



TEMAS DE ENERGIA

TOS -Taxa de Ocupação de Subsolo

A (possibilidade de repercussão) taxa de ocupação do subsolo pelas concessionárias da distribuição do gás natural à luz do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro

Suzana Tavares da Silva e Licínio Lopes Martins

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



FICHA TÉCNICA

Título:

TOS -Taxa de Ocupação de Subsolo

A (possibilidade de repercussão) taxa de ocupação do subsolo pelas concessionárias da distribuição do gás natural à luz do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro

Autores:

Suzana Tavares da Silva e Licínio Lopes Martins

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Edição:

Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

Rua Dom Cristóvão da Gama, 1 – 3

1400-113 Lisboa

ISBN: 978-989-53010-7-2

Data: 12 de março 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.

TOS -Taxa de Ocupação de Subsolo

*A (possibilidade de repercussão) taxa de ocupação do subsolo
pelas concessionárias da distribuição do gás natural
à luz do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro*

ESTUDO

O estudo, que pretende essencialmente esclarecer as questões que são formuladas pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, desenvolve-se em três partes:

i) uma primeira parte, dedicada à caracterização do ambiente normativo da questão, onde cuidaremos de analisar a origem e enquadramento legal da taxa municipal devida pela ocupação do subsolo com infra-estruturas de distribuição de gás natural, bem como da disposição jurídica da lei que aprovou o orçamento do Estado para 2017;

ii) uma segunda parte, relativa ao aprofundamento dogmático e teórico dos problemas que são suscitados; e

iii) uma terceira parte, onde serão sistematizadas as principais conclusões.

Parte I

1. O enquadramento legislativo da taxa municipal devida pela ocupação do subsolo com infra-estruturas de distribuição de gás natural

Quando em 1989 se inicia em Portugal a implementação do serviço energético de gás natural, na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro, estipulou-se que a *distribuição de gás natural* seria uma *actividade concessionada* e que os termos dessas concessões seriam aprovados em Conselho de Ministros.

Neste seguimento, o Decreto-Lei n.º 32/91, de 16 de Janeiro, veio aprovar o *regime aplicável aos concursos públicos para adjudicação das concessões* de exploração das redes de distribuição regional de gás natural (GN) e construção das respectivas infra-estruturas, e o Decreto-Lei n.º 33/91, também de 16 de Janeiro, não só aprovou as *bases da concessão* de exploração, em regime de serviço público, e construção das referidas infra-estruturas, de redes de distribuição regional de gás natural, como ainda estipulou que aquela actividade ficaria *organizada em quatro grandes áreas geográficas regionais* – Norte, Centro, Sul e Lisboa¹ –, correspondendo a cada uma delas uma concessão.

Por último, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/91, de 18 de Setembro, ao abrigo do disposto no artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 32/91 e de acordo com os relatórios da comissão de avaliação, resolveu seleccionar e hierarquizar as propostas e respectivos concorrentes determinando que em primeiro lugar em cada área de concessão ficariam as seguintes entidades: *i)* Zona Norte – consórcio liderado pela PORTGÁS; *ii)* zona Centro – consórcio liderado pela Nacional Gás; e *iii)* zona Sul – consórcio liderado pela SETGÁS.

Desde o início dos trabalhos de construção das infra-estruturas de distribuição de gás natural que não tardaram em surgir os conflitos.

Primeiro, conflitos relativos à constituição das servidões ao abrigo do *regime jurídico especial para as servidões do gás*. Conflitos que tinham por base o Decreto-Lei n.º 11/94, de 13 de Janeiro², diploma que não só prescindiu da autenticação notarial do acordo relativo ao valor da indemnização

¹ Em Lisboa a concessão foi dispensada de concurso e atribuída à Gás de Portugal, S.A. por efeito do disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33/91, tendo bases as respectiva exploração sido aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 333/91, de 6 de Setembro.

² Diploma posteriormente modificado pelo Decreto-Lei n.º 23/2003, de 4 de Fevereiro.

a atribuir aos proprietários dos prédios onerados (sendo este regime especial prevalecente sobre o regime geral do Código das Expropriações³), como ainda instituiu um modelo especial de participação procedimental, que não sujeitava à formalidade de audiência prévia dos interessados a publicação das plantas respectivas⁴.

Seguiram-se conflitos sobre *a obrigação ou não de pagamento de uma taxa municipal pela ocupação do subsolo com aquelas infra-estruturas*. Esta questão não encontrava resposta expressa do legislador, uma vez que não se fazia referência a qualquer isenção do pagamento destas taxas nas bases das concessões⁵. Assim, os municípios defendiam a obrigação de pagamento daquelas taxas, enquanto as concessionárias alegavam o direito a uma eventual isenção fundamentada na natureza do serviço público que exerciam, na inexistência de valor económico do subsolo que ocupavam e também na falta de previsão legal que habilitasse os municípios a instituir tais tributos, a qual seria necessária, sob pena de inconstitucionalidade orgânica.

A questão foi amplamente discutida na jurisprudência nos anos 2000 a 2004 (e alguns processos ainda subsistem), mas acabaria por ser pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo⁶, com o apoio da jurisprudência do Tribunal Constitucional⁷, no sentido de que a taxa exigida pelo municípios era uma verdadeira taxa (tinha características de bilateralidade e de sinalagmaticidade), que as concessionárias não beneficiavam de qualquer isenção prevista pelo legislador que se pudesse considerar oponível aos municípios, na medida em que embora fossem concessionárias de um serviço público, as isenções legalmente previstas apenas abrangiam as entidades públicas.

O diferendo, porém, continuaria, de alguma forma, a ser fomentado com o disposto na alínea *b*) do artigo 21.º da Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2004 quando aí se consagrou uma autorização legislativa para o Governo ampliar às situações de ocupação ou utilização do solo, subsolo e espaço aéreo do domínio público municipal e aproveitamento dos bens de utilidade pública, designadamente por empresas e entidades nos domínios das comunicações e distribuição de gás, as

³ Neste sentido *v.*, por todos, Ac. STJ de 18 de Dezembro de 1995, Proc. N.º 96A417; Ac. STJ de 28 de Janeiro de 1997, Proc. N.º 96A421

⁴ Neste sentido *v.*, por todos, Ac. STA de 18 de Junho de 2008, Proc. N.º 0957/07.

⁵ Contrariamente, de resto, ao que sucede com as infra-estruturas de distribuição de energia eléctrica, para as quais, lembramos, se estipula uma isenção do pagamento de uma taxa municipal pela ocupação do subsolo municipal. Uma isenção que actualmente resulta do disposto no n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de Novembro (diploma entretanto alterado pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março) e que anteriormente constava do disposto no n.º 11.º da Portaria n.º 437/2001, de 28 de Abril.

⁶ *V.*, a título meramente de exemplo, o Ac. de 17 de Novembro de 2004 (Proc. N.º 0650/04), o Ac. de 27 de Abril de 2005 (Proc. N.º 01338/04), o Ac. de 9 de Maio de 2007 (Proc. N.º 01223/06), o Ac. de 9 de Outubro de 2008 (Proc. N.º 0500/08) e o Ac. de 17 de Março de 2010 (Proc. N.º 0931/09).

⁷ Cf. Ac. N.º 365/2003.

taxas que os municípios podiam cobrar com base na Lei das Finanças Locais então em vigor, a Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto. Uma autorização que nunca chegou a ter concretização em diploma legal do Governo, mas que contribuiu para fomentar dúvidas de interpretação sobre o quadro legal em vigor e sobre a possibilidade ou não de os municípios exigirem aquelas taxas. Apesar disso, a jurisprudência acabaria sempre por considerar que a instituição das referidas taxas pelos municípios respeitava o quadro legal e constitucional em vigor.

Com a aprovação em 2006 da Lei do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, a questão perdeu sentido⁸ e ficou definitivamente pacificada.

No mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, que transpôs para o direito interno o regime jurídico da Directiva 2003/55/CE, de 23 de Junho, manteve a distribuição de gás natural como uma actividade exercida em regime de concessão de serviço público. Em igual sentido, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho (diploma que desenvolve o regime-quadro aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30/2006), estipulou que a atribuição das concessões para o exercício daquela actividade era uma competência do Conselho de Ministros, sendo os respectivos contratos de concessão outorgados pelo ministro responsável pela área da energia, em representação do Estado. Este último diploma impôs também a modificação dos contratos em vigor em função das bases aprovadas no seu anexo iv, salvaguardando o direito das concessionárias à manutenção do equilíbrio económico e financeiro das respectivas concessões.

É neste seguimento, e após a obtenção do acordo de cada uma das concessionárias, que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2008, de 8 de Abril, aprova as *novas minutas dos contratos de concessão* de distribuição de gás natural em regime de serviço público, a celebrar entre o Estado Português e as sociedades BEIRAGÁS- Companhia de Gás das Beiras, S. A.; LISBOAGÁS GDL- Sociedade Distribuidora de Gás Natural de Lisboa, S. A.; LUSITANIAGÁS- Companhia de Gás do Centro, S. A.; PORTGÁS - Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S. A.; SETGÁS- Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S. A.; e TAGUSGÁS- Empresa de Gás do Vale do Tejo, S. A.

⁸ A questão das taxas municipais pela ocupação do subsolo nunca seria tratada nos diplomas que entretanto haviam sido aprovados para assegurar a continuação da implementação entre nós do mercado do gás natural, transpondo para o direito interno as soluções do direito europeu sobre esta matéria. Referimo-nos, em especial, *i)* ao Decreto-Lei n.º 203/97, de 8 de Agosto, que institui um novo regime jurídico para a outorga de novas concessões e extensão das existentes; *ii)* ao Decreto-Lei n.º 8/2000, de 8 de Fevereiro, que actualizou o Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro; e *iii)* ao Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de Janeiro, que aprovou uma espécie de lei quadro sistematizadora das disposições legais aplicáveis às actividades do gás natural em linha com o disposto na Directiva n.º 98/30/CE, de 22 de Junho.

3 - Na sequência do estabelecido no n.º 2 e no que respeita às taxas de ocupação do subsolo a liquidar pelas autarquias locais que integram a área da concessão, os valores pagos pela concessionária em cada ano civil serão repercutidos por município sobre as entidades comercializadoras utilizadoras das infra-estruturas ou sobre os consumidores finais servidos pelas mesmas nos termos a definir pela ERSE.

Acresce ainda que no anexo III da Portaria n.º 1213/2010, de 2 de Dezembro⁹, que aprova o *modelo de licença para exploração de rede de distribuição local de gás natural*, se estipula o seguinte:

(...)

Cláusula 11.ª | Direitos e obrigações da Licenciada

(...)

3 - Assiste também à Licenciada o direito de repercutir sobre os utilizadores das suas infra-estruturas, quer se trate de entidades comercializadoras de gás ou de consumidores finais, o valor integral de quaisquer taxas, independentemente da sua designação, desde que não constituam impostos directos, que lhe venham a ser cobrados por quaisquer entidades públicas, directa ou indirectamente atinentes à distribuição de gás, incluindo as taxas de ocupação do subsolo cobradas pelas autarquias locais.

4 - Na sequência do estabelecido no número anterior, os valores que vierem a ser pagos pela Licenciada em cada ano civil serão repercutidos sobre as entidades comercializadoras utilizadoras das infra-estruturas ou sobre os consumidores finais servidos pelas mesmas, durante os anos seguintes, nos termos a definir pela ERSE. No caso específico das taxas de ocupação do subsolo, a repercussão será ainda realizada por município, tendo por base o valor efectivamente cobrado pelo mesmo.

No seguimento desta modificação das concessões – e tendo em conta que a taxa de ocupação do subsolo se caracteriza, entre outros elementos: *i)* por ser uma receita municipal e não da concessionária ou do Estado; *ii)* por ser fixada mediante decisão aprovada em cada Assembleia Municipal, variando o respectivo valor de Município para Município, não existindo critérios legais ou regulatórios para a fixação do respectivo montante, incluindo a inexistência de tectos máximos; *iii)* por impor às concessionárias alguns custos com a cobrança do seu valor; e *iv)* por apenas ser autorizada a repercussão sobre os consumidores dos valores efectivamente cobrados pela respectiva autarquia ao operador de rede – foi necessário proceder à sua *regulamentação no contexto da regulação da actividade dos concessionários por parte da entidade reguladora*, como de resto se impunha de forma expressa no novo clausulado dos contratos e das licenças.

⁹ Portaria aprovada ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 24.º e no n.º 3 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 65/2008, de 9 de Abril.

É neste contexto que a ERSE passa a incluir no seu *regulamento das relações comerciais*¹⁰ disposições relativas à repercussão deste tributo sobre os consumidores:

(...)

Artigo 53.º | Taxa de ocupação do subsolo

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2, a taxa de ocupação do subsolo deve ser paga directamente pelos operadores das redes de distribuição aos municípios que integram as respectivas áreas de concessão.

2 - O valor integral da taxa de ocupação do subsolo é repercutido pelos operadores das redes de distribuição nos clientes de gás natural cujas instalações estão situadas na área do município que criou a taxa.

3 - A repercussão prevista no número anterior é efectuada nos termos do RT e considerando o disposto no n.º 4 do Artigo 115.º do presente regulamento.

4 - Os operadores das redes de distribuição devem disponibilizar nas suas páginas na Internet informação actualizada sobre a taxa de ocupação do subsolo, nomeadamente o seu enquadramento legal, valores, municípios a que se destina e anos a que respeita.

(...)

Artigo 115.º | Factura de gás natural

(...)

4- As facturas a apresentar pelos comercializadores e pelos comercializadores de último recurso retalhistas devem ainda identificar de forma clara, visível e destacada o valor correspondente à taxa de ocupação do subsolo, repercutida nos clientes de gás natural nos termos do RT, bem como o município a que se destina e o ano a que diz respeito a taxa.

5- Anualmente, através da factura ou de documentação que acompanhe o seu envio, os comercializadores e os comercializadores de último recurso retalhistas devem prestar informação actualizada aos seus clientes sobre a taxa de ocupação do subsolo, referida no número anterior, incluindo os montantes pagos, o município e o ano a que respeita.

¹⁰ O Regulamento das Relações Comerciais do Sector do Gás Natural é actualmente o Regulamento n.º 416/2016, ERSE, publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 29 de Abril de 2016, tendo substituído, por revogação o Regulamento de Relações Comerciais do sector do gás natural, aprovado pelo Regulamento n.º 139-D/2013, de 16 de Abril.

Mais tarde, em resposta à necessidade de definição da informação a auditar prevista no Regulamento Tarifário, a ERSE definiu, no Manual de procedimentos para a repercussão das TOS, aprovado pela Directiva n.º 18/2013¹¹, os termos de referência para essas auditorias, e, já em 2014, aprovou nova versão deste Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – Directiva n.º 12/2014¹².

No mencionado Manual para a repercussão da TOS estipulam-se não só os termos em que a referida repercussão sobre os consumidores tem lugar (tendo em conta que em alguns desses anos está em causa, também, a repercussão de quantias que devam ser pagas na sequência de decisões judiciais que entretanto tenham transitado em julgado), mas também a possibilidade de virem a ser celebrados acordos bilaterais de repercussão de TOS entre os Municípios e os operadores da rede de distribuição de gás natural.

Este era, até ao final de 2016, o quadro legal em vigor.

2. A modificação legislativa do artigo 85.º da LOE/2017 (Lei n.º 42/2016)

A Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017, veio estipular o seguinte:

Artigo 85.º | Taxas de direitos de passagem e de ocupação do subsolo

1 - Para efeitos de liquidação da taxa municipal de direitos de passagem e da taxa municipal de ocupação do subsolo, as empresas titulares das infra-estruturas comunicam a cada município, até 31 de Março de 2017, o cadastro das suas redes nesse território, devendo proceder à actualização da informação prestada até ao final do ano.

2 - Na ausência da comunicação a que se refere o número anterior, o município presume que as infra-estruturas estão localizadas na totalidade dos metros lineares da respectiva rede viária urbana.

3 - A taxa municipal de direitos de passagem e a taxa municipal de ocupação do subsolo são pagas pelas empresas operadoras de infra-estruturas, não podendo ser reflectidas na factura dos consumidores.

¹¹ Publicada no DR, 2.ª Série, de 21 de Outubro de 2013

¹² Publicada no DR, 2.ª Série, de 14 de Julho de 2014.

Nele se conclui, em resumo, pela preponderância de três pontos essenciais: *primeiro*, que ao deixar de repercutir-se sobre os consumidores é expectável um aumento significativo da TOS por parte dos municípios¹³ e esse aumento, a médio prazo, é capaz de comprometer o equilíbrio económico-financeiro das concessões de distribuição do gás; *segundo*, que a admitir-se que a TOS possa ser repercutida de forma indirecta (por via de repercussão económica) sobre os consumidores finais é possível que estes procurem fontes alternativas de energia, comprometendo a sustentabilidade financeira futura de todo o sector¹⁴, e *terceiro*, que caso a TOS deixe de ser repercutida, directa ou indirectamente sobre os consumidores finais, o equilíbrio económico-financeiro de vários ORD será, como se disse, posto em causa a médio prazo, o que não só inviabilizará novos investimentos e, com isso, a inovação tecnológica do sector, como ainda pode pôr em risco a segurança do sistema, tanto técnica, como económica.

O regulador conclui então que é oportuno *rever o actual quadro legislativo de cálculo e aplicação das TOS*, de modo a garantir a sustentabilidade económica do sistema e a não pôr em causa a *estabilidade e uniformidade tarifárias*, algo que implicará, necessariamente, a criação de instrumentos de moderação do valor que os municípios podem exigir – seja a consumidores, seja às empresas concessionárias – a título de TOS.

¹³ Segundo o Estudo da ERSE, existe o risco de que ao deixar de ser possível repercutir a TOS sobre os consumidores, os municípios que já liquidam e cobram este tributo aumentem os seus valores e que os municípios que ainda não o exigem passem a aplicá-lo. O mesmo Estudo regista que a repercussão por município e de forma autonomizada nas facturas dos valores cobrados constitui, a seu modo, um elemento moderador (um «travão»), quer à liquidação e cobrança do tributo, quer ao aumento do seu valor, na medida em que os titulares do poder local são facilmente confrontados pelos munícipes a propósito dessa cobrança. Já se o tributo passar a ser liquidado e cobrado às empresas concessionárias da actividade de distribuição, é provável que se assista a um incentivo para que os municípios que ainda não liquidam e cobram estes tributos passem a fazê-lo e para que aqueles que já o fazem aumentem o respectivo valor. Incentivo que pode até resultar também de uma pressão dos munícipes como contrapartida pela redução de outros tributos municipais.

¹⁴ Na medida em que o gás natural é uma fonte de energia que, sobretudo no uso doméstico e ao nível das pequenas e médias empresas, pode ser substituído por fontes alternativas com relativa facilidade, é provável que um aumento do preço do serviço – motivado, neste caso, por um aumento da TOS repercutido no preço final – se traduza numa “fuga de consumidores”, com consequências dramáticas, pelo aumento de custos que gera para os restantes consumidores (aqueles que não tenham a mesma elasticidade em relação à troca de fonte energética), na medida em que diminui o universo daqueles sobre quem recai o pagamento dos custos fixos do sistema.

A este último propósito cumpre desde já destacar que a TOS é o único tributo municipal sobre infra-estruturas de rede que não tem até agora regulação estadual¹⁵, ficando a sua determinação ao total arbítrio dos municípios¹⁶. Algo que não pode sequer imputado ao facto de o mesmo ser suportado pelos consumidores e não pelas empresas, pois no caso da TMDP, desde a alteração na redacção do n.º 4 do artigo 105.º da Lei das Comunicações Electrónicas introduzida pela Lei n.º 127/2015, de 3 de Setembro, que o montante deste tributo deixou de ser suportado pelos consumidores para passar a ser suportado pelas empresas de comunicações, tendo-se mantido alterado o limite legal à sua quantificação¹⁷.

A tudo isto acresce a aparente intenção de o novo regime jurídico decorrente do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, em conjugação com o disposto no artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, pretender impor também um *novo método de cálculo* para a TOS e para a TMDP, passando a mesma a incidir *obrigatoriamente* sobre os metros de rede implantados no território municipal apurados no cadastro das redes, ou, caso as empresas não actualizem aqueles cadastros, em função da totalidade dos metros lineares da rede viária urbana do município, sendo esta uma alternativa à forma normal de cálculo que poderá conduzir a valores ainda superiores daquele tributo. Esta modificação do modo de cálculo da TOS (actualmente fixada de modo livre pelos municípios¹⁸) e da TMDP estaria associada – pensamos – à alteração da própria Lei do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais – cuja revisão estava igualmente prevista, anunciada e autorizada no artigo 86.º da Lei n.º 42/2016, mas que nunca chegou a ter lugar.

Importa ainda sublinhar que na Lei do Orçamento do Estado para 2018 – a Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro – não existe qualquer disposição sobre esta matéria.

¹⁵ Diferentemente do que sucede no caso das concessões de distribuição de energia eléctrica em BT, que estão isentas destas taxas por estarem subordinadas ao pagamento da renda das concessões, cujo valor é. Como já referimos antes, fixado pelo Governo de acordo com a fórmula constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de Novembro, na redacção dada pela Lei nº 7-A/2016, de 30 de Março; e da taxa municipal de direitos de passagem (TMDP), que incide sobre a ocupação do subsolo municipal com redes de comunicações e que, de acordo com o disposto nas alíneas a), do n.º 3 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na sua redacção actualizada), é determinada com base na aplicação de um percentual sobre o total da facturação mensal emitida pelas empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, para todos os clientes finais do correspondente município, não podendo aquele percentual ultrapassar os 0,25.

¹⁶ Quando nos referimos a *arbítrio dos municípios* queremos dizer que efectivamente esta desregulação pode dar origem a um fenómeno descontrolado, pois ao não ter existido qualquer revisão do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, os municípios continuam apenas vinculados à obrigação de realizar um estudo de justificação económico-financeira do valor dos tributos. Porém, como o recente trabalho de investigação do Observatório de Taxas e Contribuições do CEDIPRE demonstrou, a existência daqueles estudos não tem sido suficiente para evitar que o valor das taxas entre municípios, pelos mesmos actos ou bens e serviços, tenha oscilações de mais de 500% - cf. <https://www.fd.uc.pt/cedipre/>.

¹⁷ É bem certo, porém, que não existindo regulação económica dos preços das comunicações nem das operadoras do sector, é especialmente difícil combater fenómenos de repercussão indirecta do respectivo valor.

¹⁸ A repercussão mensal do valor desta taxa aos clientes finais do serviço, no ano seguinte àquele em que é cobrada pelos municípios às empresas, é depois, já o dissemos, calculada nos termos do disposto nos artigos 161.º a 164.º do Regulamento Tarifário para o gás. Segundo estas regras os valores dependem das variáveis do consumo (< 10.000 m³ / ano ou > 10.000 m³ / ano) e do número de dias de fornecimento por ano.

Ora, não obstante a insegurança jurídica suscitada pelo novo quadro normativo, uma vez que dele não resultava claro se o novo regime de repercussão da TOS seria ou não imediatamente operativo, e enquanto se aguardava pela publicação do anunciado diploma do Governo com o novo regime de repercussão legal da TOS, a ERSE autorizou, com base no disposto da sua Directiva 12/2014, que durante o ano de 2017 tivesse lugar a repercussão da TOS sobre os clientes finais consumidores de gás natural, uma vez que se tratava de valores respeitantes a TOS pagas pelos ORD aos Municípios em anos anteriores, relativamente aos quais havia a certeza de que não podia aplicar-se o disposto n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, sob pena de a norma produzir efeitos retroactivos que lesariam gravemente as expectativas legítimas dos concessionários (senão mesmo os seus direitos adquiridos), o que consubstanciaria uma inconstitucionalidade por violação do princípio da protecção da confiança.

Mesmo a admitir-se que o referido artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 era uma norma perfeita e eficaz, apta a produzir efeitos jurídicos imediatos nas relações jurídicas externas a partir do momento da entrada em vigor da lei, sempre estaríamos apenas a referir-nos às TOS liquidadas e cobradas pelos municípios após a entrada em vigor da lei, ou seja, às TOS liquidadas aos ORD no ano de 2017, cuja repercussão sobre os consumidores finais só se colocaria no ano de 2018 *ex vi* o quadro legal e regulamentar em vigor. Uma situação que se harmonizava, de resto, com o período de que o legislador Governo dispunha para aprovar e fazer entrar em vigor os novos regimes jurídicos em matéria de repercussão da TOS e da TMDP, o que até à presente data ainda não aconteceu.

Em face da situação actual, importa em seguida esclarecer o seguinte: *i)* a natureza jurídica do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 quanto à sua inserção sistemática na Lei do Orçamento do Estado; *ii)* a capacidade intrínseca de produção plena de efeitos do mencionado artigo 85.º no âmbito das relações jurídicas externas; e *ii)* o papel da ERSE no âmbito da implementação do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, conjugado com o disposto no artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017.

Parte II

1. A natureza jurídica do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 em razão da sua inserção sistemática em Lei do Orçamento do Estado

O primeiro problema a que cumpre dar resposta é o de saber se o artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 é uma norma orçamental e, nessa medida, a sua vigência cessou no fim do ano de 2017, ou se deve entender-se, pelo contrário, que estamos perante um “cavaleiro orçamental” ou um “cavaleiro de lei reforçada”, que, entre outras consequências jurídicas, continua a produzir efeitos após a cessação da vigência da lei do orçamento do Estado para 2017.

Este não é o momento nem o local adequado para relembrar em pormenor a tradicional problemática sobre a natureza jurídica da lei do orçamento do Estado¹⁹, pelo que nos limitaremos a convocar os pontos essenciais desta problemática para explicar o problema e a solução a adoptar no caso concreto.

Ultrapassada a discussão sobre a natureza puramente formal ou substancial da lei que aprova o orçamento do Estado e estando assente pela doutrina e pela jurisprudência constitucional que esta é um lei complexa, com inarredáveis dimensões materiais, passou a discutir-se entre nós a conformidade constitucional de uma prática reiterada de inserir nesta lei, anualmente, disposições de conteúdo inovador, em especial autorizações legislativas ao Governo em matéria fiscal e financeira ou em outras matérias sem natureza financeira²⁰.

A doutrina debruçava-se, inicialmente, sobre a validade das autorizações legislativas ao Governo em matéria fiscal incluídas na lei do orçamento do Estado, bem como sobre a validade das normas que aí modificavam as normas legislativas dos diversos impostos em matérias como a incidência dos tributos e as respectivas alíquotas, sobretudo no caso de sucessão de Governos dentro de um mesmo ano fiscal. Algo que não contende especificamente com a questão que temos em análise, pois o n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 não consubstancia uma autorização legislativa expressa ao Governo e tão pouco respeita a matéria financeira do Estado.

¹⁹ Sobre o tema, por todos, José Joaquim GOMES CANOTILHO, «A lei do orçamento na teoria da lei», *Boletim da Faculdade de Direito*, número especial – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, II, 1979, pp. 543-583

²⁰ Sobre estas autorizações legislativas o tema foi tratado entre nós, inicialmente e de forma inovadora, por José Manuel CARDOSO DA COSTA, «Sobre as autorizações legislativas da lei do orçamento», *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, 1982.

Na verdade, o problema de inserir na lei do orçamento do Estado normas reguladoras substantivas (sejam disposições de natureza regulatória com conteúdo inovador, sejam modificações na redacção de normas legais em vigor) ou autorizações legislativas ao Governo em matéria não financeira nem fiscal surgiria mais tarde, sendo discutida pela primeira vez no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/85, a propósito de uma norma orçamental relativa a matéria do contencioso aduaneiro, tendo aquele tribunal considerado que não se poderia falar em inconstitucionalidade destas normas, não obstante reconhecer que tal não seria uma boa prática legislativa.

A discussão que durante algum tempo ainda perdurou na doutrina assentava no problema de estarem ou não a ser respeitadas as boas práticas legislativas. Muitos autores destacavam que a inclusão de cavaleiros orçamentais na lei do orçamento do Estado era altamente perniciosa²¹, na medida em que estas normas terminavam por ser abrangidas por um procedimento célere que nem sempre permitia discutir devidamente as soluções, acabando por furtar-se ao escrutínio necessário que o princípio democrático imporia, ao mesmo tempo que suscitavam diversas dificuldades no plano do seu recorte dogmático e do exercício funcional dos poderes.

O Tribunal Constitucional, porém, sempre considerou que estávamos perante *normas compatíveis com a constituição*, sobretudo após a revisão constitucional de 1989, que aditou o n.º 5 ao actual artigo 165.º e com isso clarificou o regime jurídico das autorizações legislativas sobre matéria fiscal inseridas na lei do orçamento do Estado, e que, por contraposição, no entendimento daquele órgão jurisdicional, também clarificou o regime jurídico das restantes autorizações legislativas contidas na lei do orçamento do Estado, que assim passavam a ficar subordinadas ao regime geral das autorizações legislativas.

Para o Tribunal, os problemas que ficavam por resolver em relação ao procedimento de iniciativa legislativa²² ou à hierarquia entre actos normativos no caso de “cavaleiros de lei reforçada”²³ (na expressão adoptada por Tiago Duarte²⁴), poderiam ser solucionados através de uma *interpretação adequada* dos preceitos constitucionais em matéria de repartição do poder legislativo entre o Parlamento e o

²¹ Entre eles António LOBO XAVIER, *O Orçamento como Lei. Contributo para a compreensão de algumas especificidades do direito orçamental português*, Dissertação para o exame de mestrado em ciências jurídico-económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, versão policopiada, Coimbra, 1990, pp. 145.

²² Lembramos que no caso das normas da lei do orçamento do Estado a iniciativa legislativa cabe ao Governo (também no caso de alterações à lei do orçamento) e que o Parlamento tem limitações no exercício dos seus poderes legislativos nesta matéria. Porém, a jurisprudência do Tribunal Constitucional também já clarificou que estas limitações se circunscrevem às normas respeitantes a matéria financeira, não estando o Parlamento proibido, por exemplo, de exercer livremente a sua competência legislativa em matérias em relação às quais tenha incluído uma autorização legislativa na lei do orçamento do Estado, sempre que essas matérias não digam respeito a assuntos financeiros e não representem um aumento de despesa ou uma redução de receita.

²³ Questão que foi amplamente discutida e tratada entre nós no acórdão n.º 461/87.

²⁴ Cf. Tiago DUARTE, *A lei por detrás do orçamento. A questão constitucional da lei do orçamento*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 457.

Governo (em conformidade, de resto, com as restantes regras e princípios constitucionais). E essa tinha de ser a solução, na medida em que entre nós não existia, diferentemente do que acontecia em outros ordenamentos jurídico-constitucionais²⁵, qualquer regra constitucional que proibisse os mencionados cavaleiros orçamentais.

O debate foi retomado por Blanco de Moraes a propósito precisamente das leis de valor reforçado²⁶. O autor defendia que não era possível incluir em leis de valor reforçado normas que correspondessem a matéria da competência legislativa concorrente e depois permitir que o legislador ordinário livremente substituísse esse regime jurídico sem um acto prévio do parlamento de “desclassificação” da matéria, posição que foi criticada por Tiago Duarte²⁷ e que nunca teve acolhimento na jurisprudência constitucional. O Tribunal Constitucional sempre considerou que este era um problema de interpretação normativa, a solucionar através das regras e princípios em matéria de repartição jurídica do poder legislativo. Uma solução que, não sendo desejável, era a possível em face do quadro normativo em vigor.

Em nosso entender, a nova lei de enquadramento orçamental parece ter querido dar mais um passo no sentido de moderar a prática, reiterada entre nós²⁸ – já o dissemos –, de inserir autorizações legislativas e alterações legislativas em matérias não financeiras na lei do orçamento do Estado, umas vezes para assegurar a máxima de que “no orçamento de Estado há normas para todos”²⁹ como forma de garantir a sua aprovação, outras apenas para simplificar a obtenção de autorizações legislativas e outras ainda com a finalidade perniciosa de fazer aprovar com maior facilidade medidas que de outra forma estariam sujeitas a um escrutínio mais intenso.

Mais recentemente, a Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro, alterou a redacção do n.º 2 do artigo 41.º, com a epígrafe “conteúdo do articulado”, referindo-se ao conteúdo do articulado da lei que aprova o orçamento anual do Estado, passando aí a prever que “as disposições constantes do articulado

²⁵ O Tribunal Constitucional referia-se ao caso alemão, em que a Constituição, no n.º 4 do artigo 110.º, estipula o seguinte: “A lei orçamental só pode conter prescrições relacionadas com as receitas e despesas da Federação e com o período para o qual ela irá vigorar (...)”. A Constituição italiana também tinha, àquela data, uma disposição semelhante, no artigo 81.º, mas que foi entretanto modificada.

²⁶ Cf. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra Editora, 1998.

²⁷ Cf. Tiago DUARTE, *A lei por detrás do orçamento...* ob. cit., pp. 475ss.

²⁸ A “importância” desta tradição entre nós é de tal forma relevante que Paulo Otero, outra das vozes que se insurgiu contra a admissibilidade desta prática, chegou mesmo a considerar que estávamos perante um «costume “contra-constitutionem”», nos casos em que esses cavaleiros orçamentais integram normas substantivas sobre matérias não financeiras – cf. Paulo OTERO, «Autorizações legislativas e Orçamento do Estado», *Revista O Direito*, 1992, ano 124.º, pp 270ss. e «Desparlamentarização, Conteúdo do Orçamento e Problemas de Constitucional», *Fisco*, 1992, pp. 37-44.

²⁹ Expressão utilizada por Jürgen VON HAGEN para designar a prática corrente do Congresso Americano, igualmente muito criticada, em «Budgeting Institutions for Better Fiscal Performance» in *Budgeting and Budgetary Institutions*, Anwar Shah (ed.), The World Bank, Washington, 2007, pp. 30.

da lei do Orçamento do Estado limitam-se [em vez de devem limitar-se³⁰] ao estritamente necessário para a execução da política orçamental e financeira”³¹.

Porém, este nunca foi até hoje um *standard* utilizado pelo Tribunal Constitucional no controlo dos cavaleiros orçamentais que anualmente são inseridos na lei que aprova o orçamento do Estado, seja para considerar estas normas inconstitucionais, seja para as considerar ilegais por violação do disposto na lei de enquadramento orçamental – lembre-se que, para este efeito, a lei de enquadramento orçamental é uma lei de valor reforçado e tem um valor paramétrico superior em relação à lei que aprova o orçamento do Estado.

No acórdão n.º 141/2002 é possível ver-se que o Tribunal Constitucional ainda equacionou, na sua fundamentação, apoiando-se essencialmente na argumentação esgrimida por Vital Moreira e, sobretudo, por José Martins da Fonseca nos votos de vencido que acompanharam o já mencionado acórdão n.º 461/87, a possibilidade de declarar inconstitucional um “cavaleiro orçamental” que não apresentasse “*uma conexão mínima*” com a *matéria orçamental*, mas acabaria por considerar que esse não era o caso em presença. O mesmo sucedeu nos acórdãos subsequentes onde a questão foi suscitada, designadamente nos acórdãos n.º 428/2005, 396/2011 e 187/2013.

Por tudo quanto vimos de dizer, não temos dúvidas de que a norma em apreço, o n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, é um verdadeiro “cavaleiro orçamental”, pois não é possível descortinar qualquer relação entre o seu conteúdo e uma questão de natureza financeira ou orçamental – nem com o Orçamento do Estado, nem com os orçamentos municipais³² –, a não ser o facto de este tributo passar a constituir um encargo para as empresas privadas que exploram redes de distribuição de gás natural em regime de concessão. Desta conclusão decorrem consequências relevantes: *i)* a norma em causa não tem natureza orçamental e, nessa medida, a sua vigência não se esgota com o termo do ano fiscal; *ii)* a aplicarem-se os critérios que foram definidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, esta *norma deveria ser declarada inconstitucional* por não ter qualquer “conexão mínima” com matéria financeira e orçamental.

³⁰ A redacção anterior havia sido introduzida pela Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto.

³¹ Esta é hoje uma redacção muito próxima da que foi adoptada em França na *loi organique relative aux lois de finances*, mais concretamente no artigo 34, onde se elencam também matérias a inserir obrigatoriamente na lei que aprova o orçamento e outras podem ser incluídas nesse diploma, considerando-se, por contraposição, que todas aquelas que aí não estão referidas são consideradas cavaleiros orçamentais e são proibidas, podendo ser sancionadas pela Conseil Constitutionnel, como sucedeu na Decisão n.º 82-154 DC du 29 décembre 1982 – v. Eric DEVAUX, *Finances publiques*, Bréal, 2002, p. 59; Damien CATTEAU, *Nouveau Droit Budgétaire*, 3.ª ed., Hachette Livre, 2016, pp.

³² Em rigor, esta norma não altera o regime financeiro da TOS, pois o respectivo âmbito de aplicação limita-se ao problema da repercussão ou não daquele tributo sobre os utentes daquele serviços essencial, seja por via directa, seja por via indirecta.

Acreditamos que está estabelecido o precedente jurisprudencial para que normas como esta – normas que não têm uma “conexão mínima” com matéria financeira e orçamental – possam vir a ser declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, pelo que acreditamos que esta seria uma excelente ocasião para que a ERSE solicitasse ao Provedor de Justiça a fiscalização abstracta sucessiva desta norma.

2. A eficácia (vigência) do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016

Cumpra agora analisar se a norma em apreço é *eficaz*, ou seja, se reúne em si todas as condições para poder produzir os efeitos que lhe são próprios³³ e que determinam a condição da sua vigência como “um dever ser que é”³⁴ *i. e.*, se a norma tem aptidão para se projectar na realidade (na solução dos casos concretos) enquanto realização de um conteúdo normativo (no caso, a modificação do sujeito passivo e do suportador económico do tributo sem que sejam introduzidas quaisquer alterações no quadro normativo em vigor).

Importa não esquecer que a *eficácia*, que é condição de vigência de uma norma, é independente da sua validade. Assim, uma norma pode ser válida – no caso, o tribunal constitucional pode não encontrar fundamentos para considerar que a mesma é inconstitucional, seja porque decida não aplicar como requisito dessa validade a existência da “conexão mínima” com a matéria financeira e orçamental, seja por considerar que a essa conexão mínima existe no caso concreto – e ainda assim não ser eficaz por não conseguir projectar, total ou parcialmente, os seus efeitos no plano fáctico. É deste segundo problema que agora cuidamos.

Desde já antecipamos que, a nosso ver, a norma em causa – o n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 – não é apta a produzir o seu conteúdo normativo na realidade por duas ordens de razões complementares entre si: *i)* porque essa é a vontade do legislador expressamente manifestada; e *ii)* porque tal resulta da sua interpretação jurídica. Vejamos.

Concluimos no ponto anterior que a norma em causa é um verdadeiro cavaleiro orçamental, o que significa que, mesmo a admitir-se a sua validade – que neste ponto aceitamos apenas por exercício argumentativo –, a mesma não está subordinada ao mesmo regime das restantes normas que na lei do

³³ Massimiliano DELLA TORRE, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.ª ed. Giuffrè Editore, pp. 25.

³⁴ Cf. CASTANHEIRA NEVES, «As fontes do direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1975.

orçamento possuem natureza orçamental e financeira³⁵. No que aqui em concreto nos interessa, significa que a norma diz respeito a matéria da *competência legislativa concorrente*, sobre a qual podem legislar livremente Governo e Assembleia da República (artigo 198.º/1a e 161.º/c da CRP), tendo neste caso a lei e o decreto-lei o mesmo valor, podendo ainda ambos revogarem-se e derogarem-se mutuamente (artigo 112.º/2 da CRP) e, por maioria de razão, projectarem efeitos sobre as normas um do outro.

Quer isto dizer, portanto, que o n.º 3 artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 se encontra *no mesmo plano normativo* que o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de Março, não constituindo a primeira norma um parâmetro normativo superior em relação à segunda, como poderia invocar-se, caso estívéssemos perante uma verdadeira norma da lei do orçamento e uma verdadeira norma de execução da primeira. O que nós temos aqui, por estarmos em matéria que não é orçamental nem financeira, são duas normas que têm o mesmo valor paramétrico³⁶ e em que uma – o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 – é posterior à outra – ao n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 –, ou seja, uma relação à qual se aplica a regra de que *lex posterior derogat priori*.

Ora, a norma posterior no tempo projecta sobre a primeira os seus efeitos jurídicos, derogando aqueles que com ela se não compatibilizarem. E é precisamente o que sucede, em nosso entender, como disposto no n.º 5 do referido artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, quando aí se dispõe que "o Governo procede à alteração do quadro legal em vigor, nomeadamente em matéria de repercussão das trocas na factura dos consumidores". Daqui resulta uma clarificação - pode também interpretar-se como uma derrogação dos efeitos imediatos da primeira, como veremos melhor em seguida ao analisar os resultados da interpretação jurídica - de que a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 não era uma norma imediatamente operativa, mas tão só uma norma perceptiva³⁷, cuja

³⁵ Posição defendida entre nós por CARDOSO DA COSTA para o regime jurídico das autorizações legislativas na lei do orçamento do Estado, mas que por identidade de razão se deve aplicar a cavaleiros orçamentais de outra natureza, como é o caso do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016.

³⁶ Podemos mesmo dizer que existe um *nexo de sentido na assystematicidade*, na medida em que o Governo parece ter interpretado que o "lugar" adequado para o complemento de sentido que pretendia dar à norma que é cavaleiro orçamental seria o decreto-lei de execução orçamental.

Na verdade, trata-se de uma solução no mínimo *sui generis*, em relação à qual não é possível encontrar paralelo na experiência comparada, onde, apesar das críticas da doutrina e da jurisprudência, os cavaleiros orçamentais ainda tendem a subsistir, e que, em nosso entender, revela dois pontos essenciais: em primeiro lugar, que a primeira norma (a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016) é assim "assumida" pelo Governo como um "produto seu", razão pela qual entende que pode livremente, num diploma que é tipicamente do seu âmbito de competência, "dispor" sobre a mesma e projectar sobre ela os efeitos de clarificar a sua parcial ineficácia; em segundo lugar, que o Governo tinha a intensão de cumprir, como se havia proposto, a tarefa de proceder a uma revisão do regime geral das taxas das autarquias locais para, nessa sede, que era a adequada, promover uma correcta regulação desta matéria (designadamente da TOS) no contexto de um necessário equilíbrio entre os interesses financeiros em presença, acabando, depois, por não conseguir fazê-lo, e, assim, deixar tudo como estava até que sejam aprovadas as necessárias alterações legislativas.

³⁷ As normas perceptivas são, nas palavras de João BAPTIST A MACHADO, "normas que ordenam" - *in Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 93.

eficácia ficava dependente de uma modificação do quadro regulatório da taxa de ocupação do subsolo³⁸, designadamente para assegurar que o quadro legal da taxa seria adequado a evitar - à semelhança da taxa de direito de passagem, que tem um elemento-travão, ou mediante a adopção de outro expediente regulatório- a arbitrariedade ou descontrolo no exercício do poder tributário municipal³⁹

Um resultado que é, como veremos, evidente, por ser o único compatível com o *princípio do legislador razoável*⁴⁰, uma vez que é dever funcional da ERSE não só fazer uma interpretação das normas adequada à sua *expertise* enquanto regulador sectorial, mas também como intérprete razoável, que deve sempre partir do pressuposto de que o legislador expressou um conteúdo normativo razoável no contexto da realização do interesse público. Algo que não é compatível com a admissibilidade de transição brusca do quadro regulatório da TOS para uma situação de exercício descontrolado do poder tributário municipal.

Mais, a nosso ver, o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 pode até considerar-se uma norma de interpretação autêntica do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, pois o resultado da interpretação normativa do primeiro, caso não tivesse sido entretanto aprovado o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, sempre poderia, em si, conduzir-nos a uma conclusão pela ineficácia da norma por incapacidade de projecção parcial dos seus efeitos normativos no plano fáctico.

Com efeito, a *incapacidade de projecção total ou parcial dos efeitos normativos no plano fáctico* pode, em regra, resultar: *i)* do conteúdo intrínseco da norma, por ser uma norma cuja operatividade depende de regulamentação (é o que sucede com os regimes legais em que expressa ou tacitamente o legislador condiciona a sua eficácia à aprovação de regulamentos); *ii)* do regime jurídico-constitucional

³⁸ O texto da norma do n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 refere-se expressamente a uma "alteração do quadro legal em vigor", o que, em nosso entender, mostra que a intencionalidade do legislador é promover uma alteração do regime geral das taxas das autarquias locais em matéria de taxas de ocupação do subsolo, em linha, de resto, com a autorização legislativa que para o efeito já havia sido concedida pelo artigo 86.º da Lei n.º 42/2016. Importa não esquecer que o regime geral das taxas das autarquias locais se deve interpretar como uma lei paramétrica em matéria de taxas das autarquias locais, projectando essa parametricidade não apenas sobre os regulamentos municipais, mas também sobre outros diplomas legais (por exemplos os que regulam as taxas urbanísticas) que disciplinam esta matéria, prevalecendo sobre eles, pelo que um correcto exercício do poder legislativo imporia que, no caso, essa alteração global do quadro legal tivesse lugar, quer para impor regras imperativas sobre o modo de cálculo da TOS, quer para disciplinar os aspectos do seu regime de repercussão.

³⁹ De resto, é perfeitamente normal a articulação entre estes preceitos legais se atentarmos no facto de que, em ambos, em bom rigor, o legislador é sempre o mesmo - o Governo - pois embora a lei que aprova o orçamento do Estado seja formalmente um diploma legislativo do parlamento, a iniciativa legislativa é do Governo e só ele pode, como vimos anteriormente, assumir o impulso legislativo para a modificação do seu conteúdo. Neste caso, de resto, a "autoria da norma" é mesmo imputável ao Governo, pois a formulação final que veio a ser aprovada corresponde à que constava da proposta apresentada.

⁴⁰ Só assim compreendemos, no contexto da mobilização do elemento histórico para a interpretação da norma, o facto de o grupo parlamentar do PS, partido que está no Governo, ter apresentado uma proposta de alteração à redacção original do preceito - o então n.º 3 do artigo 74.º da Proposta de Lei n.º 37/XIII - que, com o intuito de clarificar o seu sentido, pretendia eliminar a última parte da norma "não podendo ser reflectidas na factura dos consumidores", dando assim a entender que ficaria em aberto o modo como esta questão seria solucionada, no contexto da revisão dos regimes legais específicos reguladores de cada um destes tributos - informação disponível em www.parlamento.pt.

que disciplina as fontes do direito (é o que sucede, no plano interno, com as leis de autorização legislativa, que não conseguem projectar os seus efeitos em relações externas, esgotando a sua eficácia na relação de autorização/delegação do parlamento ao governo e que perdura como parâmetro especial de validade do decreto-lei autorizado – é um *caso de ineficácia total*; e é também o que pode suceder, no plano europeu, com as directivas, e mais concretamente com as normas aptas a produzir efeitos directos, antes de terminado o prazo para a respectiva transposição para o direito interno – é um *caso de ineficácia parcial temporal*); e *iii*) também de um elemento externo à norma, imputável, designadamente, a uma omissão legislativa essencial, sempre que fique demonstrado, através dos resultados da interpretação normativa, que aquela norma é incapaz de projectar os seus efeitos na realidade fáctica, porque a isso obstam outras normas, ou porque os resultados fácticos daí decorrentes não são assimiláveis pelo sistema jurídico e é impossível imputá-los a um legislador razoável sempre que suscitem problemas de “concordância dogmática”⁴¹.

O caso em apreço integra esta última solução, o que consubstancia um *problema jurídico metodológico* no plano da solução da questão de direito em concreto. Vejamos.

O conteúdo normativo em abstracto do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 – “A taxa municipal de direitos de passagem e a taxa municipal de ocupação do subsolo são pagas pelas empresas operadoras de infra-estruturas, não podendo ser reflectidas na factura dos consumidores” – é aparentemente simples de determinar: o valor da TOS passa a ser juridicamente suportado pelas empresas operadoras de infra-estruturas e não pelos consumidores (é pago por elas⁴²), sendo também proibida a repercussão económica do valor nos consumidores, ou seja, a intencionalidade em abstracto é a de que os montantes cobrados pelos municípios a título de TOS sejam suportados pelas empresas concessionárias. Uma conclusão que é, quanto a nós, inequívoca, se atentarmos no teor literal da norma e na interpretação que dela também fizeram os principais interessados⁴³.

Contudo, *esta alteração não podia produzir efeitos imediatos sem que fossem alteradas as normas sobre a forma de cálculo das duas taxas aí visadas: i)* a primeira, a taxa municipal de direitos de passagem, pelo facto de o seu modo de cálculo resultar, segundo a lei (o artigo 106.º da lei das comunicações electrónicas) de uma percentagem sobre o valor das facturas emitidas pelas empresas,

⁴¹ Cf. António CASTANHEIRA NEVES, Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais, Coimbra Editora, 1993, pp. 166ss.

⁴² Actualmente já é isso que sucede, ou seja, são as empresas operadoras de infra-estruturas, concessionárias do serviço, que pagam a TOS aos Municípios, com a diferença de que, posteriormente, por efeito do disposto no contrato que celebraram com o Estado, reflectem esse valor de forma autónoma (em parcela autónoma), com a intermediação dos comercializadores, nas facturas individuais que emitem aos consumidores, segundo a metodologia definida pela ERSE.

⁴³ Cf. Comentário da ANMP à redacção do então artigo 74.º da Proposta de Lei n.º 37/XIII – parecer disponível em www.parlamento.pt.

razão pela qual o legislador acrescenta expressamente no n.º 4 do artigo 85.º que haverá uma revisão da lei das comunicações electrónicas no primeiro semestre de 2017⁴⁴; ii) a segunda, a TOS, não só pelo facto de a alteração visada consubstanciar uma modificação legal que se projecta no regime dos contratos de concessão em vigor, alterando unilateralmente o equilíbrio económico-financeiro das prestações das partes⁴⁵, o que em si já justificaria alguma prudência para garantir que esta alteração não seria ineficiente no plano jurídico-económico⁴⁶, mas essencialmente porque, de acordo com as razões já aduzidas, não existe regulação para estas taxas municipais apta a modelar as consequências jurídicas que esta nova solução poderia ter sobre a saúde financeiras das concessões e, conseqüentemente, sobre os aspectos essenciais como a segurança, a qualidade e a inovação e actualização tecnológica desta actividade⁴⁷.

Neste segundo caso – na TOS – o legislador não deixou expressa, de forma imediata, a inoperatividade da norma, tendo vindo a fazê-lo mais tarde, com a aprovação do disposto no já mencionado n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, ao aí afirmar que “tendo em conta a avaliação referida no número anterior [o estudo encomendado ao regulador sobre o impacto económico da modificação legislativa pretendida pelo artigo 85.º da Lei n.º 42/2016], o Governo procede à alteração do quadro legal em vigor, nomeadamente em matéria de repercussão das taxas na factura dos consumidores”.

Podemos assim concluir que – contrariamente até ao que desejariam algumas forças políticas parlamentares, como é o caso do PCP que apresentou uma proposta de lei no sentido de imprimir retroactivamente eficácia operativa directa à norma do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, por via de uma alegada interpretação autêntica da mesma⁴⁸ – o Governo e os municípios sempre interpretaram e assumiram que o disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 era um preceito normativo que carecia de alterações legislativas posteriores em outros diplomas legais – designadamente na lei das comunicações e no regime jurídico da distribuição de gás natural ou na lei do regime geral das taxas das

⁴⁴ De resto, a própria ANMP, em comentário ao artigo, no parecer que emitiu sobre esta proposta de lei afirmou expressamente que “parece decorrer que, no que à taxa municipal de direitos de passagem diz respeito, que a taxa será calculada, quando a Lei das Comunicações electrónicas for alterada, em função da ocupação linear” – parecer disponível em www.parlamento.pt.

⁴⁵ Estaríamos perante um caso de *facto do príncipe* o que poderia justificar a emergência de litígios jurídico-contratuais, constituição de tribunais arbitrais e o reconhecimento aos concessionários de indemnizações que, em último termo, acabam por agravar as tarifas finais dos consumidores de gás, o que significaria que os únicos beneficiados com esta solução seriam os municípios, que poderiam arbitrar e desregulamente exigir taxas às empresas concessionárias da distribuição de gás natural – sobre o regime jurídico do *facto do príncipe* e a sua projecção ou consequências nos contratos, em geral, Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra, Almedina, 2015, reimp. da ed. de 2014, pp. 407 a 628 e, em especial, as pp 621 a 695 e as pp 695 a 733, e o estudo monográfico de Cláudia Saavedra PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2012, e bibliografia aí citada.

⁴⁶ Uma ineficiência que estaria também associada à inexistência de quadros legais rígidos de referência para a fixação do valor daquelas taxas o que poderia, por absurdo, originar uma situação de constantes pedidos de reequilíbrio económico-financeiro dos contratos, por partes dos operadores das redes ao Estado concedente, por efeito de alterações dos valores dessas taxas, aprovadas em assembleia municipal.

⁴⁷ V. o estudo da ERSE elaborado nos termos do n.º 4 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017.

⁴⁸ Cf. Projecto de Lei n.º 583/XIII/2.ª.

autarquias locais, cuja revisão estava, de resto prevista e autorizada pelo artigo 86.º da Lei n.º 42/2016 – para poder produzir os seus efeitos jurídicos em concreto, o que, até ao momento, não sucedeu.

Assim, e até que as referidas alterações legislativas vejam a ter lugar, a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 é parcialmente ineficaz, não conseguindo projectar os seus efeitos na realidade.

Para além de este resultado – parcial ineficácia da norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 – ser obtido a partir da interpretação sistemática do preceito, como sublinhámos antes, ele é também o produto de uma correcta tarefa metodológica que tenha em conta, como se impõe, o cânone interpretativo do concreto resultado social da decisão⁴⁹ ou, “*consequentialist arguments*” na expressão de MacCormick⁵⁰.

Como nos ensina a doutrina, este cânone não se confunde com o da teleologia da norma, embora esta intimamente relacionado com ele, ou seja, o intérprete deve ter presente *a finalidade normativa a cumprir pela norma* – no caso essa finalidade consiste em deixarem de ser exigidos directamente aos utentes dos serviços de comunicações e de gás natural os montantes que os municípios cobram, respectivamente, a título de taxa municipal de direitos de passagem e de taxa de ocupação do subsolo, passando os mesmos a ser suportados pelas empresas de comunicações e concessionárias da distribuição –, mas também os *efeitos externos e reais* que decorrem da sua aplicação aos casos concretos – no caso, as consequências que decorrem dessa modificação (sobretudo se descontrolada como seria o caso no gás natural) do regime para as empresas que exploram esses serviços, para o interesse público e também para os utentes dos próprios serviços, sempre que venham a ser afinal afectados na segurança, fiabilidade ou qualidade dos mesmos.

⁴⁹ Sobre a importância dos efeitos sociais da decisão na interpretação normativa v., por todos, António CASTANHEIRA NEVES, Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais, Coimbra Editora, 1993, pp. 197ss.

⁵⁰ Cf. Niel MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, reimpressão de 2003, pp. 170.

Ora, no caso concreto, uma desregulação pura e simples da TOS através da proibição expressa dos mecanismos da repercussão directa e indirecta do seu valor sobre os utentes, como até aqui estava legal e contratualmente estipulado, teria não apenas efeitos fácticos desastrosos, pelo que não pode ser esse o sentido a atribuir à norma enquanto produto de um legislador razoável – ou relativamente ao qual, pelo menos, se deve presumir que actua segundo os parâmetros da razoabilidade (adequação global das decisões que toma) – o que equivale a dizer que não pode um intérprete que utilize correctamente os cânones metodológicos concluir que aquele preceito é imediatamente operativo, como ainda afrontaria directamente a regulação contratual, que, neste tipo de contratos-regulatórios consubstancia um nível equiparável ao da normação paralegal⁵¹.

Assim, respondendo directamente à primeira parte da primeira questão que nos foi formulada diremos que *os Operadores das Redes de Distribuição de gás natural (ORD) podem continuar a repercutir nos consumidores, a partir de 2018, as taxas de ocupação do subsolo pagas desde 2017 aos municípios, ao abrigo do Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – MPTOS (aprovado pela Directiva n.º 18/2013, ERSE), até que o legislador proceda às alterações necessárias no quadro legislativo em vigor que permitam tornar operativo o disposto n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro.*

2.1. O artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 e o facto do príncipe

Referimos atrás que, caso se entendesse (ou caso se entenda) que a norma em causa reúne em si todas as condições para poder produzir os efeitos que lhe são próprios, dificilmente poderia ser afastada a invocação da "cláusula geral" do *facto do príncipe*, a suscitar, como possíveis consequências, a emergência de litígios jurídico-contratuais, constituição de tribunais arbitrais e o reconhecimento aos concessionários de indemnizações, por a alteração visada consubstanciar uma modificação legal que se projectaria no regime dos contratos de concessão em vigor, alterando unilateralmente o equilíbrio económico-financeiro das prestações das partes.

⁵¹ Sobre os contratos regulatórios (ou regulação por contrato), Pedro Costa GONÇALVES, *Regulação administrativa e contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 987-1023, Peter VINCENT-JONES, *The regulation of contractualisation in quasi-markets for public services*, in *Public Law*, 1999, pp 304 e ss., Fiona WOOLF, *Regulation by contract: an old idea with some new solutions*, in *Utilities Law Review*, 2003, n.º 4, pp 118 e ss., Jan FREIGANG, *Verträge als Instrumente der Privatisierung, Liberalisierung und Regulierung*, in *der Wasserwirtschaft, Duncker & Humblor*, 2009, pp 290 e ss., J.A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion* Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 11 e segs. e 27 e ss., Tonci BAKOVIC, Bernard TENENBAUM & Fiona WOOLF, *Regulation by contract – a new way to privatize electricity distribution?*, Washington, D.C., The World Bank, 2003.

E, na verdade, revelar-se-ia difícil afastar a procedência daquela cláusula geral, na medida em que, no caso, se encontrariam preenchidos os pressupostos de que a generalidade da doutrina faz depender a respectiva aplicação, mesmo à luz de uma leitura mais estrita.

No essencial e em termos muito breves (e numa leitura mais estrita), a cláusula do *facto do princípio* integra, em geral, todo os actos de poder que tenham por fonte uma causa exterior à relação contratual administrativa e que sobre esta se repercutam ou produzam efeitos directos e imediatos. Ou seja, trata-se de actos de poder exteriores ao contrato ou de actos de poder exercidos num plano extracontratual, mas que interferem sobre um determinado contrato administrativo. Estes actos podem provir de diversas fontes- isto é, da própria Administração, do Governo no exercício da função legislativa, da Assembleia da República ou até do mero exercício da função política - e revestir diversa natureza (actos administrativos, regulamentos, decretos-lei, leis e actos meramente políticos).

Para além das típicas e clássicas interferências por via administrativa, é, neste quadro, que surgem as situações em que o Governo, no exercício da função legislativa, interfere em relações contratuais por si mesmo celebradas. Trata-se das, em geral, designadas decisões de II soberania político-legislativa" – isto é, decisões adoptadas de modo geral e abstracto ou através de uma lei ou de uma mediada política concreta – que intervêm sobre contratos administrativos⁵² Mas estas decisões de II soberania político-legislativa" podem igualmente ter por fonte ced1pre a Assembleia da República, não sendo (como, aliás, é sabido) inédito que tal suceda (ou sucedesse).

E, no caso concreto, o *facto do princípio* seria incontornavelmente imputado a um terceiro, isto é, a um órgão do Estado exterior à relação contratual – a Assembleia da República, que, no exercício da função político-legislativa, adoptava um regime que se projectaria directa e imediatamente sobre relações contratuais administrativas pré-existente, alterando ou modificando unilateralmente o conteúdo ou o regime substantivo destas. Do ponto de vista formal, o *facto do princípio* assumiria ou produzir-se-ia através e sob a forma de lei- precisamente a Lei n.0 42/2016.

Se – e na medida em que – tais interferências exteriores e unilaterais provoquem alterações na equação económico-financeira do contrato administrativo, torna-se praticamente inevitável o apelo a um outro instituto clássico do Direito Administrativo (e do Direito Civil)- o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, que, aliás, o Código dos Contratos Públicos prevê expressamente (artigo 314.0), a impor a reconstrução da igualdade contratual por via económica/financeira.

⁵² Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pp 281 e ss.

Caso, porventura, se atribua à citada norma um efeito jurídico "imediatamente operativo" e, encontrando-se reunidos os referidos pressupostos do *facto do príncipe*, a probabilidade da emergência de consequências indemnizatórias tem de admitir-se como natural, seja por via do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, seja, inclusivamente, numa outra perspectiva doutrinal, por força de uma autónoma invocação da "indemnização pelo sacrifício", nos termos do regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Lei n.º 67 /2007, de 31 de Dezembro, em especial o seu artigo 16.º).

Por último, cumpre analisar o papel da ERSE no contexto da concreta aplicação do direito. É o que faremos de seguida.

3. A posição da ERSE enquanto intérprete do direito e responsável pela sua aplicação no âmbito das relações jurídico-regulatórias

Por último, uma palavra é devida sobre o papel da ERSE, enquanto autoridade reguladora do sector energético, na interpretação e aplicação do direito em geral e, particularmente, no caso concreto do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016.

A ERSE é, segundo os respectivos estatutos⁵³, uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, o que significa que se inscreve no âmbito das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, cuja lei-quadro foi aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto.

Em termos orgânico-funcionais, a mencionada Lei-quadro n.º 67/2013 estipula que, no âmbito do princípio da especialidade (artigo 12.º), "sem prejuízo da observância do princípio da legalidade no domínio da gestão pública, e salvo disposição expressa em contrário, a capacidade jurídica das entidades reguladoras abrange a prática de todos os actos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as obrigações *necessárias à prossecução das suas atribuições*". E o artigo 40.º do mesmo diploma elenca, exemplificativamente, os poderes que estas entidades podem exercer no âmbito dos respectivos estatutos, entre os quais se incluem os de: "*implementar as leis e demais regulamentos aplicáveis ao respectivo sector de actividade*", "*pronunciarem-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo,*

⁵³ Os estatutos da ERSE foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, cuja redacção foi entretanto alterada pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho.

sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à regulação do respectivo sector de actividade” e de “*formular sugestões* com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório”.

No caso dos estatutos da ERSE, podemos destacar, de entre as atribuições referidas no artigo 3.º, os deveres de “proteger os direitos e os interesses dos consumidores”, “assegurar a existência de condições que permitam a obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte das actividades dos sectores regulados exercidos em regime de serviço público, quando geridas de forma adequada e eficiente” e “contribuir para a progressiva melhoria das condições económicas, qualitativas, técnicas e ambientais dos sectores regulados, estimulando, nomeadamente, a adopção de práticas que promovam a eficiência energética e a existência de padrões adequados de qualidade de serviço” e ainda “colaborar com a Assembleia da República e com o Governo na formulação das políticas e dos diplomas respeitantes ao sector energético integrados no âmbito da sua regulação”.

Deste arrazoado normativo retiramos duas ilações essenciais: *i)* primeiro, que o legislador reconhece que a ERSE tem um papel relevante no contexto da *implementação da legislação sectorial* e que tem uma função de *colaboração na formulação das políticas*; *ii)* segundo, que o legislador reconhece que a ERSE é a entidade mais bem posicionada para, em concreto, alcançar a protecção dos consumidores ao mesmo tempo que assegura as condições económicas adequadas ao bom funcionamento do sector.

Assim, este quadro legal de atribuições e de poderes funcionais da ERSE hão-de ter um reflexo concreto na sua actividade, quer enquanto entidade que interpreta e *implementa* a legislação, quer no âmbito do seu espaço de discricionariedade técnica, quando regulamenta e toma decisões ou mesmo aplica sanções. Interessa, pois, perceber como é que estas dimensões se projectam no caso concreto.

É importante começar por lembrar que a ERSE é uma entidade administrativa e que, no quadro orgânico-funcional nacional, o seu “regime de independência” não significa uma “interrupção” da sua subordinação ao princípio da legalidade. De resto, o artigo 2.º dos respectivos estatutos é muito claro nesta matéria: “a ERSE rege-se pelo disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras, na legislação sectorial, nos Estatutos, nos seus regulamentos internos e, supletivamente, no que respeita à sua gestão financeira e patrimonial, pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais”, sendo a mesma “*independente no exercício das suas funções, nos termos previstos na lei*, não estando sujeita a superintendência ou a tutela governamental, sem prejuízo do disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras e no artigo 58.º”.

Esta independência é, portanto, uma *independência dos poderes de ingerência do Governo* enquanto órgão de condução das políticas públicas no sentido de o mesmo *não poder “dirigir recomendações ou emitir directivas ao conselho de administração da ERSE sobre a actividade reguladora desta entidade, nem sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução”,* sem prejuízo da subordinação devida pela ERSE àquele em matéria de aprovação do orçamento anual e respectivo plano plurianual, do balanço e do relatório e contas, bem como da autorização prévia da aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei, da aceitação de doações, heranças ou legados e da criação de delegações territorialmente desconcentradas (artigo 58.º dos Estatutos da ERSE). Isto significa que *o Governo pode, “nos termos constitucionais e legais, fixar as orientações gerais de política energética, designadamente em matérias relacionadas com segurança de abastecimento, protecção dos direitos dos consumidores, negociação e celebração de acordos internacionais na área da energia, eficiência energética, sustentabilidade ambiental e sustentabilidade do Sistema Eléctrico Nacional (SEN)”* (n.º 3 do artigo 2.º dos Estatutos da ERSE), *mas não pode imiscuir-se na concretização e no modo de realização dos regimes jurídicos.*

É bem certo que entre nós o *recorte funcional da independência da regulação* se tem revelado uma tarefa difícil, quer pelo contexto da organização constitucional dos poderes – um Governo que tem poderes legislativos próprios e uma constituição que não reconhece uma reserva de administração oponível ao poder do legislador, que vá além da mera reserva de decreto-lei em matéria de organização e funcionamento do próprio governo, permite discussões teórico-dogmáticas permanentes e litígios orgânico-funcionais sobre problemas como a validade das leis medida e dos actos administrativos contidos em normas legais – quer pelos diversos exemplos que se têm registado ao longo destes anos de falta de predisposição do Governo (quando não do Parlamento) para reconhecer esse *espaço de independência funcional da regulação* e se autoconter⁵⁴.

Apesar das dificuldades apontadas, é hoje pacífico na doutrina o reconhecimento de que existe uma *discricionariedade regulatória* e que a habilitação da entidade reguladora para o exercício desses poderes resulta do leque de atribuições que a lei lhe confere para assegurar o bom funcionamento dos sectores regulado, assim como a implementação do quadro legal ao respectivo sector⁵⁵.

⁵⁴ Sobre a regulação, entre nós, por todos, Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997; Vital MOREIRA, Fernanda MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Estudos CEDIPRE, Coimbra Editora, 2003; Pedro COSTA GONÇALVES, *Estudos de Regulação Pública II*, Estudos CEDIPRE, Coimbra Editora, 2015; João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Agências de Regulação da União Europeia*, Gestlegal, 2017.

⁵⁵ Cf. Suzana TAVARES DA SILVA, *O Sector Eléctrico Perante o Estado Incentivador, Orientador e Regulador*, Dissertação de Doutoramento na Universidade de Coimbra, inédito, 2008, pp. 74 e Marta VICENTE, *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra Editora, 2012.

É neste contexto – no âmbito dos seus poderes de *discricionariedade regulatória* – que podemos desde logo inscrever a aprovação pela ERSE do Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – MPTOS (aprovado pela Directiva n.º 18/2013, ERSE).

Para além dos casos em que expressamente o legislador *delega* na ERSE o *poder de regular* e dos casos em que a ERSE *encontra nas normas gerais* do seu estatuto, na lei-quadro das entidades reguladoras e na legislação sectoriais a *habilitação para regular*, que depois se traduz na adopção dos instrumentos mais adequados – seja em termos formais na aprovação de regulamentos, adopção de actos ou aplicação de sanções, seja em termos mais *soft* na emissão de avisos ou recomendações – importa ainda sublinhar a *tarefa da ERSE como intérprete das soluções legais* tendo em vista a determinação do respectivo sentido.

É bem certo que a *grande diferença* que existe entre os casos em que ERSE *actua ao abrigo de poderes discricionários de regulação* e aqueles em que apenas *interpreta e aplica os comandos legislativos* que vinculam a sua actuação se prende com os poderes de controlo judicial da sua actuação. Se no primeiro caso o controlo judicial enfrenta os *limites funcionais* próprios do controlo da actividade discricionária, tendo de autoconter-se à verificação do cumprimento dos princípios gerais da actuação administrativa e da observação dos pressupostos legais desse espaço de actuação, no segundo caso, o *juízo interpretativo* a que a entidade reguladora chega é, em tese, *livremente sindicável* pelo tribunal e, em tese, não o vincula.

Ora, no caso em apreço, quando a ERSE determina o sentido do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 encontra-se, fundamentalmente, neste segundo plano, ou seja, formula um *juízo interpretativo* que é, em tese, *sindicável* pelo tribunal.

E sublinhamos, em tese, porque consideramos que neste particular têm razão os autores que dão destaque à necessidade de se estabelecer, também aqui, algumas *diferenças metodológicas no âmbito do controlo judicial da actividade das autoridades reguladoras independentes* quando, mesmo ao abrigo de poderes vinculados, procuram, no quadro de legalidade que determina e baliza a sua actuação, estabelecer as soluções concretas para o funcionamento do sector regulado, tendo em conta o seu quadro de atribuições. Referimo-nos ao que na doutrina norte-americana se costuma designar pela rejeição de uma *“rigid rule application”* que tem como consequência no plano da *“legal ou rule adjudication”*, o reconhecimento do *princípio da interpretação em conformidade com os resultados da*

regulação económica no contexto da *judicial deference*⁵⁶. Solução que, em nosso entender, está também acolhida do direito positivo nacional quando o legislador prefere o uso do conceito de “*implementação da lei*” em vez do tradicional “*aplicação da lei*”. Vejamos porquê.

Em qualquer tarefa hermenêutica (de *legal reasoning*) o aplicador da norma jurídica tem de estabelecer o sentido do enunciado (a intencionalidade da norma) e depois deve proceder à sua aplicação à realidade (aos casos concretos), estabelecendo uma solução jurídica que seja assimilável pelo sistema jurídico, ou seja, que possa considerar-se também conforme com as restantes regras e com os princípios jurídicos. Quando o tribunal, instado a pronunciar-se sobre um caso, é confrontado com o resultado da interpretação e aplicação prática do direito realizado por uma entidade administrativa, ele não fica vinculado pelo sentido normativo que essa entidade extraiu a partir do enunciado da norma, mas não pode deixar de conhecer a diferença do que a doutrina designa, entre nós, como “*autoria e fiscalização*”⁵⁷.

Com efeito, a *decisão*, que se identifica com a “*autoria*” pressupõe um conhecimento completo das circunstâncias e uma responsabilidade para quem tem de definir as regras e condicionar os actos dos regulados, sem esquecer que, no caso das autoridades reguladoras, a entidade está nessa tarefa também a cumprir e promover os fins da regulação económica do sector em que actua. Já quem *fiscaliza* aquelas decisões actua como “2.º intérprete” e ao mesmo tempo que analisa a questão com imparcialidade, analisa-a também com o distanciamento de quem não decide, pelo que a sua abordagem deve centrar-se na “*realização de testes de juridicidade*” para verificação da conformidade normativa da actuação decisória.

É esta abordagem da *fiscalização* como metódica diferente da *autoria* que traduz, entre nós – no plano geral da actividade administrativa e, por maioria de razão, no plano da actividade reguladora administrativa de forma mais vincada – o que no mundo anglo-saxónico se denomina como *deferência (deference)* para com o regulador.

De acordo com os princípios da *administrative law* existem quatro razões essenciais para que o controlo judicial da actividade administrativa (*judicial review*) adopte uma posição de *deference*, ou seja, que acabe por acatar a resposta que a uma questão foi dada pelo decisor inicial sempre que reconheça que existem fundamentos para não sobrepor a sua (do tribunal) decisão àquela. Essas razões são: *i*) os

⁵⁶ Sobre o tema *v.*, por todos, desenvolvidamente, Matthew LEWANS, *Administrative Law and Judicial Deference*, Bloomsbury, 2016.

⁵⁷ *Cf.*, entre nós, por todos, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 15.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 83ss.

casos em que o legislador concede discricionariedade à administração (*legal allocation of power*); *ii*) as situações de *expertise*, ou seja, quando a entidade que decide tem conhecimento técnico especializado ou uma posição politicamente privilegiada, o que incluiu a regulação; *iii*) sempre que a entidade que decide está sujeita a controlo político (*political responsibility*); e ainda quando a entidade que decide adopta as suas decisões segundo um procedimento participado e democrático que lhe permite alcançar um conhecimento da vontade dos administrados que o tribunal não poderá sindicar (*processes*)⁵⁸.

A jurisprudência britânica destaca, porém, que a *deference* com base na *expertise* só pode ser judicialmente atendível se a entidade pública não só invocar este argumento, como ainda demonstrar que no caso concreto fez uso dele para a sua tomada de decisão⁵⁹.

Queremos com isto dizer, em suma, o seguinte: *i*) que a ERSE na *decisão* do modo como deve interpretar e aplicar o disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 há-de ter em consideração que está no domínio de uma actuação vinculada e não discricionária; *ii*) porém, essa norma não é, como vimos, *self-executing*, antes impondo à ERSE a formulação de um juízo, com a responsabilidade e o peso de quem tem de assegurar as finalidades que lhe foram legalmente confiadas no âmbito da regulação do sector, sobre o sentido da norma em si e as consequências práticas da sua aplicação; *iii*) que o resultado a que a ERSE deve chegar há-de ser necessariamente informado pela sua *expertise* como regulador do sector e há-de corresponder a um espaço de decisão próprio de uma tarefa de implementação da lei; *iv*) que é precisamente o reconhecimento desse contributo diferenciado da autoridade reguladora na interpretação e coadjuvação na realização do sentido contido naquela norma que o legislador Governo expressa e tem presente quando no artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 “chama” esta entidade como coadjuvadora para a realização do sentido da primeira norma⁶⁰; *v*) que a ERSE não pode nem deve, por força da sua responsabilidade perante os regulados e o compromisso com os objectivos de interesse público, ignorar os resultados do estudo que realizou por incumbência do expressa do Governo legislador e que mostram os riscos da decisão; e, por último, *vi*) que não obstante entre nós a independência da regulação ser um pressuposto nem sempre respeitado pelo legislador, do mesmo modo que o controlo judicial tender a adoptar uma posição deferente para com os espaços de valoração próprios dos reguladores apenas nos casos de discricionariedade por via legal, tal não deve

⁵⁸ Sobre o significado e os fundamentos da *deference* v., por todos, Timothy ENDICOTT, *Administrative Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2015, pp. 234ss.

⁵⁹ Cf. BEATSON, MATTHEWS, ELLIOTT's, *Administrative Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2005, pp. 278ss.

⁶⁰ À semelhança, de resto, do que já havia sucedido antes quando, aí por delegação expressa na cláusula dos contratos de concessão a havia incumbido de fiscalizar e operacionalizar o modo como os concessionários deveriam repercutir sobre os consumidores finais os montantes pagos aos municípios a título de TOS.

ser suficiente para afastar a ERSE do compromisso da sua missão no contexto da correcta aplicação do direito, que, no caso presente, se reconduz ao reconhecimento da ineficácia parcial do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 até que o legislador aprove as novas regras sobre o regime de repercussão da TOS.

Assim, respondendo uma vez mais de forma directa à segunda parte da primeira questão que a ERSE nos formulou, podemos dizer que *a ERSE deve manter o quadro regulamentar em vigor – referimo-nos ao Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – MPTOS (aprovado pela Directiva n.º 18/2013, ERSE) – até que o legislador aprove o regime jurídico em falta, regime jurídico esse que permitirá, então, tornar operativa a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016.*

Do mesmo modo, em resposta à segunda questão formulada pela ERSE, diremos que *é dever funcional da ERSE compatibilizar os direitos patrimoniais dos ORD e a obrigação estatutária de garantir o equilíbrio económico-financeiro das actividades reguladas com as disposições legais que sejam susceptíveis de os colocar em causa e que esse dever se repercute inevitavelmente na interpretação que é chamada a fazer daqueles preceitos sempre que a norma reclame por parte da ERSE uma actividade de implementação do direito. Na prática, esse dever traduz-se em carrear para o âmbito do esforço hermenêutico que empreende a sua expertise na busca do sentido normativo abstracto que seja adequado à realização em concreto das normas jurídicas aplicáveis.*

Conclusões

Por tudo quanto foi dito podemos concluir o seguinte:

1. Em 1989, aquando da instalação em Portugal do serviço de gás natural, o legislador optou por um regime de concessão da actividade de distribuição de gás natural, em exclusivo e em regime de serviço público, sendo essas concessões aprovadas em Conselho de Ministros.

2. O legislador nunca adoptou nenhuma solução expressa sobre o regime financeiro municipal referente à implantação das infra-estruturas de gás natural no subsolo dos municípios, contrariamente ao que sucedeu com as infra-estruturas de redes de comunicações – para as quais o Estado impôs o regime das taxas municipais de direitos de passagem, reguladas no artigo 105.º das Lei das Comunicações Electrónicas – e com as infra-estruturas das redes de distribuição de energia eléctrica em BT – que estão, por disposição legal, isentas do pagamento de taxas como contrapartida pelo pagamento das rendas, cujos valores estão fixados no Decreto-Lei n.º 230/2008.

3. A inexistência de regulação estadual expressa da matéria permitiu aos municípios, com base no seu poder tributário municipal, constitucionalmente reconhecido e legalmente conformado pela lei das finanças locais, instituir as denominadas taxas de ocupação do subsolo por infra-estruturas de gás natural, que passaram a liquidar às empresas concessionárias, as quais, por estarem subordinadas a **um** regime de regulação económica da actividade por parte da ERSE, não podiam livre e ocultamente repercutir o montante dessas taxas nos preços cobrados aos utentes a título de fornecimento do serviço.

4. Após diversos litígios judiciais sobre a matéria, a jurisprudência constitucional e administrativa reconheceu que a cobrança daqueles tributos pelos municípios era legítima, acabando o legislador por tornar inquestionável a respectiva habilitação jurídica com a aprovação, em 2006, do regime geral das taxas das autarquias locais.

5. Apesar de solucionado o diferendo no plano jurídico-tributário entre as concessionárias e os municípios, existia uma situação de alteração do equilíbrio económico-financeiro das concessões, que o Estado, através do Governo concedente, entendeu que deveria ser suprida mediante a consagração, em sede de revisão dos contratos de concessão, que teve lugar em 2008, do direito das concessionárias a repercutirem o valor das taxas de ocupação do subsolo sobre os consumidores finais do serviço, segundo a supervisão da ERSE.

6. É no seguimento daquela modificação contratual (e normativa no caso dos operadores que exerciam a actividade em regime de licença) que a ERSE aprova não só as necessárias alterações aos regulamentos tarifário e das relações comerciais, como ainda um Manual de procedimentos para a repercussão da TOS, que actualmente consta da Directiva n.º 18/2013.

7. De acordo com este quadro geral, desde 2008 que os concessionários e as empresas licenciadas que exercem a actividade de distribuição de gás natural pagam anualmente aos municípios a TOS e depois, no ano seguinte, repercutem o respectivo valor sobre os consumidores finais, segundo as regras fixadas pela ERSE, que visam desde logo assegurar que os montantes repercutidos apenas dizem respeito aos valores efectivamente suportados a título de pagamento daquele tributo.

8. Acresce que, segundo a metodologia estipulada pela ERSE, o valor repercutido era identificado de forma autónoma na factura, permitindo aos munícipes saber perfeitamente quanto é estavam a pagar para o concessionário a título de fornecimento do serviço e quanto é que se destinava a receitas do município a título de TOS, o que funcionava como um “elemento-travão” do valor daquela taxa.

9. Em 2016, a Lei que aprovou o orçamento do Estado para 2017 (Lei n.º 42/2016), previa, no n.º 3 do artigo 85.º, que a taxa municipal de direitos de passagem e a TOS seriam pagas pelas empresas operadoras das infra-estruturas, não podendo as mesmas ser repercutidas nas facturas dos consumidores.

10. Já em 2017, o artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, diploma que estabelece as normas de execução do orçamento do Estado para 2017, viria acrescentar mais algumas regras sobre o modo de cálculo da taxa municipal de direitos de passagem e da TOS, bem como impor às entidades reguladoras sectoriais que elaborassem um estudo sobre as consequências daquele regime jurídico no equilíbrio económico-financeiro das empresas operadoras das infra-estruturas, acrescentando ainda, no n.º 5 do referido artigo 70.º, que, tendo por base aqueles estudos, o Governo procederia então à alteração do quadro legal em vigor, nomeadamente em matéria de repercussão das taxas na factura dos consumidores.

11. A ERSE concluiu no seu estudo que: *i)* ao deixar de repercutir-se sobre os consumidores seria expectável um aumento significativo da TOS por parte dos municípios e que esse aumento, a médio prazo, era capaz de comprometer o equilíbrio económico-financeiro das concessões de distribuição do gás; *ii)* a admitir-se que a TOS pudesse ser repercutida de forma indirecta (por via de repercussão económica) sobre os consumidores finais, era possível que estes procurassem fontes alternativas

de energia, comprometendo a sustentabilidade financeira futura de todo o sector; e ainda *ii*) caso a TOS deixasse de ser repercutida, directa ou indirectamente sobre os consumidores finais, o equilíbrio económico-financeiro de vários ORD seria posto em causa a médio prazo, o que não só inviabilizaria novos investimentos e, com isso, a inovação tecnológica do sector, como ainda poderia pôr em risco a segurança do sistema, tanto técnica, como económica.

12. Durante todo o ano de 2017 a ERSE autorizou os ORD a repercutirem sobre os consumidores finais o valor das TOS que estes haviam pago aos municípios no ano de 2016, não existindo aqui qualquer dúvida sobre a legalidade da repercussão, na medida em que as regras regulamentares em vigor eram claras quanto à repercussão do valor sempre no ano seguinte àquele em que o operador havia suportado o tributo.

13. De resto, era expectável que, em 2018, o Governo legislador já tivesse aprovado o novo quadro legal sobre a matéria, algo que, até à data, ainda não ocorreu.

14. Sucede, contudo, que sem a aprovação deste regime jurídico por parte do Governo não é possível considerar que tenha existido uma alteração normativa eficaz do quadro jurídico em vigor.

15. Com efeito, a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 é um “cavaleiro orçamental”.

16. Contra o que é a opinião de uma parte da doutrina constitucional, o Tribunal Constitucional sempre tem afirmado entre nós que na falta de uma disposição constitucional ou de uma norma de lei de valor reforçado que expressamente proíba esta prática, a mesma é indesejável, mas terá de considerar-se compatível com a constituição, pelo menos sempre que as normas em causa apresentem “conexão mínima” com matéria financeira e orçamental.

17. Em nosso entender, não é possível descortinar no conteúdo do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 uma relação com questões de natureza financeira ou orçamental – nem com o Orçamento do Estado, nem com os orçamentos municipais –, limitando-se a mesma a impor a obrigação de que aquele tributo passe a constituir um encargo para as empresas privadas que exploram redes de distribuição de gás natural em regime de concessão.

18. Daqui decorrem consequências relevantes: *i)* a norma em causa não tem natureza orçamental e, nessa medida, a sua vigência não se esgota com o termo do ano fiscal; *ii)* a aplicarem-se os critérios que foram definidos pela jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional sobre esta matéria, a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 deveria ser declarada inconstitucional por não ter “conexão mínima” com matéria financeira e orçamental.

19. Para além do problema de validade (conformidade constitucional da norma), e independentemente deste, a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 é também *ineficaz*.

20. A norma, embora estruturalmente perfeita, não reúne todas as condições necessárias para produzir os efeitos que lhe são próprios, como resulta da vontade expressa do legislador no n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 e, para além disso, dos próprios resultados da sua interpretação jurídica.

21. O n.º 3 artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, por ser uma “norma cavaleiro orçamental”, encontra-se no mesmo plano normativo que o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, tendo ambas o mesmo valor paramétrico e em que uma – o n.º 5 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 – é posterior à outra – ao n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 –, aplicando-se, por isso, a regra *lex posterior derogat priori*.

22. Assim, a norma posterior no tempo projecta sobre a primeira os seus efeitos jurídicos, derrogando aqueles que com ela se não compatibilizarem, o que significa, *no caso*, que o disposto no n.º 5 do referido artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, é uma clarificação – podendo também interpretar-se como uma derrogação dos efeitos imediatos da primeira – de que a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 não era uma norma imediatamente operativa, mas tão só uma norma cuja eficácia ficava dependente de uma modificação do quadro regulatório da taxa de ocupação do subsolo, desde logo para assegurar que o quadro legal da taxa seria adequado a neutralizar um eventual descontrolo no exercício do poder tributário municipal que pudesse pôr em causa o imediato equilíbrio económico-financeiro das concessões.

23. Mas mesmo sem a clarificação do n.º 5 do referido artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 já era possível afirmar que sem a aprovação do regime legal sobre a repercussão da TOS, a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 era parcialmente ineficaz, como se infere da respectiva interpretação jurídica.

24. Se mobilizarmos correctamente o cânone interpretativo do concreto resultado social da decisão, verificamos que existem elementos externos à norma (ao n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016) que *obstam à sua capacidade de projectar os respectivos efeitos na realidade fáctica, sejam outras normas* (caso consideremos que as cláusulas do contrato de concessão têm, neste caso, um carácter regulatório), seja porque os resultados fácticos decorrentes da sua imediata operatividade não são assimiláveis pelo sistema jurídico e é impossível imputá-los a um *legislador razoável* sem suscitar problemas de “concordância dogmática”, designadamente com a necessária regulação económica do sector.

25. Concluímos, em suma, que a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 é parcialmente ineficaz, seja porque em si não reúne as condições necessárias para projectar os seus efeitos na realidade, seja porque o legislador expressamente explicitou o condicionamento da produção dos efeitos até ao momento da entrada em vigor do novo regime jurídico sobre a repercussão da TOS.

26. A ERSE é a autoridade reguladora do sector energético e está legal e estatutariamente habilitada para, com independência dos poderes de ingerência do Governo, promover a implementação do quadro legal do sector energético de acordo com a garantia do seu bom funcionamento, tarefa no âmbito da qual lhe incumbe interpretar o disposto no mencionado n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016.

27. No âmbito desta tarefa de interpretação normativa das leis que regulam o sector, o juízo interpretativo da ERSE é sindicável pelo tribunais.

28. No âmbito desta tarefa interpretativa que a ERSE tem de exercer no quadro dos poderes funcionais em que se inscreve a sua missão importa destacar que:

i) a ERSE, na *decisão* do modo como deve interpretar e aplicar o disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, há-de ter em consideração que está no domínio de uma actuação vinculada e não discricionária;

ii) porém, essa norma não é, como vimos, *self-executing*, antes impondo à ERSE a formulação de um juízo, com a responsabilidade e o peso de quem tem de assegurar as finalidades que lhe foram legalmente confiadas no âmbito da regulação do sector, sobre o sentido da norma em si e as consequências práticas da sua aplicação;

iii) que o resultado a que a ERSE deve chegar há-de ser necessariamente informado pela sua *expertise* como regulador do sector e há-de corresponder a um espaço de decisão próprio de uma tarefa de implementação da lei;

iv) que é precisamente o reconhecimento desse contributo diferenciado da autoridade reguladora na interpretação e coadjuvação na realização do sentido contido naquela norma que o legislador Governo expressa e tem presente quando no artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 25/2017 “chama” esta entidade como coadjuvadora para a realização do sentido da primeira norma;

v) que a ERSE não pode nem deve, por força da sua responsabilidade perante os regulados e o compromisso com os objectivos de interesse público, ignorar os resultados do estudo que realizou por incumbência expressa do Governo legislador e que mostram os riscos da decisão; e, por último,

vi) que não obstante entre nós a independência da regulação ser um pressuposto nem sempre respeitado pelo legislador, do mesmo modo que o controlo judicial tender a adoptar uma posição deferente para com os espaços próprios de valoração da regulação apenas nos casos de discricionariedade por via legal, tal não deve ser suficiente para afastar a ERSE do compromisso da sua missão no contexto da correcta aplicação do direito, que, no caso presente, se reconduz ao reconhecimento da ineficácia parcial do disposto no n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 até que o legislador aprove as novas regras sobre o regime de repercussão da TOS.

29. Em suma, respondendo de forma directa às questões formuladas, diremos que:

i) os Operadores das Redes de Distribuição de gás natural (ORD) podem continuar a repercutir nos consumidores, a partir de 2018, as taxas de ocupação do subsolo pagas desde 2017 aos municípios, ao abrigo do Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – MPTOS (aprovado pela Directiva n.º 18/2013, ERSE), até que o legislador proceda às alterações necessárias no quadro legislativo em vigor que permitam tornar operativo o disposto n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro;

ii) a ERSE deve manter o quadro regulamentar em vigor – referimo-nos ao Manual de Procedimentos para a Repercussão das Taxas de Ocupação do Subsolo – MPTOS (aprovado pela Directiva n.º 18/2013, ERSE) – até que o legislador aprove o regime jurídico em falta, regime jurídico esse que permitirá, então, tornar operativa a norma do n.º 3 do artigo 85.º da Lei n.º 42/2016;

iii) é dever funcional da ERSE compatibilizar os direitos patrimoniais dos ORD e a obrigação estatutária de garantir o equilíbrio económico-financeiro das actividades reguladas com as disposições legais que sejam susceptíveis de os colocar em causa e que esse dever se repercute inevitavelmente na interpretação que é chamada a fazer daqueles preceitos sempre que a norma reclame por parte da ERSE uma actividade de implementação do direito. Na prática, esse dever traduz-se em carrear para o âmbito do esforço hermenêutico que empreende a sua expertise na busca do sentido normativo abstracto que seja adequado à realização em concreto das normas jurídicas aplicáveis.

30. Caso se atribuísse ao artigo 85.º da Lei n.º 42/2016 um efeito jurídico "imediatamente operativo" e, encontrando-se reunidos os pressupostos do facto do príncipe, a probabilidade da emergência de consequências indemnizatórias teria de admitir-se como natural, fosse por via do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, fosse, inclusivamente, numa outra perspectiva doutrinal, por força de uma autónoma invocação da "indenização pelo sacrifício", nos termos do regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Centro de Estudo de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12 de Março de 2018

