



DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO

1

Pedro Gonçalves
Rodrigo Esteves de Oliveira

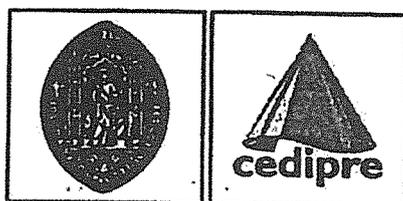
As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade



Coimbra Editora

**PEDRO GONÇALVES
RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA**

**AS CONCESSÕES MUNICIPAIS
DE DISTRIBUIÇÃO DE ELECTRICIDADE**



**FACULDADE DE DIREITO
DE COIMBRA**

COIMBRA EDITORA

2001

ÍNDICE

	Págs.
NOTA PRÉVIA	7
LISTA DE SIGLAS.....	11
1. O SECTOR DA ELECTRICIDADE A CAMINHO DA LIBERALIZAÇÃO.....	13
1.1. O direito comunitário da electricidade.....	13
1.1.1. A Directiva 96/92/CE	13
1.1.2. A Directiva 96/92/CE e as questões em causa.....	15
1.2. O direito nacional da electricidade.....	19
2. O DECRETO-LEI N.º 344-B/82 E O SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉCTRICA EM BAIXA TENSÃO.....	25
2.1. Os modos de gestão de serviços públicos municipais	25
2.2. Os modos de gestão do serviço público de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão no Decreto-Lei n.º 344-B/82...	28
a) Gestão pública.....	28
b) Gestão privada.....	30
2.3. Sequência	35
3. A CONFORMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DECRETO-LEI N.º 344-B/82.....	37
3.1. Face ao princípio da autonomia local.....	37
3.2. Face ao princípio da proibição de discriminações.....	41
3.3. Conclusão sobre a conformidade jurídico-constitucional do Decreto-Lei n.º 344-B/82.....	43
4. A CONFORMIDADE JURÍDICO-COMUNITÁRIA DO DECRETO-LEI N.º 344-B/82.....	45
4.1. A qualificação do contrato de distribuição de energia eléctrica de acordo com o direito comunitário	45

	Págs.
4.2. O direito comunitário e a adjudicação de concessões	49
4.2.1. A solução tradicional	49
4.2.2. A solução emergente da Comunicação interpretativa da Comissão	51
4.3. O bloco jurídico-comunitário aplicável às concessões	55
4.3.1. A energia enquanto sector especial.....	55
4.3.2. A renovação das concessões.....	56
4.4. Normas jurídico-comunitárias aplicáveis às concessões.....	57
4.4.1. Os princípios	57
4.4.2. As excepções previstas no Tratado	61
4.4.3. Síntese	65
4.5. A confirmação jurisprudencial da "doutrina" da Comunicação da Comissão.....	66
5. A ESCOLHA DO CONCESSIONÁRIO	69
5.1. O poder municipal de escolha do concessionário	69
5.2. O modo de escolha do concessionário.....	70
6. A CONFORMIDADE DA SOLUÇÃO JURÍDICO-COMUNITÁRIA COM O SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL.....	79
6.1. Enunciado da questão <i>decidendi</i>	79
6.2. O sistema eléctrico nacional: caracterização sumária	80
6.3. A solução da questão <i>sub iudice</i>	81
7. NOTAS E OBSERVAÇÕES FINAIS.....	85
7.1. A segunda questão.....	85
7.2. As "condições" de denúncia dos contratos em vigor.....	85
7.3. As complexas implicações.....	87
8. CONCLUSÕES	89

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

O *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação* (Cedipre), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, inicia com este volume a publicação de uma série de obras dedicadas ao tema do direito público da regulação, sobretudo na área da regulação da economia.

Trata-se de trazer a público o resultado do labor do Centro, os estudos que elabora, os colóquios que promove, os cursos que organiza. Quando for caso disso, incluir-se-ão também trabalhos de colaboradores do Centro que caibam dentro da sua área de interesse científico e académico.

Este primeiro volume inclui o estudo que foi encomendado ao Cedipre pela Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE) sobre o regime jurídico das concessões municipais de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão. Trata-se de um assunto que, além do seu interesse intrínseco, reveste uma grande actualidade, dada a proximidade de termo do prazo das actuais concessões à Electricidade de Portugal (EDP).

É este, aliás, o duplo espírito (valia científica e actualidade) que pretendemos imprimir a esta série de trabalhos que agora começa.

Coimbra, Outubro de 2001

Vital Moreira
(Presidente do Cedipre)

NOTA PRÉVIA

A *Entidade Reguladora do Sector Eléctrico* (ERSE) solicitou ao *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação* (Cedipre) um estudo sobre duas questões relacionadas com o regime que disciplina as concessões municipais de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão.

São as seguintes as questões colocadas:

- o ajuste directo da renovação das concessões municipais de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão à EDP — Electricidade de Portugal, S.A. (previsto no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro) é ou não compatível com o regime constante das directivas comunitárias respeitantes aos processos de adjudicação de contratos públicos (empregadas de obras públicas, serviços e fornecimentos), bem como com a directiva comunitária que instituiu o mercado interno da electricidade?
- no quadro do Decreto-Lei n.º 344-B/82 é ou não possível a celebração de contratos de concessão por um prazo inferior ao estabelecido no n.º 1 do respectivo artigo 3.º (20 anos), a negociar entre os municípios e a EDP, S.A.?

Ao contrário da segunda questão enunciada — que, ao menos à primeira vista, não parece suscitar dificuldades de tomo —, a primeira encerra alguns problemas jurídicos bem delicados.

Com vista à solução deles, a opção que se tomou aqui não foi tanto a de pugnar por uma ou outra das várias teses ou

posições que poderão ser defendidas e confrontar-se sobre o assunto, mas, sobretudo, a de dar a conhecer quais são essas alternativas, os diferentes pontos de vista, em que argumentos se suportam eles e, por último, qual a solução mais adequada.

Por outras palavras, optámos consciente e deliberadamente por uma abordagem "desinteressada", evitando, tanto quanto possível, qualquer preconceito a favor ou contra cada uma das teses ou posições que, ao menos em abstracto, parecem juridicamente defensáveis.

A preferência por esse método "imparcial" justifica-se sobretudo pelo facto de, tratando-se, como já se anunciou, de questões jurídicas complexas e, mais do que isso, muito provavelmente controversas, se ter entendido que à ERSE — que tem especiais atribuições na regulação do sector eléctrico —, mais do que a defesa "militante" de uma ou outra solução, interessaria conhecer os problemas que se suscitam, as diversas soluções possíveis e as prováveis consequências e implicações jurídicas de cada uma delas. Não nos foi pedido que indicássemos os argumentos a favor de uma determinada posição, mas sim que estudássemos descomprometidamente as questões colocadas e apontássemos a soluções juridicamente apropriadas.

Apesar da opção metodológica assumidamente feita, não ignoramos que, ao solicitar o estudo ao Cedipre, a ERSE espera a indicação concreta das vias que conduzem à correcta resolução das questões colocadas. Na medida em que essa indicação, que aqui procuramos deixar, tem subjacente um entendimento ou uma opção nossa sobre a forma de resolver tais questões, este estudo acaba, afinal, por tomar partido pela solução nele perfilhada.

É esse o resultado inevitável da natureza das questões jurídicas que são postas à nossa consideração, que só podem conhecer uma solução adequada ao direito vigente na ordem jurídica interna e comunitária. De facto, a adjudicação directa de concessões à EDP *ou é ou não é* compatível com o direito comunitário; os contratos de concessão *ou podem ou não podem ser* celebrados por um prazo inferior a 20 anos.

Pode haver argumentos a favor de solução diferente daquela a que chegámos. A nossa investigação levou-nos porém sustentadamente às posições indicadas nas conclusões.

Coimbra, Janeiro de 2001

Os autores

1. O SECTOR DA ELECTRICIDADE A CAMINHO DA LIBERALIZAÇÃO

1.1. O direito comunitário da electricidade

1.1.1. A Directiva 96/92/CE

1. No início dos anos 90, a Comissão da CE tomava a decisão, que o Conselho viria a aprovar, de implementar o desenvolvimento do mercado interno da electricidade em três fases ⁽¹⁾. O objectivo era claro: liberalização do sector eléctrico e abolição dos monopólios públicos.

Entretanto, as instituições comunitárias tinham já iniciado a regulação do sector, com a aprovação de duas directivas: uma, sobre transparência de preços (Directiva 90/337/CEE), outra, sobre o transporte de electricidade por grandes redes (Directiva 90/547/CEE).

O passo mais significativo viria a ser dado já na segunda metade da década de 90 com a aprovação da directiva que estabelece regras comuns para o mercado da electricidade. Trata-se da Directiva 96/92/CE, do Parlamento e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996 ⁽²⁾, que foi o "fruto de um compromisso político que pôs fim (provisório) a negociações excepcionalmente longas e ásperas" ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Sobre o sistema das três fases de implementação do mercado interno da electricidade, cfr. José María GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Madrid, 1994, p. 80 e ss., e Hans D. JARASS, *Europäische Energierecht*, Berlim, 1996, p. 30 e ss.

⁽²⁾ JOCE n.º L 27/20, de 30-1-1997.

⁽³⁾ Citamos Alain FIQUET, *Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics: l'exemple de l'électricité*, in AJDA, 1998, p. 864 e ss. (869).

2. A Directiva 96/92 organiza uma abertura progressiva do mercado da electricidade ⁽⁴⁾. Põe fim ao monopólio da produção, prevendo o acesso de novos produtores aos mercados ⁽⁵⁾, institui o livre acesso às redes de transporte e de distribuição de electricidade, cria a figura do "operador (ou gestor) de rede" (de transporte e de distribuição) que se encarrega de explorar, manter e, porventura, desenvolver a rede que gere, e que fica proibido de adoptar quaisquer medidas discriminatórias entre os respectivos utilizadores ⁽⁶⁾. Além disso, a Directiva prevê a aplicação progressiva do "princípio da livre escolha das empresas fornecedoras de electricidade pelos consumidores" ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ O horizonte da Directiva é a liberalização do mercado da electricidade; porém, como é próprio de uma solução de compromisso, ela não institui ainda a plena liberalização, deixando, como já vai ver-se, uma razoável margem de manobra aos Estados-membros.

⁽⁵⁾ Nos termos do artigo 4.º, quanto à organização do acesso ao mercado, os Estados podem optar por um *sistema de autorização* (procedimento particular) ou por um sistema de *adjudicação por concurso* (procedimento público).

⁽⁶⁾ A Directiva não impõe a autonomização jurídica do operador de rede (embora exija, no caso de *empresas integradas*, uma *contabilidade interna separada* para as actividades de produção, de transporte e de distribuição). Entre nós, a exploração da Rede Nacional de Transporte está atribuída, desde 1995, a uma empresa juridicamente autónoma, embora pertencente ao Grupo EDP, a Rede Eléctrica Nacional, S.A. Recentemente, o Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto, veio criar as condições para destacar a REN, S.A., do Grupo EDP. Trata-se, como se disse, de uma solução não imposta pelo direito comunitário, que apenas exige a separação contabilística, exigência que vale, aliás, não apenas para a rede de transporte, mas também para as redes de distribuição (aspecto que tem directa relevância para as questões analisadas neste estudo — cfr. *infra*).

⁽⁷⁾ Desse princípio de livre escolha poderão beneficiar apenas os designados "clientes elegíveis" ("admissíveis", na versão portuguesa da Directiva). Sobre o conceito de "clientes não vinculados" usado na legislação portuguesa, cfr. *infra* [nota 18].

3. O artigo 3.º da Directiva é o “coração do compromisso” que nela se formaliza ⁽⁸⁾, dele se deduzindo que os Estados podem optar entre um sistema fundado num *princípio de concorrência* sem restrições ou, ao contrário, decidir organizar o sector da electricidade segundo um *princípio de serviço público*, ainda que em convívio com alguns segmentos liberalizados ⁽⁹⁾.

Entre os Estados que já transpuseram a Directiva, encontram-se esses dois sistemas. Assim, na Espanha (lei do sector eléctrico, de 27 de Novembro de 1997) ⁽¹⁰⁾ e na Alemanha (lei sobre a nova regulação do sector da energia, de 24 de Abril de 1998) ⁽¹¹⁾, a opção propendeu claramente para o princípio da concorrência sem restrições; já em França (lei relativa à modernização e ao desenvolvimento do serviço público da electricidade, de 10 de Fevereiro de 2000), foi dada preferência a uma lógica (e mesmo a uma semântica) de serviço público ⁽¹²⁾.

1.1.2. A Directiva 96/92/CE e as questões em causa

4. Como se vê, é muito limitada a relevância da Directiva 96/92 para a dilucidação das questões jurídicas que temos de considerar.

⁽⁸⁾ FIQUET [nota 3], p. 869.

⁽⁹⁾ No sentido de que a Directiva oferece aos Estados uma paleta variada de opções quanto aos modelos de organização do sector, cfr., além de FIQUET, *idem*, Jürgen BAUR, *Die Elektrizitätsbinnenmarktrichlinie: Gestaltungsmöglichkeiten von Mitgliedstaaten; Auswirkungen auf die Elektrizitäts-unternehmen*, in Baur/Friauf, *Energierechtsreform zwischen Europarecht und kommunaler Selbstverwaltung*, Baden-Baden, 1997, p. 13 e ss. (28), e H.-H. LINDEMANN, *Energiewirtschaft auf dem Weg zu mehr Wettbewerb*, in DVBl, 1997, p. 527 e ss. (533).

⁽¹⁰⁾ Cfr. José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada, 1998, p. 647 e ss.

⁽¹¹⁾ Sobre essa lei, cfr. Ulrich BÜDENBENDER, *Energierecht nach der Energierechtsreform*, in JZ, 1999, p. 62 e ss.

⁽¹²⁾ O título I dessa lei (n.º 2000-108) é sobre o *serviço público da electricidade*.

Com efeito, o horizonte dessa regulação comunitária é a liberalização do sector eléctrico. Trata-se, de resto, de uma regulação aberta, sem um estrito conteúdo impositivo (não havendo comparação entre a sua força normativa e a da regulação comunitária que foi editada para o sector das telecomunicações na década de 90, que, abertamente, impôs o desmantelamento dos monopólios públicos).

Ainda assim, e, como aliás nos parece óbvio, não é possível ignorar a importância da Directiva quanto a alguns aspectos que se cruzam com as questões a que temos de dar resposta.

5. Assim, em primeiro lugar, a Directiva institucionaliza a ideia de *liberalização no sector da electricidade*, o que, não implicando directamente com o serviço público municipal de distribuição de energia eléctrica, não pode, no entanto, deixar de ter reflexos quanto à liberdade legislativa de indicação da entidade que, por concessão municipal, pode explorar esse serviço público.

Ou seja, a regulação comunitária já pôs em movimento um processo que, se não afasta, dificulta certamente a compreensão de uma solução de inspiração monopolista, como é obviamente a que passa pela indicação legal de que as concessões de distribuição só podem ser atribuídas a uma certa e determinada empresa.

Numa primeira abordagem, é difícil não considerar essa solução contrária ao "espírito" que presidiu à aprovação da Directiva 96/92 e, mais do que isso, contrária à "letra" que consta claramente do seu artigo 3.º/1, quando estabelece que os Estados-membros *não farão quaisquer discriminações entre as empresas de electricidade* (13).

(13) É curioso verificar, a este propósito, a solução francesa, constante da Lei n.º 2000-108, pois em França a exploração da maioria dos serviços públicos municipais de distribuição de energia eléctrica tem estado (desde 1946) concedida à EDF, estabelecimento público nacional de electricidade. Nos termos do artigo 17.º da nova lei, as colectividades ter-

Ora o estabelecimento de um exclusivo a favor de uma determinada empresa, quanto à elegibilidade para ser concessionária do serviço público local de distribuição de electricidade, a não ser que se fundamente numa derrogação adequadamente fundada no direito constitucional interno e no direito comunitário, não pode deixar de ser contrastada com o princípio da proibição de discriminações, tanto no plano interno como, sobretudo, no direito comunitário.

6. Por outro lado, a circunstância de, ainda por efeito da Directiva, estar hoje em movimento o processo que vai conduzir à abertura do mercado — de acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 198/2000, já há mesmo um calendário estabelecido pela ERSE para esse efeito — tem implicações no tocante ao desenho da disciplina legal e contratual das concessões no sector eléctrico, designadamente quanto à conferência de direitos exclusivos. Veja-se como a lei alemã que regula o sector, nas disposições transitórias, estipula que os contratos de concessão em vigor não são afectados, salvo quanto às cláusulas que asseguram direitos exclusivos aos concessionários (uso das vias municipais para instalação de redes e equipamentos). A haver direitos exclusivos, eles só poderão ter por objecto o fornecimento de energia eléctrica aos “clientes não admissíveis” (*recitius*, “não elegíveis”).

ritoriais devem “negociar e concluir contratos de concessão”, não havendo qualquer indicação quanto à pessoa (bem como ao modo de escolha) do concessionário. Como veremos já a seguir, a mesma Lei entrega à EDF (hoje, uma empresa pública) a função de *operador das redes de distribuição* (incluindo as municipais). Embora referindo-se ao anteprojecto que daria origem à Lei n.º 2000-108, afirma François HAMON [*Le marché intérieur de l'énergie: les directives électricité et gaz naturel*, in AJDA, 1998, p. 851 e ss. (857)], que a nova lei não deverá provocar qualquer alteração, pelo menos de imediato, na posição da EDF enquanto concessionária municipal (afirmação que se compreende, se não se colocar, como entre nós se coloca, a questão da renovação das concessões).

7. Por fim, há que ter em conta ainda o facto de a Directiva, sem deixar outra opção, impor aos Estados a designação (ou o dever de solicitarem aos proprietários de redes, a designação) de um "operador de rede de distribuição responsável pela exploração, manutenção e eventual desenvolvimento da rede de distribuição numa determinada área e das suas interligações com outras redes" (artigo 10.º/2).

Assim, para o caso das redes de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão (redes municipais), o Estado poderá indicar o operador de rede. Como se viu, em França, esse operador (ou gestor) é a EDF, que, pelo menos nos termos da lei, não é necessariamente a empresa concessionária do serviço de distribuição e de fornecimento de electricidade.

8. Com interesse para a resposta às questões que nos são colocadas, diremos que do "direito comunitário da electricidade" não resulta obviamente a proibição absoluta do ajuste directo das concessões municipais à EDP. Apesar disso, resulta com clareza, logo a esse nível, que o Estado não pode dispensar por via legal um tratamento especial, discriminatório e de privilégio injustificado, a uma empresa de electricidade.

Além disso, o modelo de concorrência que começa a desenharse para o sector, embora não ponha em causa o serviço público municipal, parece condenar a prazo a sua conformação como serviço exclusivo. É esse um aspecto que tem de ser considerado na definição do regime de concessão.

Por fim, a definição do regime de concessão deve ainda ter em conta alguns princípios do novo direito da electricidade, como seja o que decorre do princípio da autonomia da "função de operação de rede", que, aqui como noutras "indústrias de rede", resulta da *separação entre gestão de rede e exploração dos serviços que ela suporta*. Por outras palavras, e a serem, como terão de ser, levados em conta os comandos e directrizes do direito comunitário, diríamos que os concessionários que as autarquias vierem a escolher não serão concessionários de rede e de serviço, mas apenas de serviço (pagando, enquanto utilizadores de rede, um preço ou taxa ao respectivo opera-

dor): serão, portanto, empresas de distribuição ou de fornecimento de electricidade.

1.2. O direito nacional da electricidade

9. Quanto ao modelo português de organização do sector da energia eléctrica (14), e para os fins que temos em vista neste trabalho, importa começar por destacar a tradição portuguesa (que é também europeia) da existência de uma *repartição vertical do sector*, com a distribuição de papéis entre Estado e municípios (15). Com efeito, e para não recuar mais (operação que só reforçaria essa proposição), basta recordar aqui o Código Administrativo, de 1940, cujo artigo 164.º permitia às câmaras explorar os serviços de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, ou a Lei n.º 2002, de 1944 (Electrificação do País), que distinguiu, a "produção, o transporte e a grande distribuição", atribuição estadual, da "pequena distribuição", atribuição municipal.

Esse tradicional modelo de repartição vertical do sector da electricidade foi posto seriamente em causa pelo Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, que, além de ter nacionalizado várias empresas, definiu que da reestruturação dessas empresas iria resultar a criação de uma "entidade jurídico-económica" com direitos exclusivos no sector. Essa entidade viria a ser criada pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, que a baptizava com o nome de Electricidade de Portugal — Empresa Pública, EDP. A EDP ficava senhora do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Nasceu como empresa integrada, que, com pequenas excepções,

(14) Sobre o assunto, cfr. VITAL MOREIRA, *Requiem pelo serviço público? — Mercado e regulação no sector eléctrico*, versão policopiada da intervenção do Autor no IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, realizado em Coimbra (7 de Abril de 2000).

(15) Em França, o artigo 1.º da Lei n.º 2000-108 estabelece que o serviço público da electricidade é organizado pelo Estado e pelas "comunas".

passava a deter o exclusivo nacional em todas as fases do ciclo da electricidade, incluindo a distribuição em baixa tensão, até aí do foro municipal.

10. O exclusivo da EDP em todas as fases do ciclo da electricidade, desde a produção ao fornecimento ao mais pequeno consumidor, abria um parêntesis na história do serviço público municipal de distribuição de energia eléctrica.

Porém, em 1982, por intermédio da Resolução n.º 112, publicada em 14 de Julho, o Conselho de Ministros vinha reconhecer "*o direito originário dos municípios à distribuição de energia eléctrica em baixa tensão*". Estava assim recuperada a tradição, ainda que — no contexto de um esquema porventura inspirado na experiência que se vivia em França desde 1946 —, na prática, a EDP acabasse por poder continuar a explorar o serviço de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, agora e de novo claramente um serviço público municipal. Como em França a EDF, a empresa pública portuguesa passava a explorar esse serviço na posição de concessionária dos municípios.

Numa apreciação distanciada do sistema de exploração do serviço público municipal, pode dizer-se hoje que a pretensão da legislação de 1982, aprovada na sequência da citada Resolução, foi essencialmente a de resolver um problema que em 1975/76 tinha ficado mal solucionado. Muitos municípios tinham equipamentos e redes próprias de distribuição de energia eléctrica que a legislação daquele período tinha transferido coactivamente para a EDP. Por isso, mais do que qualquer outra coisa (*v. g.*, conferir aos municípios o poder de organizar os modos de gestão do serviço público de distribuição de energia eléctrica), do que se tratava em 1982 era sobretudo do reconhecimento ou, se se quisesse, do esclarecimento feito pelo Estado de que aqueles patrimónios e redes pertenciam aos municípios. Ou seja, naquela altura, o Estado quis deixar claro que os patrimónios municipais "transferidos" para a EDP em 1975/76 não integraram o património desta. Apesar de se manterem afectados à exploração do serviço, e, por isso, na

"esfera de gestão" da EDP, eles continuavam sendo patrimónios municipais.

11. Apesar do que se viu no número anterior, e fosse qual fosse o "telos" do legislador, o certo é que o serviço público municipal de distribuição de energia eléctrica retomou o seu lugar na história portuguesa dos sistemas de gestão da electricidade. O artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro (16), era claro ao proclamar que "a distribuição no continente de energia eléctrica em baixa tensão compete aos municípios (...)".

A legislação do "nosso tempo" que regula o sector eléctrico (17) mantém esse serviço público municipal (remetendo expressamente para a legislação de 1982). A mesma conclusão se retira da lei que estabelece o quadro de atribuições e competências das autarquias locais, a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, no seu artigo 17.º/1/a, diz que é da competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão e a realização de investimentos no domínio da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão.

12. O lento processo (legislativo) de desmantelamento do monopólio público no sector da electricidade, entretanto iniciado, ainda não chegou ao seu termo (18). Quando lá chegar,

(16) Que viria a ser alterado pelo Decretos-Leis n.ºs 297/86, de 19 de Setembro, 341/90, de 30 de Outubro, e 17/92, de 5 de Fevereiro.

(17) Referimo-nos ao "pacote legislativo" de 27 de Julho de 1995: as referências aos diplomas publicados nessa data contemplam a versão actualizada pelos Decretos-Leis n.ºs 56/97, de 14 de Março, e 198/2000, de 24 de Agosto.

(18) As etapas desse processo legislativo de liberalização do sector são as seguintes:

- 1981/82: pequena produção de energia eléctrica;
- 1988: livre acesso à actividade de produção de energia eléctrica e revisão da Lei de Delimitação de Sectores, que põe fim ao

o legislador pode (à face do direito comunitário) não pôr em causa o serviço público municipal, isso apesar de, como se viu, dever afeiçoá-lo a um ambiente liberalizado: fim do exclusivo quanto ao fornecimento (*exclusivo a jusante*, de que gozam actualmente os distribuidores em baixa tensão ⁽¹⁹⁾) e fim da actual obrigatoriedade do contrato de vinculação que liga as empresas de distribuição em baixa tensão à entidade titular da licença vinculada de distribuição em média tensão e em alta tensão (cfr. artigos 31.º/1 do Decreto-Lei n.º 182/95 ⁽²⁰⁾ e 19.º do Decreto-Lei n.º 184/95), visto que tais empresas poderão, elas próprias, beneficiar do estatuto de "clientes elegíveis" (artigo 19.º/3, 2.ª parte, da Directiva 96/92/CE), deixando por isso de estar limitadas pelo actual *exclusivo a montante*.

exclusivo público do serviço de produção, transporte e distribuição;

- 1991: aprovação de novos regimes (mais liberais) das actividades de produção, transporte e distribuição;
- 1995: nova legislação do sector eléctrico, que admite a existência de um *Sistema Eléctrico Independente* (fora do *Sistema Eléctrico de Serviço Público*) a compreender, além do mais, um *Sistema Eléctrico não Vinculado* (SENV); o SENV integra os produtores não vinculados, os distribuidores não vinculados e os clientes não vinculados, mas, além da produção, exclusivamente no âmbito da distribuição e consumo de energia eléctrica em média e em alta tensão. O *Sistema Eléctrico Independente* não abrange portanto a distribuição ou o consumo de energia em baixa tensão. Para mais desenvolvimentos, cfr. *infra* (n.º 70).

⁽¹⁹⁾ Como se viu na nota anterior, a liberalização parcial do sector (legislação de 1985) não chegou ainda à distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, pelo que os consumidores finais desse tipo de energia não têm a opção de ser fornecidos por *Sistema Eléctrico não Vinculado*. Por isso mesmo não está prevista a figura dos distribuidores não vinculados de energia eléctrica em baixa tensão.

⁽²⁰⁾ Aí se estabelece que "as entidades titulares de licença de distribuição vinculada de energia eléctrica em BT ficam obrigadas a adquirir as suas necessidades de energia eléctrica à entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT que opera na respectiva área geográfica (...)".

13. O legislador pode não pôr em causa o serviço público municipal, acabámos de dizer. Importa acrescentar agora que, embora não esteja adstrito a fazê-lo, ele também pode decidir o fim do serviço público municipal de distribuição de energia eléctrica.

Ao afirmarmos que o legislador pode extinguir o serviço público municipal de distribuição de energia eléctrica não estamos todavia a admitir que ele o possa fazer com o objectivo de deslocar novamente o serviço da esfera de atribuições autárquicas para a esfera de atribuições estaduais. Uma tal opção centralizadora teria em qualquer caso, de passar o difícil teste da sua conformidade face aos princípios constitucionais da autonomia das autarquias locais, da descentralização e da subsidiariedade ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Apesar de não ser relevante para o estudo dos problemas que nos foram colocados, sempre diremos que a questão de saber se a distribuição e o fornecimento de energia eléctrica constituem atribuições municipais abrangidas pelo núcleo essencial da autonomia das autarquias locais foi debatida recentemente na Alemanha, durante a fase de discussão da nova lei para o sector eléctrico. A doutrina dividiu-se, e houve quem se pronunciasse no sentido de que tal tarefa integra o núcleo essencial da autonomia local (v. g., K. H. FRIAUF, *Energierechtsreform und kommunale Energieversorgung*, in Baur/Friauf [nota 9], p. 57 e ss.), e quem se pronunciasse em sentido contrário (v. g., Fritz OSSENBÜHL, *Energierechtsreform und kommunale Selbstverwaltung*, Bonn, 1998, em especial p. 25 e ss., e LINDEMANN [nota 9], p. 531). Muito antes deste debate recente, a doutrina entendia que a distribuição de electricidade pelas autarquias não integrava o núcleo essencial da autonomia: cfr., nesse sentido, Günter PÜTTNER, *Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung*, in DÖV, 1990, p. 461 e ss. (463). Colocando a questão de saber se essa tarefa, embora executada pelas autarquias, deveria ser considerada pública, cfr. Georg HERMES, *Kommunale Energieversorgung zwischen hoheitlicher Aufgabewahrnehmung und wirtschaftlicher Betätigung Privater*, in *Der Staat*, 1992, p. 281 e ss. Entre nós, a doutrina que se pronunciou sobre o assunto inclinou-se para o entendimento da não integração da distribuição de energia eléctrica no núcleo essencial da autonomia local — cfr., nesse sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Distribuição pelos Municípios de Energia Eléctrica em baixa tensão*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, t. I, p. 16 e ss. (21), e Marcelo REBELO DE SOUSA, *Distribuição pelos Municípios de Energia Eléctrica em baixa tensão*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, t. V, p. 27 e ss. (31).

De facto, não é essa opção centralizadora, de estadualização do serviço, que temos em vista. O que poderá estar no horizonte é antes uma *opção liberalizadora*, de retirar aos municípios a incumbência de explorar o serviço de distribuição de energia eléctrica (como serviço público), não para o transferir para o Estado mas sim para o retirar da esfera dos poderes públicos em geral remetendo-o para a *livre iniciativa privada*. Ora, é justamente essa decisão político-legislativa que pode ser tomada, mesmo que se entenda que o serviço público de distribuição de electricidade em baixa tensão integra o *núcleo essencial da autonomia local* (22). Então, nessa eventualidade, teríamos uma "solução à espanhola", de liberalização total da distribuição de electricidade e de recuo do sector público (autárquico). O serviço público municipal desapareceria: não haveria empresas concessionárias dos municípios, mas simplesmente empresas autorizadas pelo Estado a distribuir energia eléctrica em baixa tensão nas áreas territoriais dos municípios (empresas que seriam oneradas com "obrigações de serviço público").

(22) Mesmo que seja esse o entendimento, parece-nos ser de aceitar que o Estado, por decisão político-legislativa, não está impedido de *liberalizar* ou de *privatizar* esse serviço. É o que decorre do entendimento de autonomia local como princípio regulador que opera no domínio das relações "entre o Estado e as autarquias", e não no das relações "entre o Estado e a sociedade". Sobre o assunto, cfr., no entanto, OSSENBÜHL [nota 21], p. 22 e ss.