisitos estabelecidos pelo TJUE enunciados *supra*, tarefa que excede o âmbito da presente consulta.

---

<sup>41</sup> Caso FEDERUTILITY, proc. C-265-08, de 20 de Abril de 2010. Também bastante elucidativo é o caso COMISSÃO c. POLÓNIA, proc. C-36/14, de 10 de Setembro de 2015, no qual o TJUE considerou que o sistema polaco de regulação dos preços do gás natural não cumpria a exigência de proporcionalidade no respeitante a uma derrogação por motivos de serviço público.

De qualquer forma, sempre se diga que os Estados-membros têm aqui uma margem de discricionariedade bastante alargada, designadamente porque:

- i)** Podem (e devem) adoptar medidas para proteger clientes economicamente vulneráveis;
- ii)** Podem definir, com observância dos princípios *supra* descritos, quem são esses clientes economicamente vulneráveis;
- iii)** Podem designar um comercializador de último recurso para esse efeito;
- iv)** Podem configurar a forma de financiamento de tais medidas sociais de proteção, sendo a diretiva omissa a este respeito<sup>42</sup>.

Nesta medida, para a questão que ora nos ocupa, desta ampla margem de liberdade dos Estados, resulta que as normas do n.º 3 do artigo 3.º da DIRETIVA 2009/73/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de Julho de 2009, não possuem as características necessárias ao reconhecimento do seu efeito direto.

De facto, estas normas não comungam das qualidades da precisão e incondicionalidade necessárias ao reconhecimento do efeito direto, pois deixam ainda uma discricionariedade considerável aos Estados-membros, pressupondo a adopção, por parte das autoridades nacionais, de medidas necessárias à sua implementação efetiva, delas não se conseguindo extrair a obrigatoriedade de alcançar um resultado preciso.

Bem se compreende, de resto, esta autonomia decisória conferida aos Estados, outorgando-lhes o legislador europeu liberdade, quer quanto à escolha dos meios que considere mais adequados- tendo em conta a particular situação interna do sector económico em causa – quer quanto às formas que considere mais conformes à especificidade da ordem jurídica nacional em questão- atendendo às diferenças sociais e culturais nelas existentes.

Em conclusão, não poderia a ERSE, neste caso, com base no cumprimento do Direito da União Europeia, deixar de aplicar o disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, pois não se verifica um efeito direto de exclusão susceptível de afastar legislação nacional eventualmente desconforme à ordem jurídica europeia.

---

<sup>42</sup> Neste sentido, cfr. WOLF SAUTER, *Public Services in EU LAW*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 200.

Esclarecida que está a questão de saber se a ERSE tinha a obrigação de dar execução à norma contida no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, havendo que concluir num sentido claramente positivo, temos agora de compreender em que termos o deve fazer.

Por conseguinte, para que essa aplicação possa ser levada a cabo, há que determinar o exato conteúdo da norma em questão.

### **B) Do âmbito de aplicação do disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro**

De acordo com o estabelecido no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro: *Os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural, nos termos do artigo 121.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, e do Despacho n.º 3229/2017, de 18 de abril, são suportados pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior*”.

Para discernir o preciso sentido desta norma, é necessário formularmos algumas questões que nos indiquem o seu alcance, designadamente: a) qual é a medida que aqui está em causa, ou seja, que tipo de conduta ou atuação é pressuposta nesta norma?; b) qual a sua finalidade, isto é, que objetivo pretende atingir?; c) quem são os seus destinatários, ou seja, quem são os sujeitos visados por esta medida?; d) através de que formas, isto é, mediante que critérios e instrumentos deve esta medida ser aplicável?

Vejamo-las separadamente.

#### **a) Do encargo**

Vimos já que a União Europeia tem como objectivo central da sua política energética a construção de um mercado interno de gás e eletricidade num sentido pleno, no qual todos os consumidores possam escolher livremente os seus fornecedores e todos os fornecedores possam abastecer livremente os seus clientes.

Mas esta política energética não tem apenas na sua base a prossecução de valores económicos (como a concorrência e a eficiência económica), salvaguardando também valores sociais, como a existência de um serviço fiável, a preços acessíveis e disponível a todos os consumidores<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. MARISA APOLINÁRIO, *O Estado Regulador...cit.*, p. 558.

Por conseguinte, tendo em vista a necessidade de proteger os clientes economicamente vulneráveis no sector do gás natural, criou-se a tarifa social, através do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro, dela podendo beneficiar os titulares: i) do complemento solidário para idosos; ii) do rendimento social de inserção; iii) do subsídio social de desemprego; iv) do primeiro escalão do abono de família, e v) da pensão social de invalidez (artigo 2.º, n.º 2).

Para efeitos de atribuição da tarifa social, os clientes economicamente vulneráveis devem ainda satisfazer determinadas condições, designadamente ser titulares de um contrato de fornecimento de gás natural e o seu consumo anual ser inferior ou igual a 500 m<sup>3</sup> (artigo 5.º, n.º 1).

Quanto ao financiamento desta tarifa social, estabelecia este regime jurídico que “O financiamento dos custos com a aplicação da tarifa social é suportado por todos os clientes de gás natural, na proporção da energia consumida, a repercutir nas tarifas de acesso às redes” (artigo 4.º, n.º 1).

Ora, atendendo a este quadro, o que agora faz o artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, é transferir os custos da tarifa social do gás, que até agora eram suportados por todos os clientes de gás natural, para todas as empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural.

Nesta medida, o tipo de conduta ou atuação pressuposta nesta norma é um dever, ou seja, prescreve-se a necessidade de praticar um certo facto: o financiamento da tarifa social do gás, tratando-se uma norma de conduta impositiva.

Talvez com maior rigor poderíamos afirmar que a imposição do financiamento é um encargo que se transfere para os transportadores e comercializadores de gás natural, pois o encargo é uma realidade analítica<sup>44</sup>. Estas empresas suportam este específico dever em virtude da atividade económica que desenvolvem e por serem sujeitos do sistema jurídico nacional de gás natural.

---

<sup>44</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 914 e segs.

## b) Da finalidade

Referimos já que o interesse público subjacente a esta norma é a proteção dos consumidores socialmente desfavorecidos, em relação aos quais se reconhece que não possuem condições para suportar os preços do gás natural praticados no mercado liberalizado.

Assim, para proteger os consumidores mais vulneráveis, criou-se uma tarifa social, da qual resultam determinados custos, ou seja, o diferencial que estes sujeitos não têm de suportar em face dos preços praticados no mercado livre.

Ora, esses custos constituem um encargo financeiro que agora, de acordo com a norma em análise, deve ser suportado pelos transportadores e pelos comercializadores de gás natural e já não por todos os outros consumidores.

Vimos já que esta opção suscitou diversas críticas em sede de discussão pública, defendendo-se que a tarifa social deve ser encarada como uma medida de apoio social no combate à pobreza energética, cujo financiamento deve ser realizado de forma coordenada para as diversas formas de energia e pelo Estado, por forma a não colocar em causa a sustentabilidade do sector.

Assim seria porque a tarifa social do gás natural é uma prestação complementar no âmbito do apoio e segurança social e não do setor energético, pelo que deveria ser o orçamento da Segurança Social a suportar o encargo ou, no limite, os demais consumidores numa lógica de solidariedade setorial.

Deve, porém, dar-se por assente que o legislador ordinário goza de uma liberdade de decisão apreciável na densificação das finalidades de interesse geral. No Estado Democrático Constitucional, na *res publica* da Lei Fundamental, não existe uma base material de evidência da qual decorra um conceito de interesse público como emanção de um poder público superior<sup>45</sup>.

No plano jurídico-administrativo, a indeterminação congénita dos interesses públicos será compensada através de uma tipologia normativa do bem comum, por meio da qual o legislador pode estabelecer específicas previsões que remetem para situações problemáticas e conflituais típicas entre diversos interesses<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Athenäum, Bad Homburg, 1970, p. 17.

<sup>46</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Öffentliches Interesse...cit.*, p. 32-33.

Por conseguinte, quem determina o que é e como se realiza o interesse geral não pode ser senão o Estado- o legislador democraticamente legitimado- que elege, de entre os bens com relevância jurídico-constitucional, aqueles que correspondem a interesses da colectividade e que devem ser prosseguidos através de entidades a ela pertencentes, ou mediante a actuação de entidades privadas de acordo com determinados parâmetros fixados na lei.

No caso em apreço, parece que o legislador pretendeu replicar uma opção adoptada originariamente para o sector eléctrico quanto ao modo de financiamento da tarifa social da eletricidade.

Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro, os custos com a tarifa social deviam ser suportados por todos os titulares de centros eletroprodutores em regime ordinário.

Na mesma lógica se compreende ainda uma outra norma, aprovada também pela lei do Orçamento de Estado para 2018, ao prever que o aumento das taxas de tributação de produtos petrolíferos e energéticos não poderia repercutir-se na fatura dos consumidores finais (n.º 6, artigo 251.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro).

Por conseguinte, vislumbramos uma lógica idêntica neste conjunto de medidas, ou seja, pretende-se, no domínio da energia, desonerar os consumidores de parcelas de custos resultantes da prossecução de fins de interesse público, transferindo tais encargos para empresas que operem nesses sectores.

Neste mesmo sentido se pronunciou o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, ao sustentar que o artigo 209.º da Lei do Orçamento de Estado para 2018 veio proceder à alteração do financiamento da tarifa social do gás natural, transferindo-o dos consumidores para as empresas do setor<sup>47</sup>.

Referimos já que esta opção traduz-se numa restrição aos direitos fundamentais dos agentes do sector económico em causa, a qual tem de sujeitar-se ao crivo do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º1, CRP), as quais têm de se apresentar como necessárias, adequadas e equilibradas face ao objectivo de interesse geral que visam alcançar.

---

<sup>47</sup> Parecer n.º 6/2018, de 18 de Maio de 2018, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, p. 32.

No âmbito do Direito da União Europeia, se a segurança e a regularidade do abastecimento, a qualidade e o preço do serviço, ou a proteção do meio ambiente, incluindo a eficiência energética, são fins que cabem dentro das obrigações de serviço público, também o financiamento da tarifa social a cargo dos operadores poderá aí, teoricamente, ser abrangido.

Na verdade, mostra-se, em geral, admissível que os operadores num determinado setor regulado fiquem sujeitos ao cumprimento de determinadas obrigações de serviço público, mas a sua imposição tem de se pautar por um critério de proporcionalidade, exame que excede o âmbito da presente consulta<sup>48</sup>.

Para a nossa análise, a apreensão do fim de interesse público concretamente visado pelo legislador com esta medida prende-se, exclusivamente, com determinação da discricionariedade a reconhecer à Administração Pública na respetiva execução.

### **e) Destinatários**

Determinado o encargo previsto na norma do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, bem como a finalidade que se pretende prosseguir com a sua imposição, cabe apurar quem são os sujeitos destinatários deste dever.

Esta norma refere-os expressamente, ao dispor que *“Os custos decorrentes da aplicação da tarifa social aos clientes de gás natural, (...) são suportados pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural.*

Porém, em sede de consulta pública, suscitaram-se diversas objeções quanto aos sujeitos abrangidos por esta obrigação de financiamento da tarifa social do gás natural.

<sup>48</sup> Refira-se que o Parecer n.º 39/2012, de 21 de Março de 2013, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República considerou que a imposição dos custos aos operadores com o financiamento da tarifa social não ofendiam o direito de propriedade privada nem os princípios da confiança e da segurança jurídica (artigo 2.º da CRP). Deve dizer-se, porém, que idêntica solução não terá de valer necessariamente para o sector do gás natural, dado que um dos fundamentos aí apresentados radicava-se na razoabilidade da diminuição patrimonial dos operadores que teria de ser apreciada num quadro de alguma corresponsabilidade relativamente aos benefícios que os centros electroprodutores obtinham com a atuação do mecanismo dos CMEC.

Desde logo, porque esta medida daria azo a um tratamento diferenciado entre comercializadores regulados e comercializadores em mercado, no que respeita à repercussão dos custos com a tarifa social.

Mas, em geral, existiria o risco de as empresas privadas não reguladas fazerem o *pass-through* destes custos para os seus clientes, enquanto as empresas reguladas, por sua vez, estarão sujeitas à regulação da ERSE e, nesse sentido, ficarão muito provavelmente impedidas de recuperar esses custos através das tarifas de gás natural.

Consequentemente, advogou-se que os custos decorrentes do financiamento da tarifa social deveriam ser repartidos por todos os agentes intervenientes no setor do gás natural.

Estas observações justificam que, em ordem a respondermos a esta questão, determinemos, em primeiro lugar, qual o universo dos agentes intervenientes do setor do gás natural e, dentro desses, quais os que estão abrangidos pela norma do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro (c)1), e, em segundo lugar, saber se é relevante esses sujeitos operarem em regime livre ou regulado, designadamente para efeitos da sua eventual exclusão do âmbito da aplicação desta medida (c)2).

### **e) 1. Dos agentes intervenientes no setor do gás natural**

O Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, na redação do Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro, dispõe sobre as bases gerais da organização e do funcionamento do SNGN (sistema nacional de gás natural), bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, bem como armazenamento de gás natural, transporte, distribuição e comercialização de gás natural e respetivos mercados (artigo 1.º, n.º 1).

Faz a lei, desta forma, uma diferença entre o sistema globalmente considerado e as actividades que compõem o sector do gás natural, e nas quais o mercado se desdobra. Mas, por um lado, se observarmos o conceito de sistema, verificamos que se refere ao conjunto de princípios, organizações, agentes e infra-estruturas relacionados com as *atividades* abrangidas pelo DL no território nacional (alínea kk) do artigo 3.º BSNGN).

Se percorrermos ainda as diversas secções do BSNGN verificamos que ele adopta como critério sistemático as actividades do sistema, tomando as suas normas por referência esses diversos segmentos do mercado do gás natural, conferindo-lhes regimes jurídicos diferenciados.

É, assim, de importância fundamental para a compreensão do regime jurídico do gás natural a exacta dilucidação das diversas actividades que integram o SNGN (artigo 13.º), pois, no que respeita aos intervenientes, estes são definidos por referência à actividade que exercem (artigo 14.º).

De resto, um ponto fundamental deste regime, a separação de actividades ou *unbundling*, tem como preocupação, precisamente, impedir que o exercício de certas *actividades no setor do gás natural*, praticadas em simultâneo pelos diversos intervenientes no mercado, seja susceptível de falsear a concorrência (artigos 20.º-A, 20.º-B, 21.º do BSNGN).

Mas, sobretudo, quanto a uma trave-mestra do regime jurídico actual do setor do gás natural: a regulação, determina a lei que esta tem por finalidade assegurar a eficiência e a racionalidade das *actividades* em termos objectivos, transparentes, não discriminatórios e concorrenciais (artigo 50.º do BSNGN).

Consequentemente, o objecto da regulação são *actividades do sector do gás natural*, e será por referência a estas que a lei delimita os diversos agentes intervenientes neste mercado.

Dispõe do artigo 14.º do BSNGN que são intervenientes no SNGN:

- a) Os operadores das redes de transporte de gás natural;
- b) Os operadores de terminal de receção, armazenamento e regaseificação de GNL;
- c) Os operadores de armazenamento subterrâneo de gás natural;
- d) Os operadores das redes de distribuição de gás natural;
- e) Os comercializadores de gás natural;
- f) Os operadores de mercados organizados de gás natural;
- g) O operador logístico da mudança de comercializador de gás natural;
- h) Os consumidores de gás natural.

No que respeita ao círculo de destinatários abrangidos pela norma em questão, devemos conjugar esta delimitação com outro segmento da norma, segundo o qual *esses custos são suportados na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior*”.

Isto significa que este círculo abrange os comercializadores e os sujeitos que operam na rede que conduz, em última instância, à comercialização, ou seja, inclui apenas aqueles que intervêm na transmissão de gás que culmina na sua entrega ao cliente através do comercializador.

Nesta medida, o comercializador introduz o gás no sistema, entregando-o ao transportador, que o integra e conduz em todas as suas instalações, remetendo-o ao distribuidor, que se encarregará de

o levar desde a sua rede até ao cliente final, não sendo, todavia, o transportador nem o distribuidor proprietários do gás, mas meros prestadores de serviços<sup>49</sup>.

Por conseguinte, estão aqui abrangidos o transportador, distribuidores e comercializadores, sem qualquer distinção quanto a estes últimos, incluindo o comercializador de último recurso.

No entanto, o artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, impõe expressamente este encargo apenas às *empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural*. Terá excluído as empresas distribuidoras?

É certo que no nosso ordenamento jurídico, distribuição tem um sentido específico diferente de transporte, distinguindo a lei claramente uma e outra atividade (alíneas q) e ll) do artigo 3.º (BSNGN), bem como os sujeitos que as desenvolvem (alíneas a) e e) do artigo 14.º do BSNGN).

Não nos parece, todavia, não obstante da aparente literalidade da norma poder extrair-se a exclusão dos distribuidores do seu campo de incidência, que seja esse o significado correto da norma em análise. O sentido da norma jurídica há-de sempre resultar de uma união incindível entre a sua letra e o seu espírito, não podendo nenhum destes elementos ser considerado isoladamente.

Em primeiro lugar, a interpretação de qualquer texto não pode deixar de assentar nas palavras desse texto, sendo a letra não só o ponto de partida mas um elemento irremovível de toda a interpretação<sup>50</sup>.

Ora, o elemento literal da norma depõe no sentido de os distribuidores fazerem parte do âmbito de incidência subjetiva da norma em apreço.

Assim, por um lado, a lei refere-se a *empresas transportadoras* no plural, sendo que no nosso ordenamento jurídico apenas existe uma entidade concessionária da rede de transporte (artigo 20.º, n.º 1 do BSNGN), e, por outro lado, distribuir, num sentido amplo, implica também transportar<sup>51</sup>.

Na verdade, a atividade de distribuição de gás implica conduzir, veicular, *transportar* gás em redes de média e baixa pressão até aos pontos de consumo.

---

<sup>49</sup> Cfr. LUIS PERÉZ DE AYALA, "Regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural", in S. MUÑOZ MACHADO/SERRANO GONZALEZ/BACIGALUPO SAGGESE (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Volume III, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009, p. 1301-1302.

<sup>50</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito- Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 396.

<sup>51</sup> Cfr. IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2010, p. 25.

O próprio Direito da União Europeia, no qual assenta grandemente o nosso regime jurídico do gás natural, define a atividade de distribuição como “o *transporte* de gás natural através de redes locais ou regionais”<sup>52</sup>.

Nesta medida, de acordo com o princípio da interpretação conforme, construído pela jurisprudência do TJUE, devem as disposições relevantes do Direito nacional ser interpretadas à luz das Directivas europeias, por forma a alcançar-se os objectivos nelas contidos<sup>53</sup>.

Da letra da lei deve resultar, por conseguinte, que *empresas transportadoras* abrange quer a atividade de transporte em sentido estrito quer a atividade de distribuição<sup>54</sup>.

Mas, em segundo lugar, para além do elemento literal, temos que verificar se o elemento teológico da interpretação jurídica depõe também neste sentido, ou seja, se este entendimento estará de acordo com a finalidade que a norma jurídica pretende atingir, pois, “enquanto não se descobrir o para quê de uma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação”<sup>55</sup>.

Referimos já que a norma do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, tem por objetivo desonerar os consumidores de parcelas de custos resultantes da prossecução de um fim de interesse público- o auxílio aos consumidores vulneráveis de gás natural- transferindo tais encargos para empresas que operem neste sector.

Ora, sendo esta a justificação social da norma, faz sentido que todas as empresas do sistema nacional de gás natural sejam chamadas a participar nesse custo, isto é, a todas se exige um esforço de comparticipação no financiamento da tarifa social por forma a se atingir este fim de interesse geral.

Nem faria sentido que se exigisse este financiamento a umas empresa e não a outras sem uma justificação plausível para essa diferenciação, sendo que tal justificação nunca poderá ser o setor de actividade ou o segmento da cadeia de valor em que atuem.

<sup>52</sup> Cfr. n.º 5 do artigo 2.º da DIRETIVA 2009/73/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de Julho de 2009.

<sup>53</sup> Acórdão do TJUE, Von Colson, proc. 14/83, de 10 de Abril de 1984.

<sup>54</sup> É também neste argumento literal, considerando que a actividade de transporte deve ser entendida num sentido amplo, em que se baseia o já referido Parecer 6/2018, de 18 de Maio de 2018, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, p. 31.

<sup>55</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...cit.*, p. 414.

Efetivamente, que sentido fará o operador da rede de transporte ser financiador desta medida social e já não os operadores da rede de distribuição?

O que se pretende é que certos intervenientes no sistema natural de gás natural (artigo 14.º do BSNGN), ou seja, as empresas que aí operam, participem, de forma proporcional, num determinado custo de uma medida de interesse geral adotada no âmbito de tal sistema, desonerando uma certa categoria de intervenientes que até então a suportava- os consumidores.

De resto, uma leitura em conformidade com a Constituição, particularmente em face do princípio da igualdade (artigo 13.º CRP), postula que este encargo seja suportado pelos diversos intervenientes do sistema nacional de gás natural independentemente da actividade que desenvolvam ou do segmento da cadeia de valor em que atuem.

Assim sendo, teremos que concluir que este encargo financeiro será devido ao transportador, aos distribuidores e aos comercializadores, não se fazendo também, quanto a estes últimos, qualquer distinção, abrangendo-se na actividade de comercialização *tout court* “a compra e a venda de gás natural a clientes, incluindo a revenda”, incluindo a comercialização de último recurso (artigo 40.º BSNGN).

Em suma, no conceito de “*empresas transportadoras*” tem de incluir-se o *Operador da Rede de Transporte* (ORT), por ser responsável pela actividade de transporte de gás natural, e os *Operadores das Redes de Distribuição*, como responsáveis pela veiculação de gás natural em redes de média e baixa pressão, e “*empresas comercializadoras de gás natural*”, que serão tanto as comercializadoras em mercado livre, como as comercializadoras de último recurso (CUR).

Resta saber se o facto de o transporte, a distribuição e a comercialização de último recurso serem actividades reguladas e não livres as excluirá do campo de incidência deste encargo, dado que, contrariamente aos comercializadores que exercem a sua actividade num regime livre, não podem repercutir este custo no preço a pagar pelos consumidores.

### **c) 2. Das actividades livres e reguladas**

Dentro destas actividades do setor do gás natural, é comum distinguir-se entre actividades reguladas e actividades livres, muito embora a lei já não acolha de forma explícita esta distinção, estabelecendo o artigo 50.º do BSNGN que todas as actividades do sistema, previstas no artigo 13.º do BSNGN, estão sujeitas a regulação.

Basicamente, pretende-se significar que o transporte, regaseificação, armazenamento, distribuição e comercialização de último recurso são atividades reguladas, enquanto a comercialização seria uma atividade livre.

Assim seria porque nas primeiras atividades não existe livre concorrência, não sendo o seu regime económico livre, estando sujeitas a uma série de controlos administrativos por parte da entidade reguladora, enquanto a comercialização seria exercida num regime de livre concorrência, em que os preços do gás natural resultariam das condições livremente negociadas entre empresas comercializadoras e clientes finais<sup>56</sup>.

No setor do gás natural, é particularmente fulcral a regulação da atividade de transporte, atendendo à existência de monopólios naturais, como é o caso da atividade de transporte de gás natural, tem por base elevados custos iniciais de instalação das infraestruturas de transporte, gasodutos e respetivos custos de manutenção, existindo a possibilidade de uma única empresa conseguir ser mais eficiente que duas ou mais empresas operando em concorrência.

Efetivamente, as características intrínsecas aos setores em rede impedem, de forma clara e inequívoca, a aplicação dos paradigmas da concorrência perfeita, pelo que o papel do Estado é fundamental, quer na promoção da eficiência produtiva, quer na eficiência redistributiva<sup>57</sup>.

Assim, a garantia do fornecimento contínuo e de um pleno funcionamento do mercado implica a distinção da vertente infraestrutural da vertente dos serviços que são prestados tendo por suporte essa base. Ora, as infraestruturas de suporte à prestação de serviços nestes sectores organizam-se, muitas vezes, num modelo monopolista. Quem controla o ponto de acesso – engarrafamento monopolista (*bottleneck*) – controla todos os fluxos de serviços intersistemáticos, adquirindo um poder de mercado significativo, pelo que o domínio de determinada estrutura ou segmento de rede pode condicionar significativamente todo o tráfego concorrencial, quer a montante quer a jusante<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Tratado ...cit.*, p. 130.

<sup>57</sup> Neste sentido, cfr. CARLOS BAPTISTA LOBO, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, Almedina, 2009, p. 151.

<sup>58</sup> Cfr. CARLOS BAPTISTA LOBO, *Sectores em Rede...cit.*, p. 69.

Consequentemente, desde há muito que são utilizados determinados instrumentos regulatórios com vista à assegurar a concorrência nestes setores, quer *ex ante* – separação vertical (separação da função de transporte da função de distribuição, separação da gestão da infraestrutura da função de prestação do serviço), ou separação horizontal (estabelecimento de um acesso livre) –, quer *ex post* (políticas de correção tarifária)<sup>59</sup>.

De facto, sem separação efetiva há um risco inerente de discriminação, não só na exploração da rede, mas também no incentivo às empresas verticalmente integradas para investirem adequadamente nas respetivas redes. Na verdade, pode afirmar-se que existe um conflito entre a suposta neutralidade dos operadores de rede e as atividades da mesma empresa noutros setores, nos quais pode adquirir vantagem em face dos seus competidores (subsidição cruzada, informação privilegiada)<sup>60</sup>.

O operador da RNTGN é a entidade concessionária da rede de transporte de gás natural (artigo 20.º BSNGN). A concessão para utilização da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural<sup>61</sup> foi atribuída à REN – Gasodutos, S.A., no ano de 2006, a qual exerce esta atividade em regime de concessão de serviço público, juntamente com a atividade de Gestão Técnica Global.

A entidade concessionária da RNTGN “deve ser aprovada e designada como operador da rede de transporte pelo membro do Governo responsável pela área da energia, o qual deve comunicar essa designação à Comissão Europeia e promover a sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*” (n.º 1, artigo 21.º-A BSNGN). O operador da RNTGN deve ser certificado pela ERSE (n.º4 do artigo 21.º-A BSNGN).

No setor do gás natural, as atividades de exploração das redes de distribuição de gás natural são exercidas em regime de exclusividade ao abrigo dos contratos de concessão ou através de licenças atribuídas para o exercício da respetiva atividade (artigo 27.º BSNGN).

A concessão tem por objeto a atividade de distribuição regional de gás natural em baixa e média pressão exercida em regime de serviço público através da RNDGN na área que venha a ser definida no contrato de concessão.

---

<sup>59</sup> Cfr. CARLOS BAPTISTA LOBO, *Sectores em Rede...cit.*, p. 69.

<sup>60</sup> Cfr. KIM TALUS, *EU Energy Law and Policy- A Critical Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 526.

<sup>61</sup> “O regulamento da RNTGN, aprovado pela Portaria n.º 142/2011, de 6 de abril, estabelece as condições técnicas e de segurança a que devem obedecer o projeto, a construção, a exploração, a manutenção e a colocação fora de serviço das infraestruturas da RNTGN, visando assegurar o adequado fluxo de gás natural, a interoperabilidade com as redes a que estejam ligadas e a segurança de pessoas e bens.”

Em linhas gerais, os requisitos para o exercício da atividade de distribuição são bastante similares aqueles exigidos para atividade de transporte, particularmente no que se refere à capacidade legal, técnica e económico-financeira<sup>62</sup>.

Quanto à comercialização de último recurso (CUR), considera-se comercializador de último recurso aquele que estiver sujeito a obrigações de serviço público (artigo 40.º, n.º 1, BSNGN).

O CUR surgiu essencialmente no âmbito das medidas que os Estados-membros deviam adotar com vista à proteção dos consumidores, especialmente garantindo o fornecimento de energia aos clientes economicamente vulneráveis<sup>63</sup>.

O CUR é instituído como um agente que os Estados-membros podem designar para garantir a prestação de obrigações de serviço público e de proteção dos consumidores, não operando em regime de mercado, tendo funções específicas legalmente fixadas<sup>64</sup>.

Particularmente, a atividade comercial do CUR está sujeita à fixação de tarifas reguladas (artigo 55.º, n.º 1 BSNGN).

Posto isto, em face do quadro descrito de vinculações jurídico-públicas no âmbito do sistema nacional de gás natural, poder-se-á afirmar que o transportador, os distribuidores e os CUR se encontram excluídos do encargo de financiamento da tarifa social de gás natural nos termos do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro?

A nossa resposta tem de ser negativa, por duas razões.

---

<sup>62</sup> Cfr. JAVIER GUILLÉN CARAMÉS, “Marco y régimen de las actividades del sector gasista en la LSH”, in S. MUÑOZ MACHADO/SERRANO GONZALEZ/BACIGALUPO SAGGESE (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Volume III, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009, p. 1092.

<sup>63</sup> Cfr. FILIPE MATIAS SANTOS, “O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de electricidade e gás natural”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º18, 2014, p. 97.

<sup>64</sup> Cfr. FILIPE MATIAS SANTOS, “O comercializador...cit., p. 100.

Em primeiro lugar, porque a distinção entre atividades livres e reguladas, no setor do gás natural, não tem um significado jurídico unívoco e preciso, verificando-se uma mescla de princípios e regras pertencentes a categorias jurídicas distintas, reconhecendo-se, com as limitações referidas, a livre iniciativa empresarial para todas as atividades do sistema gasista, sendo que todas estas atividades, incluindo a comercialização, estão sujeitas a regulação<sup>65</sup>.

Isto é, de um certo ponto de vista, a totalidade das atividades do sistema de gás natural é de iniciativa privada sujeita sempre a regulação.

Em segundo lugar, tem de compreender-se que a medida em questão não tem como finalidade principal a imposição deste encargo social atendendo às características económicas do setor e à sua possível absorção no quadro de uma lógica de mercado.

Isto é, não se pretendeu, em primeira linha, com a adoção desta medida, interferir na equação lucros *versus* custos subjacente às opções estratégicas tomadas pelas empresas do setor, *maxime* a forma de internalização ou externalização desses custos.

Visou-se, tão-somente, desonerar os consumidores de parcelas de custos resultantes da prossecução de fins de interesse público, transferindo tais encargos para empresas que operem nesses setores.

Nesta medida, está vedada à Administração fazer incidir, sob qualquer forma, este encargo sobre os consumidores, porque a norma habilitante em causa não lhe permite agir (os consumidores estão fora do seu âmbito subjectivo), e porque contrariaria expressamente o fim de interesse público subjacente a essa habilitação legal<sup>66</sup>.

É verdade que, indiretamente, é possível equacionar-se uma teórica repercussão na esfera dos consumidores, mas esse será já um efeito reflexo que deverá ser aferido face ao comportamento dos agentes do mercado e, eventualmente, acautelado em sede de execução normativa.

---

<sup>65</sup> Cfr. IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Tratado ...cit.*, p. 144.

<sup>66</sup> Segundo o Parecer 6/2018, de 18 de Maio de 2018, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, tal incidência sobre os consumidores esvaziaria a norma do artigo 209.º do OE para 2018.

Ora, não se pretendendo interferir no setor atendendo a critérios de racionalidade mercantil, não se igualmente mostra relevante a distinção entre atividades reguladas e livres, tratando-se, tão-somente, através de uma forma equitativa, fazer recair sobre as empresas, e não sobre os consumidores, um encargo de natureza social inerente ao mercado de gás natural.

Assim, o financiamento da tarifa social constitui um encargo que cabe dentro das obrigações inerentes ao serviço público, e apesar do campo preferencial destas obrigações serem as atividades exercidas de forma concorrencial, também as atividades exercidas em regime de exclusivo, como o transporte e a distribuição, podem ter de suportar estas vinculações de interesse público<sup>67</sup>.

#### **d) Formas de concretização**

Por último, resta-nos determinar através de que formas, isto é, mediante que critérios e instrumentos deve esta medida ser aplicável.

Da conjugação das disposições previstas nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 3.º Decreto-Lei 101/2011, de 30 de Setembro, e da norma contida no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, resultam os seguintes elementos vinculados quanto à concretização da medida prevista neste último diploma:

- i)* A tarifa social é calculada mediante a aplicação de um desconto na tarifa de acesso às redes em baixa pressão, nos termos do regulamento tarifário aplicável ao sector do gás natural;
- ii)* O valor do desconto referido no número anterior é determinado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE);
- iii)* O valor do desconto é calculado tendo em conta o limite máximo da variação da tarifa social de venda a clientes finais, fixado anualmente através de despacho do membro do Governo responsável pela área da energia, tendo em conta a evolução dos custos prevista para o setor do gás natural;
- iv)* O financiamento dos custos com a aplicação da tarifa social é suportado *pelas empresas transportadoras e comercializadoras de gás natural na proporção do volume comercializado de gás no ano anterior*”.

<sup>67</sup> Cfr. MARISA APOLINÁRIO, *O Estado Regulador...cit.*, p. 589.

Nada é dito, porém, quanto à forma de repartição destes custos do financiamento da tarifa social pelas empresas, pelo que teremos de entender que se confere, neste ponto, discricionariedade ao órgão administrativo competente, observados determinados limites constitucionais e legais. As formas admissíveis de concretização é o que veremos na última questão a responder.

**C) Do critério de repartição dos custos a suportar com a tarifa social do gás natural pelos diversos agentes nos termos do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.**

Houve já oportunidade de observar que a norma do artigo 209.º da Lei 114/2007, de 29 de Dezembro, apresentava-se como um caso de autocontenção legislativa, daí resultando um acréscimo da margem de livre decisão administrativa.

Sobretudo, atendendo a que estamos no âmbito de um setor regulado, pode até considerar-se adequada essa autocontenção legislativa, porque a regulação do setor da energia é confiada a um regulador independente, que por via do Direito da União possui determinadas competências exclusivas quanto à emissão de disposição de carácter técnico, como a metodologia do cálculo de tarifas.

O financiamento dos custos com a aplicação da tarifa social tem, vinculadamente, de ter como critério a *proporção do volume comercializado de gás no ano anterior*”.

Consequentemente, a proposta formulada em sede de consulta pública, no sentido de que na repartição dos custos de financiamento da tarifa social seria mais razoável aplicar um critério de repartição entre os comercializadores pelo número de clientes, não é aplicável porque contraria frontalmente o critério estabelecido na lei.

Outro dos elementos vinculados, que já vigorava antes desta última alteração legislativa, resulta de a tarifa social ser aplicada mediante um desconto na tarifa de acesso às redes em baixa pressão (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei 101/2011, de 30 de Setembro).

Nesta medida, sendo estes elementos vinculados da lei, goza ainda a ERSE de uma considerável discricionariedade nesta matéria, tendo, no entanto, no exercício dessa competência, de se ater aos princípios gerais da atividade administrativa por força do artigo 266.º, n.º 2 da CRP.

Nada se diz, nomeadamente, a respeito do *quantum* do financiamento, ou seja, a parcela a suportar por cada um dos sujeitos financiadores.

No que respeita aos comercializadores, não parece colocar-se problemas de maior, pois o encargo a suportar por estas empresas tem de estribar-se, necessariamente, nas respetivas quotas de mercado no segmento retalhista.

Maiores problemas suscita a proporção destes encargos a satisfazer pelo Operador da Rede de Transporte e pelos Operadores da Rede de Distribuição, pois estes não comercializam gás, gerem as redes que o transporta e que o veicula até aos pontos de consumo num regime de concessão de serviço público.

Todavia, não pode atender-se apenas às operações de comercialização de gás natural, pois se os operadores da rede de transporte e redes de distribuição também estão incluídos no âmbito subjectivo da norma, da mesma forma há-de considerar-se as operações relativas às respectivas atividades: transportar e distribuir gás natural<sup>68</sup>.

Assim no que respeita ao critério de repartição destes encargos, tem de concluir-se que “o legislador queria dizer uma coisa e as palavras traíram-no, levando-o a exprimir realidade diversa”<sup>69</sup>.

Neste ponto, ultrapassando a *ratio legis* claramente o que resulta estritamente da letra da lei, deve o intérprete procurar uma formulação que traduza correctamente o sentido da norma<sup>70</sup>.

Referimos já que a *ratio legis* consiste em certos intervenientes no sistema natural de gás natural (artigo 14.º do BSNGN), ou seja, as empresas que aí operam, comparticiparem, de forma proporcional, num determinado custo de uma medida de interesse geral adotada no âmbito de tal sistema, desonerando uma certa categoria de intervenientes que até então a suportava- os consumidores.

Analogicamente, o critério de repartição tem de ir buscar-se à concreta atividade que esses intervenientes desenvolvem no sistema nacional de gás natural, e respetiva dimensão, ou seja, o gás transportado ou distribuído num determinado período, equivalente ao volume de entregas/fornecimento de gás efectuado por essas empresas no ano anterior.

<sup>68</sup> Parecer n.º 6/2018, de 18 de Maio, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, p. 31, entendendo que “volume comercializado” tem um sentido amplo, para permitir abranger todos os operadores que constituem o universo da norma.

<sup>69</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...cit.*, p. 423.

<sup>70</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...cit.*, p. 423.

Este é, assim, o critério eleito pela lei para se proceder à repartição dos encargos, apresentando-se como elemento vinculado da competência decisória administrativa, tendo a Administração, quanto ao mais, autonomia conformativa, desde que observados os princípios gerais da actividade administrativa. Efetivamente, existindo autonomia decisória para proceder a essa repartição, tem este critério que ser concretamente testado à luz dos princípios gerais da atividade administrativa, que comprimem necessariamente a discricionariedade administrativa.

Em primeiro lugar, devemos chamar à colação o *princípio da imparcialidade* (artigo 266.º, n.º 2, CRP, artigo 9.º CPA), ao impor que a Administração Pública tome em consideração todos os interesses públicos e privados relevantes na adopção das respectivas decisões, desdobrando-se em duas dimensões<sup>71</sup>:

- i) *Dimensão negativa*: proíbe que a Administração considere interesses públicos e privados que, à luz do fim legal a prosseguir, sejam irrelevantes para a decisão;
- ii) *Dimensão positiva*: impõe que previamente à decisão administrativa, a Administração pondere todos os interesses públicos e privados que, à luz do fim legal a prosseguir, sejam relevantes para a decisão.

Neste contexto, é particularmente relevante a dimensão positiva do princípio da imparcialidade, parecendo-nos que a ERSE, na definição deste critério, de acordo com os motivos expostos, levou em linha de conta todos os interesses que, de acordo com a situação material ou circunstâncias objectivas, tinham de ser considerados, nomeadamente o tipo de atividade em causa e a sua natureza, os interesses económicos das empresas e o interesse público concretamente visado.

Isto é, não existe nenhuma evidência quanto à ocorrência de um défice na recolha e na ponderação de todos os interesses relevantes em presença, tendo-se respeitado o princípio da imparcialidade como matriz da ponderação de interesses, nada se revelando quanto a uma visão preconcebida por parte da Administração dos resultados a que chegou ou a uma menor abertura a todas as hipóteses de solução que, dentro das diretrizes que a norteiam, são adequadas aos interesses que prossegue<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito...cit.*, p. 216 e segs; SÉRVULO CORREIA, *Os princípios constitucionais da Administração pública*, in *Estudos sobre a Constituição*, III, Lisboa, 1979, p. 680.

<sup>72</sup> Cfr. RUI MACHETE, "Os Princípios Gerais do Código do Procedimento Administrativo", in *O Código do Procedimento Administrativo*, INA, Lisboa, 1992, p. 47.

Em segundo lugar, esta medida deve ser aferida face ao *princípio da proporcionalidade* (artigo 266.º, n.º 2 da CRP, artigo 7.º do CPA), o qual impõe que a solução adoptada pela Administração atende ao contrapeso valorativo dos interesses em presença, desdobrando-se em três dimensões:

- i) *Necessidade*: proíbe a adopção de condutas administrativas que não se revelem indispensáveis para a prossecução do fim que concretamente visam atingir, impondo que, de entre os diversos meios igualmente adequados, seja escolhidos o menos gravoso para os interesses privados ou públicos em presença;
- ii) *Adequação*: proíbe a adopção de condutas administrativas inaptas para a prossecução do fim que visam atingir;
- iii) *Razoabilidade*: proíbe que os custos da actuação administrativa adoptada como meio de prosseguir um determinado fim sejam manifestamente superiores aos benefícios a alcançar com a sua utilização.

A resposta à questão que nos ocupa tem de fazer-se essencialmente no âmbito do critério do equilíbrio, ou da proporcionalidade em sentido estrito, devendo a autoridade administrativa avaliar, essencialmente, se o sacrifício de certos bens de um particular é correcto, “válido à luz de parâmetros materiais”, através de um “esquema metódico de ponderação de interesses”, com vista à satisfação dos bens de um outro particular, pelo que, nesta vertente, tem o decisor de fazer uso de instrumentos de ponderação e contrapeso valorativo<sup>73</sup>.

Feitos estes considerandos, para respondermos à questão formulada, temos de atender às características próprias do sistema nacional de gás natural.

Este sistema tem uma lógica intrínseca, que se caracteriza essencialmente pelas diversas atividades que integram o SNGN (artigo 13.º), sendo que, no que respeita aos intervenientes, estes são definidos por referência à atividade que exercem (artigo 14.º).

Cada atividade tem uma natureza diversa, mas constituem segmentos que integram harmonicamente um sistema: o comercializador introduz o gás no sistema, entregando-o ao transportador, que o integra e conduz em todas as suas instalações, remetendo-o ao distribuidor, que se encarregará de o levar desde a sua rede até ao cliente final.

<sup>73</sup> Cfr. VITALINO CANAS, “Proporcionalidade (Princípio da)”, DJAP, Vol VI, 1994, p. 625.

O regime normativo do setor do gás natural reflete o de uma indústria verticalmente integrada, desde a produção ao consumo doméstico, quer referente ao aquecimento de um apartamento quer a um processo industrial, realizam-se uma série de transações económicas e de processos físicos de transformação, tratamento ou de simples transporte que merecem uma consideração global, pois, ainda que segmentável, procura responder a uma concepção integrada de todas as atividades.

Nesta linha, uma característica essencial do sistema é também a regulação quase integral de todos os elementos económicos do setor do gás natural, procedendo o regulador a uma gestão e liquidação conjunta das várias retribuições e encargos devidos aos respetivos intervenientes<sup>74</sup>.

Sendo o fim de interesse público subjacente a esta norma legal a imposição de um encargo de natureza social que é gerado dentro do sistema, pretende-se também que esses custos sejam suportados por esse mesmo sistema, atendendo à sua morfologia própria.

E como repartir esses custos no quadro da lógica do sistema?

Assim, por um lado, essa repartição não deve ter em conta o número de sujeitos afetados, ou aqueles que mais próximos estão dos consumidores ou, ainda, aqueles que desenvolvem a sua atividade num regime de preços livres.

Havendo um encargo a suportar pelos intervenientes do sistema (transportador, distribuidores e comercializadores), o critério de repartição de tal encargo deve ser feito com base num sacrifício proporcional que atende aos volumes de gás natural imputáveis a cada agente no quadro das respectivas atividades.

Neste sentido, consideramos que duas das grandes parcelas deste encargo devem ser repartidas, em partes iguais, entre a atividade de transporte e a atividade de comercialização, pois o volume total de gás fornecido pelos comercializadores está em linha com o gás natural veiculado pelo ORT.

Assim, sendo que o ORT, enquanto transportador, conduz 100% do gás natural comercializado, por via das atividades de transporte e de comercialização passa a totalidade do consumo nacional.

Mais complexa afigura-se a forma de repartição do encargo pelos ORD (Operadores das Redes de Distribuição), atendendo a que o segmento da distribuição nem sempre se encontra presente no referido circuito que reflete a totalidade do consumo nacional.

---

<sup>74</sup> Cfr. JAVIER GALLEGU PIÑERA, "Regimen económico del gas natural", in S. MUÑOZ MACHADO/ SERRANO GONZALEZ/ BACIGALUPO SAGGESE (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Volume III, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009, p. 1450.

Efetivamente, se, por um lado, o gás entregue pelos ORD já foi na totalidade veiculado a montante pelo ORT, por outro lado, este constitui apenas um subgrupo do gás que, na ótica tarifária, apenas foi veiculado a certos consumidores (pequenos consumidores domésticos).

É que, na verdade, a maioria do volume de consumo nacional verifica-se em fornecimentos operados diretamente através do ORT (grandes consumidores industriais), sem intervenção dos ORD.

Nesta medida, na repartição dos encargos, a parcela que deve ser suportada pelos ORD não pode ser idêntica à que cabe ao ORT e aos comercializadores. A parte do encargo a suportar pelos ORD deve atender, de acordo com o critério legal, à proporção do gás por estes veiculado no âmbito do sistema nacional de gás natural.

Nem outra leitura seria admissível em face do *princípio da imparcialidade* (artigo 266.º, n.º 2, CRP, artigo 9.º CPA) e do *princípio da proporcionalidade* (artigo 266.º, n.º 2 da CRP, artigo 7.º do CPA).

Por outro lado, referimos já ser possível equacionar-se uma teórica repercussão desta medida na esfera dos consumidores, sendo esse um efeito reflexo que deverá ser aferido face ao comportamento dos agentes do mercado e, eventualmente, acautelado em sede de execução normativa.

Nesta medida, na adoção dos critérios que devem presidir à repartição, encontra-se também a Administração limitada, no sentido de no exercício da sua discricionariedade não desvirtuar o fim visado pelo legislador, pois este é sempre um elemento vinculado no quadro da execução normativa.

Ora, sabemos já qual foi o fim visado por esta norma: desonerar-se os consumidores dos custos com o financiamento da tarifa social do gás natural, transferindo-os para certos agentes do sistema.

Consequentemente, no que respeita à repartição dos encargos, e sem deixar de levar em conta o sacrifício proporcional de cada um dos agentes, deve a Administração adotar um critério que implique o menor risco possível de desvirtuamento do fim visado pelo legislador em face de um possível efeito reflexo de repercussão deste custo na esfera dos consumidores.

Neste sentido, não será possível que uma parcela significativa deste encargo deixe de ser imputada aos destinatários que exercem a sua atividade num quadro regulado (o transportador e os distribuidores), tornando globalmente o risco da repercussão destes custos na esfera dos consumidores significativamente menor.

## CONCLUSÕES

- 1) A norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, não remete para nenhuma definição ulterior dos termos da sua concretização, nem existem outras normas do ordenamento que limitem a aplicabilidade ou exequibilidade da referida norma.
- 2) Esta norma não apresenta, assim, qualquer défice de densidade estrutural ou qualquer limitação externa que faça com que não possa ser aplicada aos destinatários e às situações de facto a que primariamente se destina.
- 3) A norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, satisfaz o mínimo de determinação normativa em ordem ao cumprimento do princípio da legalidade administrativa imposto pela Constituição da República.
- 4) Efetivamente, a norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, descreve de forma suficiente os seus pressupostos- *previsão normativa*, tendo por objeto os custos da tarifa social dos clientes de gás natural (pressuposto objetivo), que se dirige a determinados destinatários (os transportadores e comercializadores do setor da energia), dando determinada competência a uma autoridade administrativa (operacionalizado pela ERSE com base num valor calculado pelo membro do Governo responsável), para fazer suportar esses custos na proporção do volume comercializado no ano anterior aos destinatários referidos na *previsão- estatuição ou consequência jurídica*.
- 5) Não se verifica o quadro de excepcionalidade que permitiria a não aplicação por parte da ERSE da norma contida na Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, já que esta disposição não parece tal disposição violar ostensivamente o núcleo essencial de direitos fundamentais previstos na CRP.
- 6) Não poderia a ERSE, com base no cumprimento do Direito da União Europeia, deixar de aplicar o disposto no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, pois não se verifica um efeito direto de exclusão susceptível de afastar legislação nacional eventualmente desconforme à ordem jurídica europeia, já que as normas de Direito da União Europeia eventualmente contrárias não são precisas nem incondicionais.

- 7) O tipo de conduta ou atuação pressuposta na norma contida no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, é um dever, ou seja, prescreve-se a necessidade de praticar um certo facto: o financiamento da tarifa social do gás, tratando-se uma norma de conduta impositiva, ou, em sentido específico, um encargo.
- 8) A finalidade de interesse público subjacente a esta medida consiste em desonerar os consumidores de parcelas de custos resultantes da prossecução de um fim de interesse social, transferindo tais encargos para empresas que operem nesses sectores.
- 9) Tal fim de interesse social é a proteção dos consumidores socialmente desfavorecidos, em relação aos quais se reconhece que não possuem condições para suportar os preços do gás natural praticados no mercado liberalizado.
- 10) Em face da norma prevista no artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, no conceito de “*empresas transportadoras*” tem de incluir-se o *Operador da Rede de Transporte* (ORT), por ser responsável pela atividade de transporte de gás natural, e os *Operadores das Redes de Distribuição*, como responsáveis pela veiculação de gás natural em redes de média e baixa pressão, e “*empresas comercializadoras de gás natural*”, que serão tanto as comercializadoras em mercado livre, como as comercializadoras de último recurso (CUR).
- 11) Assim, apesar de não expressamente referidos, do elemento literal da norma resulta que os distribuidores fazem parte do âmbito de incidência subjetiva da norma em apreço, porque, por um lado, a lei refere-se a *empresas transportadoras* no plural, sendo que no nosso ordenamento jurídico apenas existe uma entidade concessionária da rede de transporte (artigo 20.º, n.º1 do BSNGN), e, por outro lado, distribuir, num sentido amplo, implica também transportar (conduzir, veicular).
- 12) Igualmente do elemento teológico extrai-se que o objetivo da lei é que certos intervenientes no sistema natural de gás natural (artigo 14.º do BSNGN), *in casu* as empresas que aí operam, participem, de forma proporcional, num determinado custo de uma medida de interesse geral adotada no âmbito de tal sistema, desonerando uma certa categoria de intervenientes que até então a suportava- os consumidores.

- 13) Não é relevante, no que respeita às empresas que suportam o financiamento da tarifa social, nos termos do artigo 209.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, fazer-se uma distinção entre atividades livres e reguladas, atendendo a duas ordens de razões.
- 14) Em primeiro lugar, porque a distinção entre atividades livres e reguladas, no setor do gás natural, não tem um significado jurídico unívoco e preciso, verificando-se uma mescla de princípios e regras pertencentes a categorias jurídicas distintas, reconhecendo-se, com as limitações referidas, a livre iniciativa empresarial para todas as atividades do sistema gasista, sendo que todas estas atividades, incluindo a comercialização, estão sujeitas a regulação.
- 15) Em segundo lugar, porque a medida em questão não tem na sua base critérios de racionalidade económica, no sentido de impor este encargo social atendendo às características económicas do setor e à sua possível absorção no quadro de uma lógica de mercado.
- 16) O financiamento da tarifa social constitui um encargo que cabe dentro das obrigações inerentes ao serviço público, e apesar do campo preferencial destas obrigações serem as atividades exercidas de forma concorrencial, também as atividades exercidas em regime de exclusivo, como o transporte e a distribuição, podem ter de suportar estas vinculações de interesse público.
- 17) No que respeita ao critério de repartição do encargo com o financiamento da tarifa social de gás natural, tem de fazer-se uma interpretação extensiva da lei, já que não pode atender-se apenas às operações de comercialização de gás natural, pois, se os operadores da rede de transporte e redes de distribuição também estão incluídos no âmbito subjectivo da norma, têm, identicamente, de considerar-se as operações relativas às respectivas atividades: transportar e distribuir gás natural.
- 18) Nessa medida, o critério de repartição tem de ir buscar-se à concreta atividade que esses intervenientes desenvolvem no sistema nacional de gás natural, e respetiva dimensão, ou seja, o gás transportado ou distribuído num determinado período, equivalente ao volume de entregas/ fornecimento de gás efectuado por essas empresas no ano anterior.
- 19) Neste sentido, duas das grandes parcelas deste encargo devem ser repartidas, em partes iguais, entre a atividade de transporte e a atividade de comercialização, pois o volume total de gás fornecido pelos comercializadores está em linha com o gás natural veiculado pelo ORT.

- 20) Já o mesmo não pode valer para forma de repartição do encargo pelos ORDs (Operadores das Redes de Distribuição), atendendo a que o segmento da distribuição nem sempre se encontra presente no circuito que reflete a totalidade do consumo nacional.
- 21) Assim, no caso específico dos ORD, a parte que lhes cabe no referido encargo deve atender, de acordo com o critério legal, à proporção do gás por estes veiculado no âmbito do sistema nacional de gás natural.



