

MINISTÉRIO PÚBLICO

Procuradoria-Geral da República

Parecer n.º 26/2017

REN — Rede Elétrica Nacional S. A. — Contrato de aquisição de eletricidade — Central de Sines — Responsabilidade tributária — Encargos de potência e/ou de energia — Cláusula contratual — Interpretação preço — Custo de produção custo de manutenção do equilíbrio contratual — Transmissão da responsabilidade — Reserva legislativa da AR — Cessação antecipada — Alteração das circunstâncias — Direito de superfície — Bens do domínio privado do Estado — Cedência de exploração — Resolução de contrato indemnização prorrogação.

Senhor Secretário de Estado da Energia:

Excelência:

1.ª Em 26 de setembro de 1996 a REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., concessionária da Rede Nacional de Transporte, como compradora, e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S. A., como produtora e vendedora, outorgaram um contrato de aquisição de eletricidade da capacidade total, em potência e energia, dos Grupos 1 a 4 da Central de Sines, considerando-se o contrato iniciado em 1 de janeiro de 1995 e tendo o seu termo em 31 de dezembro de 2017.

2.ª Na cláusula 21. deste contrato as partes acordaram que quer a produtora, quer a comparadora, na eventualidade de ocorrer uma alteração nas responsabilidades tributárias da primeira, tinham a faculdade de, mediante notificação à contraparte, determinarem a correção do cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, de modo a assegurar que a produtora ficava na mesma situação financeira em que estaria caso não se tivesse verificado tal alteração fiscal, o que pressupõe que essas responsabilidades já integravam aqueles encargos.

3.ª Sendo essas responsabilidades encarradas no espírito desta cláusula como um custo do centro eletroprodutor, deve a mesma ser interpretada como abrangendo não todo e qualquer tributo, cuja responsabilidade recaísse sobre a produtora, mas apenas aqueles que respeitassem a facto tributário inserido na atividade de produção da eletricidade contratualizada, estando expressamente previstos no ponto 21.3.1. o Imposto sobre Produtos Petrolíferos, a Contribuição Autárquica e a Taxa de utilização da água de refrigeração da Central, relativamente aos quais a produtora beneficiava de isenção de pagamento.

4.ª Os preços acordados nos CAE procuraram refletir os custos reais de produção, garantindo, a sua cobertura, estando incluídos nesses custos os tributos que as entidades produtoras pagavam em resultado das diferentes ações inerentes à sua atividade produtiva.

5.ª Na referida cláusula 21. não se determina que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos abrangidos por essa previsão, na medida em que foi modificada, direta ou indiretamente, passe a recair sobre os consumidores de eletricidade, mas apenas que essas alterações, na medida em que provocam um agravamento ou diminuição dos custos de produção se devem refletir no preço da eletricidade contratualizada, resultando a repercussão da remuneração paga pela entidade concessionária da RNT nas tarifas a satisfazer pelos consumidores de eletricidade de imposição legal.

6.ª Sendo comum no processo económico de fixação de preços de um bem, a consideração dos custos da sua produção, neles se integrando os tributos devidos em consequência da atividade produtiva desenvolvida, não é possível afirmar que a repercussão no preço de um bem do valor desses tributos equivale a uma transmissão da responsabilidade pela satisfação dos deveres tributários, proibida pelo artigo 29.º da LGT, ou que estamos perante uma violação da reserva do poder legislativo da Assembleia da República no domínio tributário, pelo que não é possível afirmar que tal cláusula é nula, na interpretação restritiva enunciada na terceira conclusão.

7.ª Em 27 de janeiro de 2005, a REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S. A., dando cumprimento às disposições do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, e dos artigos 2.º, n.º 1, 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, celebraram um acordo em que regularam os termos e condições específicos relativos à cessação antecipada do Contrato de Aquisição de Energia celebrado em 26 de setembro de 1996, referente à Central Eletroprodutora de Sines.

8.ª Do clausulado quanto ao cálculo do valor inicial dos CMEC pela cessação antecipada do CAE de Sines, verifica-se que a cessação deste contrato, relativamente à previsão da relevância da alteração das circunstâncias constante da sua cláusula 21.ª, respeitante à alteração das responsabilidades tributárias do produtor, não foi um elemento ponderado

na fixação daquele valor, uma vez que tal cláusula apenas dispunha sobre a verificação de uma circunstância de ocorrência eventual.

9.ª Contudo, se tal cláusula foi acionada na vigência do CAE, por se ter verificado uma alteração das responsabilidades tributárias da produtora na vigência do contrato, tal poderá ter-se repercutido, para mais ou para menos, no cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, o que, a verificar-se, se refletiu no cálculo dos CMEC, nos termos previstos na cláusula 4.ª, n.º 2, quando remete para a fórmula constante dos n.º 1 e 2, do artigo 1.º, do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a qual inclui a ponderação dos encargos fixos de operação e manutenção do centro eletroprodutor correntes assim como os encargos variáveis.

10.ª Uma das variações que estava prevista na cláusula 21.º do CAE de Sines era precisamente a alteração das responsabilidades tributárias da produtora, pelo que, face ao acordado, caso ocorra uma alteração das responsabilidades tributárias da produtora relativas à sua atividade de produção de eletricidade, em data posterior à cessação do CAE de Sines, poderá verificar-se uma correção, a efetuar na revisão anual, do valor inicial dos CMEC.

11.ª Do mesmo modo, as alterações ocorridas no montante dos tributos, cujo facto tributário se inserisse na atividade de produção de eletricidade, podem determinar uma correção do valor final dos CMEC.

12.ª Tendo-se concluído que a cláusula 21.ª do CAE de Sines não determina qualquer alteração da entidade responsável pelo pagamento de impostos, fica prejudicada a questão de saber se a mesma se traduz num auxílio de Estado, para os efeitos previstos nos artigos 107.º e seg. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

13.ª O Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, autorizou o Gabinete da Área de Sines a contratar, no prosseguimento dos objetivos fixados pelo Decreto-Lei n.º 270/71, de 19 de junho, mediante simples ajuste direto, a constituição de direitos de superfície, relativamente a terrenos no seu domínio privado, por prazos nunca inferiores a 10 anos, sendo o prazo fixado renovável por vontade do superficiário, salvo as limitações legais ou contratualmente estabelecidas.

14.ª No uso desta autorização, em 11 de dezembro de 1987, representante do Gabinete do Planeamento de Desenvolvimento da Área de Sines, instituto público dotado de personalidade jurídica e património próprio, por escritura pública, declarou que este Instituto era dono e possuidor de um prédio misto e seis prédios rústicos, que identificou, com a área total de 1.189.699,40 m², os quais integravam o domínio privado daquele Instituto, e que sobre eles constituía um direito de superfície a favor de Eletricidade de Portugal — E. P., o que foi aceite por esta.

15.ª Após a extinção do Gabinete da Área de Sines pelo Decreto-Lei n.º 228/89, de 17 de julho, o Decreto-Lei n.º 6/90, de 3 de janeiro, procedeu à transmissão *ope legis* para o Estado, integrando os respetivos bens no seu domínio privado, da propriedade dos imóveis pertencentes ao Gabinete da Área de Sines, tendo, no mesmo diploma, sido efetuada uma segunda transferência, para o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI), de alguns desses imóveis, entre os quais se encontravam aqueles que tinham sido objeto da constituição do direito de superfície acima referido, pelo que o IAPMEI passou a ocupar a posição de fundeiro nesse contrato.

16.ª Em 28 de junho de 1991, o IAPMEI celebrou um denominado *Acordo de Gestão* com a PGS — Sociedade de Promoção e Gestão de Áreas Industriais e Serviços, S. A., através do qual cedeu a exploração de um determinado património, onde se incluíam os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície aqui em análise, transferindo a administração desses bens para aquela entidade gestora, em termos económico-financeiros, o que compreende a sua conservação, valorização e rentabilidade, tendo em vista a prossecução do interesse público e a racionalização dos recursos disponíveis, de acordo com o princípio da boa administração, incluindo quer a constituição de novos direitos de superfície, quer o exercício dos direitos e deveres inerentes às relações jurídicas superficiárias já constituídas.

17.ª Na cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície as partes acordaram no pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, a qual se revela consentânea quer com a previsão que constava do artigo 24.º, b), da Lei n.º 2030, de 22 de junho, quer com o atualmente disposto no artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

18.ª Tendo o CAE e o respetivo acordo de cessação antecipada sido celebrados posteriormente ao contrato de constituição do direito de superfície, o disposto naqueles contratos não é suscetível de colocar em causa a validade do clausulado no contrato de constituição do direito de superfície, podendo apenas, eventualmente, refletir-se na sua aplicabilidade, designadamente no cálculo do *quantum* indemnizatório.

19.ª No CAE de Sines, ao dispor-se sobre a futura utilização do sítio da Central, nas hipóteses de extinção do CAE por este terminar na data prevista para o seu fim, nos termos da cláusula 25.1.3., ou por resolução

unilateral da Concessionária da RNT, nos termos da cláusula 23, relativamente à totalidade da Central, estabeleceu-se na cláusula 26.4.2. que a Concessionária só poderá utilizar o sítio para a construção de novos grupos geradores, devendo lançar o respetivo concurso mediante decisão da Entidade de Planeamento, esclarecendo-se que, nessas circunstâncias, fica expressamente vedado à RNT voltar a colocar a concurso a exploração da Central com os Grupos existentes à data da cessação ou resolução unilateral do contrato, ou explorar por si mesmo a Central.

20.ª Pretendeu-se com a cláusula em análise salvaguardar a produtora de uma tomada de decisão da Concessionária da RNT no sentido de não propor a extensão do contrato de aquisição de energia ou recusar a extensão proposta pelo produtor ou ainda de resolver esse contrato, mediante a invocação de situações em que a exploração da Central Electroprodutora deixa de ser economicamente viável, com a consequente transferência da posse da Central, com a finalidade de posteriormente se entregar a sua exploração a outra produtora ou da Concessionária a explorar ela própria.

21.ª Sendo estes os objetivos da cláusula questionada, deve a mesma ser interpretada restritivamente, de modo a dela estarem excluídas as situações em que a transferência da posse da Central Electroprodutora e do sítio onde ela está implantada para a Concessionária da RNT ocorre, não por opção desta, mas porque a produtora rejeitou as propostas alternativas de extensão do contrato de direito de superfície ou de transferência da propriedade do sítio, continuando a produtora a explorar a Central na qualidade de Produtor Não Vinculado, conforme determina o disposto na cláusula 26.1.1., *in fine*.

22.ª Nesta cláusula consagra-se uma limitação aos poderes da Concessionária da RNT sobre a Central Electroprodutora de Sines após ter tomado a sua posse no termo do CAE, quando este ocorre em determinadas circunstâncias, de modo a impedir uma mera substituição da entidade exploradora da Central, sem razões justificativas, o que não viola quaisquer princípios nem normas injuntivas, pelo que não se afigura inválida.

23.ª Acrescenta-se que, tendo o CAE de Sines cessado antecipadamente, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a analisada cláusula extinguiu-se, sem que tivesse sido aplicada, atento o disposto no n.º 3, da cláusula 2.ª, do acordo de cessação do CAE de Sines, outorgado em 27 de janeiro de 2005, entre a REN, S. A., e a CPPE, S. A.

24.ª A renovação do contrato que constituiu o direito de superfície no termo do prazo não exige um acordo entre o fundeiri e o superficiário, bastando a manifestação de vontade do último nesse sentido.

25.ª Da documentação junta pela entidade consulente conclui-se que a EDP Produção, por carta enviada em 23 de julho de 2007 à AICEP Global Parques, gestora do património do IAPMEI, manifestou a vontade de prorrogação do contrato de constituição de direito de superfície até 31 de julho de 2060.

26.ª Não se verificou um acordo de vontades entre as duas partes no âmbito da relação jurídica superficiária, no sentido da prorrogação do respetivo contrato até 31 de julho de 2060, mas apenas o exercício pela superficiária do direito potestativo de determinar a prorrogação do contrato, conforme o legalmente e contratualmente previsto.

27.ª Além dos contratos de constituição de um direito de superfície sobre bens do domínio privado de entidades públicas parecerem estar excluídos do regime de formação dos contratos públicos imposto pelo Código dos Contratos Públicos, como não estamos perante a celebração de qualquer contrato, nem perante um ato de uma entidade administrativa que atribua qualquer vantagem ou benefício em substituição de um contrato público, mas sim perante uma simples prorrogação do prazo de um contrato pré-existente, desencadeada por ato unilateral do particular superficiário, não está essa prorrogação sujeita a qualquer procedimento concorrencial.

28.ª A AICEP, enquanto entidade gestora do património do fundeiri, o IAPMEI, limitou-se a rececionar e a registar a declaração de vontade da superficiária no sentido da prorrogação do contrato de direito de superfície, tendo ela legitimidade para rececionar essa declaração, uma vez que o fundeiri havia-lhe conferido poderes para administrar os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície em causa, incluindo o exercício dos direitos e deveres resultantes dessa relação superficiária já existente.

29.ª O facto da prorrogação do direito de superfície, resultante da comunicação nesse sentido efetuada pela superficiária, determinar a sua vigência para além do termo do prazo inicial do mandato conferido à AICEP, em nada limita o exercício dos poderes conferidos pelo mandato, designadamente a legitimidade para rececionar a declaração de vontade de prorrogação da superficiária, sendo suficiente que a relação de mandato subsista na data em que ocorreu a comunicação.

30.ª A cláusula constante da alínea b), do ponto 2.2., do Anexo A, da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, que determinou que os CMEC refletissem o custo dos investimentos destinados a reduzir as emissões de gases poluentes, efetuados na Central Electroprodutora de

Sines, na sequência do imposto pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, deve ser considerada um auxílio de Estado, compatível com a derrogação prevista no n.º 3, alínea c), do artigo 107.º, do TFUE.

31.ª A cláusula 26.4.2. do CAE de Sines que, em algumas hipóteses de cessação do contrato, estabeleceu limitações à utilização pela REN, S. A., da Central Electroprodutora de Sines, não se traduz numa qualquer vantagem para a produtora que justifique a sua qualificação autónoma como auxílio de Estado.

32.ª A cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície, onde se previu o pagamento de uma indemnização pelo fundeiri à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, não constitui a estipulação de uma medida seletiva que se traduza numa vantagem reservada a um conjunto fechado de pessoas ou entidades, pelo que não deve ser considerada como um auxílio de Estado para os efeitos do artigo 107.º e seguintes do TFUE.

33.ª A cláusula 2.ª, n.º 2, do contrato de direito de superfície, que confere à superficiária o direito de determinar a prorrogação do prazo do contrato por manifestação unilateral de vontade, não tem quaisquer consequências ao nível das trocas comerciais entre Estados-membros, uma vez que estamos perante uma forma de domínio dos bens imóveis cuja constituição não se encontra obrigatoriamente sujeita às regras de concorrência do mercado europeu, pelo que não deve ser considerada um auxílio de Estado, para os efeitos previstos no artigo 107.º e seguintes do TFUE.

1 — O objeto da consulta

Solicita Vossa Excelência que o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, com urgência, tome posição, nos termos do artigo 37.º, a), do Estatuto do Ministério Público, sobre duas ordens de questões, relativas ao acordo de extinção do Contrato de Aquisição de Energia Elétrica do Centro Electroprodutor Térmico de Sines (que abreviadamente passaremos a designar por CAE de Sines).

Lê-se no pedido de parecer:

Não obstante as questões que se colocam poderem abranger, em algumas das suas vertentes, outros Centros Electroprodutores, face à sua especificidade, a situação do Centro Electroprodutor Térmico de Sines apresenta particularidades de relevo que justificam e peço a sua análise autónoma.

Sinteticamente, as questões reportam-se:

Por um lado, à apreciação da validade do regime contratual da alteração das circunstâncias no CAE extinto e da sua repercussão ao nível dos Custos para a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC); por outro lado, à correção da ponderação dos custos incorridos após a extinção do CAE no cálculo do CMEC.

Tendo como preocupação de base, ponderando ambas as questões, a aferição da possibilidade de a repercussão dos custos daí derivados nas tarifas pagas pelos consumidores vir a ser qualificada como auxílio de Estado.

1 — Antes de entrar na análise da primeira das questões enunciadas, ou seja, da questão relativa à validade do clausulado contratual relativo à alteração das circunstâncias, importa salientar que não se trata de uma inútil curiosidade histórica.

Na verdade, todo o regime da extinção do CAE e do cálculo do CMEC está anunciado na perspetiva de garantir as expectativas financeiras do titular do CAE, até à data originariamente prevista para a sua extinção por decurso do prazo.

Por essa razão, a validade do regime jurídico e financeiro consagrado no contrato extinto apresenta a aptidão de influenciar as expectativas que se pretenderam salvaguardar.

Mas se o objetivo anunciado foi este, a respetiva concretização parece ter ido mais longe e atribuindo uma eficácia ao regime contratual após a sua extinção e até à extinção do próprio CMEC.

Com efeito, logo no considerando H do Acordo Relativo à Cessação do Contrato de Aquisição de Energia Elétrica do Centro Electroprodutor Térmico de Sines se afirma que o CMEC se destina “a garantir a manutenção do equilíbrio contratual subjacente das partes contraentes de cada CAE e a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados por esses contratos que não sejam adequadamente garantidos através das receitas expectáveis em regime de mercado”.

Sendo que, pelo menos aparentemente, tem sido esse o sentido atribuído ao disposto no ponto 2.3 do Anexo C da Adenda ao Acordo Relativo à cessação do Contrato, outorgada em 15 de junho de 2007, nos termos do qual “Os investimentos extraordinários que foram considerados durante o período de revisibilidade deverão ser também incluídos no cálculo do encargo fixo para efeitos do ajustamento final. Além destes custos deverão igualmente ser consideradas todos

os custos suportados pela Produtor que não foram incluídos no cálculo do valor inicial dos CMEC, por ser impossível a sua previsão, mas que pela sua natureza estavam abrangidos pelo clausulado do Contrato e como tal foram incluídos na revisibilidade anual dos CMEC” (sublinhado nosso).

Refira-se, aliás, que são várias as referências/remissões, nos anexos relativos à metodologia de cálculo do CMEC, para o regime contratual fixado no CAE, dando ideia de uma desconsideração do objetivo de fixação de indemnização compensatória, adotando-se, em substituição um modelo de “pós eficácia” do CAE, ainda que com outro enquadramento.

Sendo, precisamente por essa razão, que se justifica a apreciação da validade do regime contratual fixado no CAE em matéria de alteração das circunstâncias

2 — Ora, nos termos da cláusula 21 do CAE, que tem por epígrafe “Alterações das Circunstâncias”

“21.1. Alterações Relevantes.

21.1.1 — Se depois da assinatura deste Contrato, o Produtor

a) Ficar obrigado a pagar ou ficar sujeito a Impostos Relevantes que à data da assinatura deste Contrato não existissem ou não afetassem o Produtor; ou

b) Sofrer um aumento dos custos, em qualquer dos casos, devido:

i) à introdução, imposição, cobrança ou tributação de qualquer Imposto Relevante e/ou aumento da taxa à qual qualquer Imposto Relevante é tributado; e/ou

ii) a qualquer alteração na legislação ou na prática, pública e corrente, de qualquer autoridade fiscal, relacionada em qualquer dos casos com Impostos Relevantes: e/ou

iii) a qualquer outra alteração na base do tributação de qualquer Imposto Relevante que seja adversa para as interesses financeiros do Produtor.

(...)“

Acrescentando-se na Cláusula 21.3. “Isenções e Transferência de custos”

“21.3.1. Para os objetivos desta cláusula 21 assume-se que à data de Início do Contrato o Produtor está isento do pagamento dos seguintes impostos, contribuições e taxas;

a) Imposto sobre Produtos Petrolíferos (Decreto-Lei 291-A/91);

b) Contribuição Autárquica;

c) Taxa de utilização de água de refrigeração da Central.

21.3.2 — Se o Produtor vier a ficar sujeito ao pagamento de qualquer dos impostos contribuições e taxas mencionados na cláusula 21.3.1, o seu efeito será incluído no cálculo do Encargo de Potência ou no Encargo de Energia, conforme os casos.”

Concluindo-se na Cláusula 21.4 que

“Se o Produtor (no caso das cláusulas 21.1.1 e 21.3) ou o RNT (no caso da cláusula 21.1.2) através de notificação à outra parte assim o decidirem, o cálculo do Encargo de Potência e/ou do Encargo de Energia, deve ser corrigido de acordo com os procedimentos e princípios relevantes definidos no parágrafo 10 do Anexo II, assegurando, tanto quanto possível, que o Produtor fica na mesma situação financeira em que estaria se não tivesse ocorrido nenhuma Alteração Fiscal Relevante, segundo este Contrato”.

Sendo que por força das definições constantes do n.º 1 do Anexo II ao Contrato, Alteração Fiscal Relevante é toda e qualquer alteração resultante de alteração legislativa ou de entendimento da Autoridade Tributária, ou seja, é toda e qualquer alteração fiscal, independentemente do respetivo impacto.

Perante este clausulado contratual a questão que se coloca é a da validade das citadas cláusulas, na medida em que por acordo de duas entidades se transfere o impacto fiscal para terceiros — os consumidores — isto é, os encargos com o pagamento de impostos que incidem sobre uma das contratantes.

Especialmente atendendo a que não existe qualquer distinção entre os impostos que incidem sobre os respetivos rendimentos, daqueles que incidem sobre matérias-primas que poderiam justificar um aumento dos custos de produção.

É que tal parece traduzir-se numa penalização dos contribuintes consumidores que suportariam uma espécie de isenção subjetiva material de uma empresa, colocando-a numa posição de privilégio em relação às restantes empresas destinatárias do mesmo imposto.

A situação torna-se, ainda mais duvidosa, quando na cláusula 21.5.2. se estipula que “na medida em que o impacto finan-

ceiro de uma Alteração Fiscal Relevante sobre o Produtor, ou seus Associados, dependa da forma como os impostos são aplicados sobre as atividades de outros Associados, Subsidiárias ou “Holdings” o Produtor deverá esforçar-se para assegurar de forma razoável que os acordos sobre distribuição de impostos entre os seus Associados ou Subsidiárias ou “Holdings” conforme os casos, sejam justos para a RNT (tendo em atenção esta cláusula 21)”.

Pergunta-se, por isso:

a) Eram válidas as citadas cláusulas do CAE;

b) Podem as cláusulas citadas serem aplicadas no âmbito do cálculo do valor do CMEC, com base na remissão que nele é feita para o regime contratual do CAE, ou seja, podem tais cláusulas ser aplicadas a alterações fiscais (com a amplitude que lhes é dada na citada Cláusula 21 do CAE) a alterações posteriores à cessação do CAE?

c) Poderá uma tal alteração do responsável por suportar o imposto ser considerada um auxílio de Estado? Se o for, integra-se no âmbito da autorização da deliberação da Comissão Europeia proferida no Processo N161/2004 — Custos ociosos em Portugal (que se envia em anexo)?

3 — A segunda questão prende-se com a inclusão no cálculo do CMEC do montante de investimentos realizados em momento posterior à cessação do CAE.

A este propósito, surge como pertinente ponderar que a cessação do CAE de Sines e passagem para o CMEC levou a que fosse abandonada a possibilidade de reversão da central produtora para a concessionária da RNT, tornando-se, salvo melhor opinião, inevitável considerar que a propriedade da obra, leia-se: a central, é, no caso, da E.D.P.

Ora, assumindo que a interpretação deste pressuposto merece a concordância desse Conselho Consultivo, questão que expressamente se coloca, então, impõem-se as seguintes questões, relacionadas com o pagamento, através dos CMEC e da tarefa que os concretiza, de investimentos realizados após a extinção do CAE.

Estão em causa dois tipos distintos de situações, a saber:

A compensação, através dos CMEC, de investimentos não previstos no acordo de extinção dos CAE, realizados após essa extinção, por se considerar que esses montantes seriam enquadráveis nos CAE por força da remissão operada pelo acordo da respetiva cessação; e

A compensação dos investimentos que se tornaram obrigatórios por força da Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de outubro de 2001, transposta para a ordem interna pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, que se aplica a todos os produtores, os quais, caso não tenham CMEC, têm de suportar os respetivos investimentos.

A diferença dos dois é a previsão prévia nos CAE e nos respetivos acordos de cessação, que acontecia quanto aos investimentos ambientais.

No entanto, pese embora essa diferença, entendemos que será legítima a mesma dúvida e, assim, a mesma questão, qual seja: sendo, aparentemente, inquestionável que, em ambos os casos, existe uma medida seletiva, com potencial de afetação das trocas comerciais, concedendo uma vantagem a quem beneficia do regime CMEC e da sua interpretação inclusiva, isto é, que estamos perante um Auxílio de Estado, estão estas práticas em conformidade com a decisão da CE acima identificada, que se pronunciou sobre a compatibilidade das medidas compensatórias em termos muito restritivos?

A questão agora suscitada, resulta reforçada se tivermos em linha de conta que no contrato de constituição do direito de superfície celebrado entre o Gabinete da Área de Sines e a EDP-EP, em 11 de dezembro de 1987 (data em que a EDP ainda era a concessionária da RNT) se estabelece na cláusula oitava, n.º 2 do Documento complementar à escritura que “No caso de extinção do direito de superfície pelo decurso no prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, o superficiário, terá direito além do mais que no último caso lhe caiba uma indemnização consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, tomando-se como base o custo da construção a esse tempo e descontando-se as depreciações derivadas do mau estado de conservação e de outras causas que lhe diminuam o valor para ulterior utilização”.

É que, da conjugação das regras dos dois contratos, CAE e Direito de Superfície, resulta que no âmbito do CAE e posterior CMEC a tarifa UGS é calculada considerando a amortização do valor dos investimentos inicial e adicionais da construção da Central, quando o pagamento do respetivo valor já estava assegurado para o momento da reversão da propriedade por força da extinção do direito de superfície.

4 — Por outro lado, a conjugação da cessação do CAE e passagem para CMEC, com a prorrogação do direito de superfície por mais

40 anos, ou seja, até 2060, teve por efeito que a expectativa de exploração da Central Térmica de Sines, deixasse de ter um período de exploração determinado, que terminaria no final deste ano de 2017, para um período de exploração a tender para o perpétuo.

Na verdade, por força do regime consagrado no contrato de constituição do direito de superfície, a sucessiva prorrogação do respetivo prazo está dependente da exclusiva vontade da superficiária, sendo muito restritas as situações em que o fundeiro se lhes pode opor.

Ora, constituindo a evolução de tal feixe de relações contratuais um claro benefício para a EDP, ainda que não avaliado, e tendo a posição atual da EDP sido alcançada através de alterações substanciais das várias relações contratuais existentes, sempre sem sujeição a qualquer procedimento prévio potenciador do cumprimento das regras da concorrência, coloca-se, igualmente, a questão de determinar se poderemos estar perante uma situação configurável como Auxílio de Estado proibido pelo Direito da União, questão que, também, se pretende ver esclarecida.

Complementarmente, a entidade consulente veio precisar o seguinte quanto ao objeto da consulta:

1 — O direito de superfície.

1.1 — A CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, SA (por força de sucessivas alterações societárias, atualmente a posição contratual é assumida pela EDP) instalou e iniciou a exploração da Central Termoelétrica de Sines, com base num contrato de constituição de direito de superfície a seu favor, relativo a solos que pertenciam ao domínio privado do Gabinete da Área de Sines (criado pelo Decreto-Lei n.º 270/71, de 19 de junho, com a natureza jurídica de instituto público).

1.2 — Apesar do contrato datar de 11 de dezembro de 1987, o direito de superfície foi constituído pelo prazo de 40 anos, reportando o seu início de vigência a 1 de agosto de 1980, fixando-se no contrato que a prorrogação da sua vigência poderia ser sucessiva e dependeria da vontade da superficiária.

1.3 — Entretanto, com a extinção do Gabinete da Área de Sines, a propriedade dos solos em causa foi transferida para o IAPMEI. Sendo que o IAPMEI celebrou com a AICEP um contrato de gestão desses imóveis e outorgou procuração, para que esta o representasse nos atos relativos a esses mesmos imóveis.

1.4 — O prazo originário do direito de superfície terminaria, deste modo, no dia 1 de agosto de 2020, tendo porém sido prorrogado por mais 40 anos, conforme resulta de uma troca de correspondência entre a EDP e a AICEP. De referir, que se desconhece a aprovação de tal prorrogação pelos órgãos do IAPMEI e que o prazo resultante da prorrogação excede, em muito, o prazo de vigência do contrato de gestão celebrado com a AICEP.

1.5 — Conforme se referiu no pedido de parecer, no contrato de constituição do direito de superfície celebrado entre o Gabinete da Área de Sines e a EDP-EP, em 11 de dezembro de 1987 (data em que a CPPE ainda era a concessionária da RNT) estabelece-se na cláusula oitava, n.º 1 do Documento complementar à escritura que “No caso de extinção do direito de superfície pelo decurso no prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, a superficiária, terá direito além do mais que no último caso lhe caiba uma indemnização consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular; tomando-se como base o custo da construção a esse tempo e descontando-se as depreciações derivadas do mau estado de conservação e de outras causas que lhe diminuam o valor para ulterior utilização”.

2 — O CAE.

2.1 — Entretanto, em 26 de setembro de 1996, foi celebrado entre a REN — Rede Elétrica Nacional — SA, enquanto concessionária, e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, AS, um Contrato de Aquisição de Energia (CAE), em que a CPPE se obriga a vender à REN a totalidade da energia produzida e a REN se obriga a comprar à CPPE essa mesma energia.

2.2 — Nos termos do anexo 1 do CAE, o encargo fixo mensal inclui a remuneração e amortização do Ativo Líquido Inicial e a remuneração e amortização do Investimento Adicional. Isto é, da conjugação dos dois contratos, resulta que, no termo do direito de superfície, a EDP (atualizando subjetivamente os contratos) seja indemnizada pelo valor da Central cujos custos os consumidores, entretanto, amortizaram e remuneraram por força do CAE (e do CMEC — Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual, como veremos adiante).

2.3 — Este CAE teria o seu termo, conforme o estipulado na respetiva cláusula 3, a 31 de dezembro do corrente ano de 2017.

3 — O CMEC.

3.1 — Sucede, porém, que por força da imposição comunitária de liberalização do mercado interno da eletricidade e dos compromissos assumidos para a constituição de um Mercado Ibérico de Eletricidade

(MIBEL) e em cumprimento do estatuído no Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, foi celebrado em 27 de janeiro de 2005, o acordo de cessação do CAE e a definição contratual dos CMEC.

3.2 — De uma forma simplista, os CMEC foram anunciados como um modelo de garantia das condições financeiras existentes no âmbito do CAE, agora, enquadradas num mercado livre e concorrencial (se é que tal é possível).

3.3 — Na parte que agora nos ocupa, o principal efeito que resulta da passagem para os CMEC traduz-se na manutenção das garantias financeiras do CAE até ao final do corrente ano de 2017, tendo, no entanto, desaparecido o prazo final de exploração da Central. Ou seja, a partir do início de 2018, a EDP poderá continuar a operar a Central, ainda que no âmbito do mercado livre ou ordinário.

3.4 — Prevendo-se, ainda, que se por alguma razão a Central vier a reverter para a concessionária do Sistema Elétrico Nacional — a REN — esta não a poderá explorar diretamente, nem concessionar a sua exploração, ficando, como tal obrigada a proceder ao seu desmantelamento a expensas suas.

4 — As questões.

De todo este enquadramento suscitaram-se as seguintes questões, que agora tentamos explicitar de forma mais rigorosa:

a) São válidas as cláusulas que, conjugadamente, implicam o pagamento à EDP do valor da Central cujo investimento inicial e adicional, foi amortizado e pago pelos consumidores através da sua inclusão como fator de cálculo da componente fixa das tarifas?

b) É válida a cláusula que proíbe a exploração direta ou indireta da Central pela concessionária do Sistema Elétrico Nacional, quando o custo da mesma foi integralmente amortizado e remunerado pelos consumidores? Isto porque, estando no âmbito da concessão e, assim, numa ambiência de Direito Público, isso significaria que um Ente Público se comprometeu, ad eternum, com um privado, a não usar e explorar propriedade própria, que pagou. Estamos perante uma exclusão da fruição de um bem de interesse geral (que aproveita a todos) em benefício de um único privado, sem qualquer contrapartida.

c) É válido o regime de cálculo dos CMEC fixados no anexo 1 da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE, outorgado em 15 de junho de 2007, na parte em que prevê a amortização e remuneração dos investimentos realizados após a cessação do CAE, relativos às exigências ambientais incidentes sobre todos os produtores do setor?

d) É válida a prorrogação do direito de superfície sem sujeição a procedimento concorrencial, atendendo a que o regime previsto no contrato inicial apenas era possível, por o mesmo ser celebrado por entidades públicas?

e) É válida a prorrogação do direito de superfície, se decidida, apenas, pela AICEP, enquanto entidade gestora do património do IAPMEI e por prazo superior ao do seu próprio contrato de gestão?

f) Independentemente das conclusões que sejam alcançadas em relação à validade das cláusulas acima referidas, o regime que deles resulta deve ou não ser qualificado como auxílio de Estado? E sendo, está ou não sujeito ao respetivo regime de autorização? E estando, é, ou não, passível de ser considerado auxílio legítimo? E sendo, estas práticas estão ou não em conformidade com a decisão da CE que se pronunciou sobre a compatibilidade das medidas compensatórias em termos muito restritivos?

São, pois, as seguintes as questões que a entidade consulente coloca relativas ao Acordo de Extinção do Contrato de Aquisição de Energia Elétrica do Centro Electroprodutor Térmico de Sines e que constituem o objeto do presente Parecer:

1.º conjunto de questões:

a) É válido o que consta da cláusula 21 do CAE de Sines, no que toca a alterações nas responsabilidades fiscais da produtora?

b) Podem as cláusulas citadas serem aplicadas no âmbito do cálculo do valor do CMEC, com base na remissão que nele é feita para o regime contratual do CAE, ou seja, podem tais cláusulas ser aplicadas a alterações fiscais (com a amplitude que lhes é dada na citada Cláusula 21 do CAE) posteriores à cessação do CAE?

c) Poderá uma tal alteração do responsável por suportar o imposto ser considerada um auxílio de Estado?

d) Se o for, integra-se no âmbito da autorização da deliberação da Comissão Europeia proferida no Processo N161/2004 — Custos ociosos em Portugal?

2.º conjunto de questões:

a) São válidas as cláusulas que, conjugadamente, implicam o pagamento à EDP do valor da Central cujo investimento inicial e adicional foi amortizado e pago pelos consumidores através da sua inclusão como fator de cálculo da componente fixa das tarifas?

b) É válida a cláusula que proíbe a exploração direta ou indireta da Central pela concessionária do Sistema Elétrico Nacional, quando o custo da mesma foi integralmente amortizado e remunerado pelos consumidores?

c) É válido o regime de cálculo dos CMEC fixados no anexo 1 da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE, outorgado em 15 de junho de 2007, na parte em que prevê a amortização e remuneração dos investimentos realizados após a cessação do CAE, relativos às exigências ambientais incidentes sobre todos os produtores do setor?

d) É válida a prorrogação do direito de superfície sem sujeição a procedimento concorrencial, atendendo a que o regime previsto no contrato inicial apenas era possível, por o mesmo ser celebrado por entidades públicas?

e) É válida a prorrogação do direito de superfície, se decidida, apenas, pela AICEP, enquanto entidade gestora do património do IAPMEI e por prazo superior ao do seu próprio contrato de gestão?

f) Independentemente das conclusões que sejam alcançadas em relação à validade das cláusulas acima referidas, o regime que deles resulta deve ou não ser qualificado como auxílio de Estado?

g) E sendo, está ou não sujeito ao respetivo regime de autorização?

h) E estando, é, ou não, passível de ser considerado auxílio legítimo?

i) E sendo, estas práticas estão ou não em conformidade com a decisão da CE que se pronunciou sobre a compatibilidade das medidas compensatórias?

Lembra-se que o Conselho Consultivo, em sede relativa à emissão de «parecer restrito a matéria de legalidade» a solicitação do Governo, nos termos da alínea a), do artigo 37.º, do Estatuto do Ministério Público, carece de legitimidade para o desenvolvimento de qualquer investigação autónoma sobre toda a factualidade envolvente, cingindo-se ao enquadramento jurídico das questões suscitadas, de acordo com uma matriz conformada pelos princípios da legalidade e objetividade, tendo como pressuposto os factos documentados que lhe foram fornecidos pela entidade consulente.

2 — Dos CAE e da sua extinção

Antes de abordarmos as múltiplas questões colocadas pela entidade consulente convém deixar aqui uma sumária descrição do enquadramento legal dos CAE e da sua cessação antecipada, para uma mais fácil compreensão deste parecer¹.

Os contratos de aquisição de energia (CAE) enquadram-se no modelo de organização do Sistema Elétrico Nacional (SEN) regulado pelo Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho², que visou aprofundar a liberalização do setor.

Esse diploma, que estabeleceu as bases da organização do Sistema Elétrico Nacional (SEN), consagrou um modelo de organização do SEN caracterizado pela coexistência de um sistema elétrico de serviço público (SEP) e de um sistema elétrico independente (SEI) — artigo 3.º

De acordo com o disposto no seu artigo 7.º, o objetivo do SEP era o de assegurar em todo o território continental a satisfação das necessidades dos consumidores de energia elétrica, em regime de serviço público, compreendendo a Rede Nacional de Transporte de Energia Elétrica (RNT), explorada em regime de concessão de serviço público, e o conjunto de instalações de produção e redes de distribuição, explorado mediante um regime de licença vinculada (artigo 8.º).

As entidades que constituíam o SEP encontravam-se enumeradas no artigo 9.º³: (a) os titulares de licenças vinculadas de produção; (b) a entidade concessionária da RNT; (c) os titulares de licenças vinculadas de distribuição.

Conforme definição contida no artigo 4.º, alínea d), do mesmo diploma, a licença vinculada era a licença mediante a qual o titular assume o compromisso de alimentar o SEP ou ser por ele alimentado, dentro das regras de funcionamento daquele Sistema⁴.

Nos termos do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de junho, os produtores vinculados eram as entidades titulares de licenças vinculadas de produção de energia elétrica, regulando o artigo 14.º o processo de consulta para o estabelecimento e exploração de novos centros eletroprodutores.

Em conformidade com o disposto no n.º 8 deste preceito⁵, a integração de cada novo centro eletroprodutor no SEP concretiza-se mediante a celebração de um novo contrato de vinculação entre a entidade concessionária da RNT e a entidade selecionada para o estabelecer e explorar...

Para efeitos do diploma em análise, o contrato de vinculação é definido como o contrato de longo prazo mediante o qual, dentro das regras de funcionamento do SEP, um produtor assume o compromisso de entregar ao SEP toda a energia elétrica por si produzida ou um distribuidor

assume o compromisso de proceder à distribuição, dentro do âmbito do SEP, da energia elétrica que recebe deste — artigo 4.º alínea c).

Estes contratos são os denominados CAE, cujos traços essenciais estão definidos no artigo 15.º deste diploma, o qual dispõe:

1 — Os produtores vinculados relacionam-se comercialmente com a entidade concessionária da RNT através dos contratos de vinculação referidos no artigo anterior.

2 — A cada centro eletroprodutor corresponde um contrato de vinculação.

3 — Os contratos de vinculação têm uma duração não inferior a 15 anos, exceto em casos devidamente justificados.

4 — Através dos contratos de vinculação, os produtores vinculados comprometem-se a abastecer o SEP, em exclusivo, nos termos da legislação aplicável.

5 — A remuneração da energia elétrica entregue ao SEP resulta da aplicação de um sistema misto baseado em preços de natureza essencialmente fixa e em preços variáveis, refletindo, respetivamente, encargos de potência e encargos variáveis de produção de energia.

Como se retira do preceito reproduzido, os CAE caracterizam-se por serem contratos de longo prazo através dos quais os produtores vinculados ao serviço público da energia se comprometiam a abastecer, em exclusivo, a entidade concessionária da rede nacional de transporte, vendendo-lhe toda a energia produzida no centro eletroprodutor⁶.

No âmbito destes contratos, estabelece-se uma relação entre a entidade concessionária da rede nacional de transporte de energia elétrica (RNT), concessão atribuída à REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., como compradora, e cada produtor vinculado de energia, como vendedor, nos termos da qual este se compromete a vender àquela entidade a capacidade total da instalação produtora de acordo com as condições técnicas e comerciais ajustadas.

Nesses contratos são reconhecidos tanto os proveitos expectáveis dos produtores como as compensações a que as partes têm direito em caso de incumprimento, alteração ou rescisão por motivos que não lhes sejam imputáveis⁷.

De acordo com o disposto no n.º 5 do preceito acima transcrito, os CAE remuneram os custos ou encargos fixos (encargos de potência) dos centros eletroprodutores que englobam o investimento inicial, bem como as despesas com o funcionamento e a manutenção correntes, permitindo ainda recuperar os custos ou encargos variáveis de produção de energia elétrica pelo empreendimento (custos dos serviços de sistema)⁸.

Os CAE, sendo vinculações de longo prazo, baseiam-se, pois, nas condições previamente acordadas entre as partes e não nas condições decorrentes de um mercado livre e concorrencial.

Todavia, a necessidade de estabelecer regras comuns para o mercado interno de eletricidade e as exigências inerentes à construção do MIBEL obrigaram a alterar, de forma substancial, a relação comercial entre a entidade concessionária da RNT e os produtores que operam no SEP, impondo-se a estes últimos a transição do atual sistema de relação comercial exclusiva para um novo modelo concorrencial, em que as transações comerciais entre agentes de mercado devem ser realizadas quer em torno de um mercado organizado, quer mediante recurso a formas de contratação bilateral.

Por isso, de entre as orientações de política energética aprovadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2003⁹, foi adotada a necessidade de liberalizar o mercado com eficiência, através, designadamente, da concretização do mercado ibérico de eletricidade (MIBEL) e da promoção da concorrência e da abertura dos setores de eletricidade e gás natural.

A extinção dos contratos de aquisição de eletricidade (CAE) foi uma das medidas que aí se apresenta como imprescindível para que exista um verdadeiro mercado de eletricidade. Como ali se refere, é necessário que haja colocação de energia nesse mercado de eletricidade. Desta forma, a REN deixará o seu “estatuto” de comprador quase único da eletricidade produzida, para que as empresas de produção a possam colocar no mercado.

De um modelo em que a produção de energia elétrica assentava na existência de contratos de aquisição de longo prazo (CAE), firmados entre cada centro eletroprodutor e um comprador único que assegurava o aprovisionamento de energia para fornecimento à generalidade dos consumidores finais, passou-se à liberalização, quer ao nível da escolha de fornecedor, quer por via da abertura da atividade de produção à concorrência¹⁰.

Houve necessidade de se se criar um mecanismo que, tendo presente o respeito por condições contratualmente estabelecidas e que não poderiam ser ignoradas, permite efetuar a cessação dos CAE mantendo o equilíbrio contratual subjacente a esses contratos¹¹.

Na mencionada Resolução fez-se notar, todavia, que esses contratos entre os produtores vinculados e a REN oferecem garantias aos agentes da produção que deverão ser acautelados no mecanismo de recuperação

de custos de transição para a concorrência a definir, salvaguardando-se a neutralidade económica para as partes contratantes dos CAE, sem introduzir vícios à livre formação de preços no mercado.

Efetivamente, se, em termos gerais, a transição para um sistema de concorrência é benéfica, desde logo, para os consumidores e para os agentes económicos que podem passar a atuar em setores anteriormente vedados, o mesmo não sucede relativamente às empresas que atuavam nos setores vedados e que não sofriam, por isso, qualquer concorrência, passando a ter de atuar em mecanismos de oferta em mercados organizados.

Essa transição para sistemas concorrenciais ocasiona geralmente, como assinala NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, os designados *Competition Transaction Charge*, expressão que pode ser traduzida como “Custos de Transição para a Concorrência” que são os que decorrem da necessidade de assegurar às empresas que atuam em determinado setor o direito à recuperação dos investimentos realizados, que se encontravam devidamente acautelados no modelo monopolista¹².

No âmbito da liberalização do setor elétrico, os custos de transição para a concorrência, podendo encontrar também fundamento no princípio da proteção da confiança legítima, decorrem, essencialmente, da necessidade de permitir às empresas do setor que utilizem meios necessários à recuperação de investimentos realizados cuja amortização era expectável segundo as regras em vigor num determinado período, as quais, porém, vieram a ser alteradas posteriormente pelo legislador¹³.

A orientação política consignada na mencionada Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2003 foi consagrada no Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto¹⁴, que veio a estabelecer disposições aplicáveis à cessação dos contratos de aquisição de energia elétrica celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores vinculados, dispondo o seu artigo 13.º o seguinte:

1 — Os contratos de aquisição de energia (CAE) elétrica celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores vinculados são objeto de cessação.

2 — A cessação dos contratos vinculados a que se refere o número anterior implica a adoção de medidas indemnizatórias, tendo em vista o ressarcimento dos direitos dos produtores através de um mecanismo destinado a manter o equilíbrio contratual subjacente, designado por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC).

3 — Os CMEC deverão garantir a compensação dos investimentos realizados e a cobertura dos compromissos nos CAE que não sejam garantidos pelas receitas expectáveis em regime de mercado.

4 — As condições da cessação e os critérios de valorização dos CMEC, incluindo as formas de pagamento, os ajustamentos a aplicar e a sua repercussão nas tarifas, bem como os efeitos de falta de pagamento aos produtores abrangidos, são objeto de diploma específico.

O Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro¹⁵, em execução do disposto no artigo 13.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, e editado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro, contempla as disposições aplicáveis à cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE), celebrados ao abrigo do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, entre a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de Energia Elétrica (RNT) e as entidades titulares de licenças vinculadas de produção de energia elétrica que abastecem o Sistema Elétrico de Serviço Público (SEP) — produtores.

Como se prevê no n.º 2 do seu artigo 1.º, este diploma *procede à atribuição, a um dos contraentes dos CAE, do direito a uma compensação em virtude da cessação antecipada destes contratos, à definição da metodologia de determinação do respetivo montante, das formas e momento do seu pagamento, dos efeitos de eventuais faltas de pagamento, da sua repercussão nas tarifas elétricas e ao estabelecimento das regras especiais aplicáveis à possível titularização dos direitos respeitantes ao seu recebimento*.

O artigo 2.º deste Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, determina a cessação antecipada dos CAE celebrados entre as entidades acima referidas, prevendo no seu n.º 2 a atribuição do direito a uma compensação, designada por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), nos seguintes termos:

1 — Os CAE celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores são objeto de cessação antecipada nos termos previstos no presente diploma, a qual apenas produz efeitos após a verificação das circunstâncias previstas n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º, no n.º 4 do artigo 10.º e no artigo 14.º, e em conformidade com os termos e condições previstos no respetivo acordo de cessação que venha a ser celebrado nos termos estabelecidos nos artigos 9.º e 10.º

2 — A cessação de cada CAE confere a um dos seus contraentes, entidade concessionária da RNT ou produtor, o direito a receber, a partir da data da respetiva cessação antecipada, uma compensação

pecuniária, designada por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), destinada a garantir a manutenção do equilíbrio contratual entre as partes contraentes, subjacente ao respetivo CAE, e a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados por esse contrato que não sejam adequadamente assegurados através das receitas expectáveis em regime de mercado.

...

A cessação antecipada dos CAE determina a atribuição a um dos seus titulares (produtor ou entidade concessionária da RNT) do direito ao recebimento de compensações pela cessação antecipada de tais contratos as quais têm o intuito de garantir a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos contratos anteriores, que não estejam devidamente garantidos através das receitas esperadas em regime de mercado.

Como se explicita na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 141/IX¹⁶, a introdução de um novo modelo de funcionamento do setor elétrico, liberalizado e concorrencial, implicando a extinção da relação comercial exclusiva dos centros eletroprodutores com a entidade concessionária da RNT, determinou a criação de medidas compensatórias, visando o ressarcimento dos direitos de um dos contraentes dos CAE, através de compensações [...] que assegurem a apropriada equivalência económica relativamente à posição de cada parte no CAE.

Na apresentação da proposta de lei já referenciada, o Secretário de Estado do Desenvolvimento Económico enunciou os aspetos essenciais do funcionamento dos CMEC em termos que agora se reproduzem, com vista à melhor compreensão do sistema instituído. Afirmou-se então:

Ao extinguir os CAE os produtores deixarão de receber o valor implícito no contrato que inclui, por exemplo, custos fixos e variáveis de operação e manutenção, os custos de investimento ou pagamentos por disponibilidade da central. Mas ao operar em regime de mercado, os produtores recebem receitas provenientes da venda de energia.

Assim, a compensação a atribuir aos produtores é tão somente a diferença entre a garantia de valor que estes teriam com os CAE e as receitas obtidas em mercado. Se o valor recuperado em mercado for inferior ao valor implícito no CAE, a compensação ou Custo de Manutenção do Equilíbrio contratual — CMEC, a pagar aos produtores será positiva e deverá ser levada à tarifa de usos globais do sistema para pagamento por todos os consumidores. Ou seja, as compensações são apenas no montante do valor do CAE que os produtores não conseguem recuperar através do mercado, repondo o equilíbrio contratual.

Naturalmente, se os produtores obtiverem no mercado receitas acima do valor do CAE terão de devolver esse adicional ao sistema, repercutindo-se numa redução das tarifas de todos os consumidores.

O procedimento para a cessação antecipada dos CAE está regulado no artigo 9.º deste diploma. De acordo com o disposto no seu n.º 1, a entidade concessionária da RNT e os produtores celebram um acordo de cessação para cada centro eletroprodutor térmico ou para cada conjunto de centros eletroprodutores pertencentes à mesma unidade de produção hídrica, conforme aplicável.

Nos termos do n.º 2, os acordos de cessação antecipada dos CAE ficam sujeitos a aprovação por despacho do membro do Governo responsável pela área de energia, a publicar no *Diário da República*, mediante requerimento a apresentar pelas respetivas partes.

O artigo 10.º, n.º 1, elenca os elementos que os acordos de cessação antecipada dos CAE devem conter:

a) A concretização dos direitos e os deveres que para as partes resultam do presente diploma;

b) O montante das compensações devidas à entidade concessionária da RNT ou ao produtor, calculado nos termos previstos no presente diploma, bem como os parâmetros utilizados no respetivo cálculo;

c) O montante máximo de compensações devidas pela cessação antecipada de cada CAE, de acordo com o disposto no artigo 13.º;

d) As condições dos ajustamentos anuais e do ajustamento final dos montantes das compensações constantes dos n.ºs 6 e 7 do artigo 3.º e do artigo 11.º;

e) Os termos e condições de pagamento das compensações nos termos definidos no presente diploma, bem como a previsão que o direito conferido aos produtores, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, possa ser cedido para efeitos de titularização;

f) A sujeição a arbitragem dos litígios que se suscitam entre as partes do acordo de cessação em relação à interpretação ou execução do disposto no presente diploma.

O artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, trata da determinação do montante das compensações devidas a cada centro eletroprodutor ou à entidade concessionária da RNT pela cessação an-

tecipada dos contratos de aquisição de energia (CMEC) e dos respetivos ajustamentos, dispondo o seguinte:

1 — O montante bruto da compensação determinado para cada centro eletroprodutor pela cessação antecipada do respetivo CAE corresponde à diferença entre o valor do CAE, calculado à data da sua cessação antecipada de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, e as receitas expectáveis em regime de mercado, deduzidas dos correspondentes encargos variáveis de exploração, uns e outros reportados àquela mesma data.

2 — O montante compensatório afeto a cada centro eletroprodutor deve ser calculado de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do anexo I do presente diploma, do qual faz parte integrante, tendo em consideração a especificidade do respetivo CAE e dos meios de produção envolvidos.

3 — O cálculo efetuado nos termos dos números anteriores pode conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores, sendo estes, em tal caso, designados por CMEC positivos, ou à determinação de montantes devidos pelos produtores à entidade concessionária da RNT, caso em que são designados por CMEC negativos.

4 — O montante global bruto dos CMEC respeitantes ao conjunto dos CAE afetos a cada produtor é calculado nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do anexo I do presente diploma, havendo sempre lugar à realização de compensação entre os montantes dos CMEC positivos e negativos determinados em relação a cada CAE, na data da respetiva cessação antecipada.

5 — Os montantes dos CMEC, determinados nos termos do presente diploma, são suscetíveis de ajustamentos anuais e de um ajustamento final, de forma a assegurar a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos CAE.

6 — Os ajustamentos anuais aos montantes dos CMEC são efetuados nos termos previstos nos n.ºs 1 a 11 do artigo 11.º, com observância das seguintes regras:

a) Os ajustamentos devem respeitar a formulação constante dos artigos 4.º a 6.º do anexo I do presente diploma;

b) Para efeitos da alínea anterior, a produção de energia elétrica a considerar deve ser determinada com base no modelo VALORAGUA, de acordo com o anexo IV do presente diploma, do qual faz parte integrante;

c) Os ajustamentos podem conduzir à determinação de montantes devidos aos produtores, sendo estes, em tal caso, designados por ajustamentos positivos, ou à determinação de montantes devidos pelo produtor à entidade concessionária da RNT, caso em que são designados por ajustamentos negativos;

d) Os ajustamentos são efetuados durante um prazo correspondente ao período de atividade de cada centro eletroprodutor previsto no respetivo CAE ou ao período de atividade decorrido até à data de desclassificação antecipada do centro eletroprodutor nos termos da alínea seguinte, consoante a situação que ocorra em primeiro lugar e tendo como limite um período de 10 anos após a data de cessação antecipada do CAE;

e) A desclassificação antecipada do centro eletroprodutor referida na alínea anterior carece de autorização prévia da DGGE, ouvida a ERSE e a entidade concessionária da RNT.

7 — Quando, nos termos do CAE aplicável, o termo do período de atividade do centro eletroprodutor nele estabelecido ultrapasse um período correspondente aos 10 anos posteriores à cessação antecipada desse contrato, sendo esse intervalo temporal adiante designado «período II», o montante dos CMEC remanescentes é objeto de um ajustamento final sem efeitos retroativos, com observância das seguintes regras:

a) O valor do ajustamento final é determinado em função da diferença verificada entre o montante da compensação relativa ao período II, calculado à data da cessação antecipada do respetivo CAE, e o valor da compensação relativa ao mesmo período, calculado no final do 10.º ano subsequente à data da cessação desse contrato;

b) Para efeitos da alínea anterior, o valor da compensação calculado no final do 10.º ano deve ser determinado mediante a utilização da metodologia de cálculo prevista na alínea seguinte;

c) O cálculo do valor do ajustamento final é efetuado nos termos do n.º 12 do artigo 11.º, com base na formulação constante dos artigos 7.º e 8.º do anexo I do presente diploma, aplicando-se também, com as devidas adaptações, o regime previsto nas alíneas b) e c) do número anterior.

A regra básica aplicável na determinação do montante dos CMEC está enunciada no n.º 1 do preceito transcrito. O montante bruto da compensação determinado para cada centro eletroprodutor pela cessação antecipada do respetivo CAE corresponde à diferença entre o valor

do CAE, calculado à data da sua cessação antecipada de acordo com as disposições nele prescritas e tendo em consideração um conjunto de parâmetros tipificados na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma, e as receitas expectáveis em regime de mercado, deduzidas dos correspondentes encargos variáveis de exploração, uns e outros reportados àquela mesma data, ou seja, à data da cessação antecipada do CAE.

Os parâmetros a considerar são, para todos os centros eletroprodutores, os que se contemplam nas subalíneas i) e ii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do seguinte teor:

1 — Os parâmetros de base a utilizar no cálculo dos CMEC devidos às partes contraentes dos CAE pela cessação antecipada destes contratos, no âmbito das disposições estabelecidas no artigo 3.º e do procedimento previsto no artigo 9.º, são definidos, para cada centro eletroprodutor, nos termos seguintes:

a) Valor do CAE, reportado à data prevista para a sua cessação antecipada, calculado de acordo com as disposições nele prescritas, que tem em consideração o seguinte:

i) Para todos os centros eletroprodutores, o valor do CAE inclui a amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados;

ii) Para todos os centros eletroprodutores, o valor do CAE inclui ainda os encargos fixos de exploração, nomeadamente os encargos fixos de operação e manutenção correntes e a remuneração do stock de combustível e outros que se encontrem explicitamente definidos no CAE.

iii) Para o caso específico dos centros eletroprodutores do Pego e de Sines, definidos no n.º 1 do anexo II, o valor do CAE respetivo deve ainda incluir a remuneração e amortização dos investimentos, devidamente autorizados pela DGGE, ouvida a ERSE, relativos ao cumprimento dos limites de emissão respeitantes às grandes instalações de combustão estabelecidos na Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro.

O valor do CAE respetivo deve ainda incluir a remuneração e amortização dos investimentos, devidamente autorizados pela DGGE, ouvida a ERSE, relativos ao cumprimento dos limites de emissão respeitantes às grandes instalações de combustão estabelecidos na Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro.

A avaliação que servirá de cálculo dos CMEC reporta-se, como resulta das normas transcritas, a um momento temporal determinado: data da cessação antecipada de cada CAE. Será com referência a essa data que se determina o valor dos contratos, o montante das receitas expectáveis e o valor dos encargos variáveis de exploração.

Interessa sublinhar que, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, o valor do CAE deverá ser calculado tendo em atenção as respetivas disposições contratuais, aquilo que aí ficou convencionado.

Do cálculo do montante dos CMEC podem resultar valores compensatórios a favor dos produtores ou montantes devidos por estes à entidade concessionária da RNT. Na primeira situação, estaremos perante CMEC positivos. No segundo caso, estaremos perante CMEC negativos. (artigo 3.º, n.º 3).

Os parâmetros previstos para a determinação dos montantes dos CMEC são aqueles que, como já se disse, vigoram na data da cessação antecipada do CAE. Tais parâmetros são, todavia, projetados para o futuro, o que introduz no seu apuramento um importante elemento de imprevisibilidade, quer no que respeita às receitas expectáveis, quer no que respeita aos encargos variáveis futuros, quer ainda no que diz respeito ao próprio valor dos CAE, decorrentes, nomeadamente, da eventual alteração das condições de exploração dos centros eletroprodutores que foram consideradas à data da cessação.

Daí que se preveja no artigo 3.º, n.º 5, um mecanismo de *revisibilidade das compensações*, estabelecendo-se no artigo 11.º as condições em que ele se processa.

Assim, de acordo com o citado artigo 3.º, n.º 5, os CMEC são suscetíveis de *ajustamentos anuais* e de um *ajustamento final*, por forma a assegurar a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados pelos CAE.

Os ajustamentos anuais são efetuados durante o prazo correspondente ao período de atividade de cada centro eletroprodutor previsto no respetivo CAE, com o limite de dez anos após a data da cessação antecipada do CAE.

Os valores dos ajustamentos são efetuados com observância das regras definidas no n.º 6 do artigo 3.º e com base nos critérios constantes dos artigos 4.º a 6.º do anexo I ¹⁷.

Tal como sucede com o cálculo do montante bruto da compensação determinado para cada centro eletroprodutor pela cessação antecipada do CAE, também os ajustamentos anuais podem conduzir à determinação

de montantes devidos aos produtores — ajustamentos positivos —, ou à determinação de montantes devidos pelo produtor à entidade concessionária da RNT — ajustamentos negativos.

Por sua vez, o ajustamento final opera quando o termo do período de atividade do centro eletroprodutor com CAE ultrapasse um período correspondente aos dez anos posteriores à cessação antecipada desse contrato e o seu valor é determinado com base nos parâmetros e critérios enunciados no n.º 7 do artigo 3.º¹⁸

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, regula o mecanismo de repercussão dos CMEC nas tarifas.

Após se reconhecer ao produtor o direito a receber o montante correspondente ao valor dos CMEC positivos e dos ajustamentos anuais e do ajustamento final positivos, bem como o montante correspondente ao valor dos outros encargos identificados nos n.ºs 4 e 5 do mesmo preceito, o n.º 2 estabelece que esses montantes são repercutidos pela totalidade dos consumidores de energia elétrica no território nacional, constituindo encargos respeitantes ao uso global do sistema a incorporar como componentes permanentes da tarifa UGS.

No caso de a cessação dos CAE relativos a um produtor conferir à entidade concessionária da RNT o direito a compensações correspondentes a CMEC negativos ou a ajustamentos anuais ou ajustamento final negativos, os respetivos montantes pagos por cada produtor devem ser repercutidos para posterior redução da tarifa UGS, de forma a garantir uma repartição equitativa entre todos os consumidores do sistema elétrico (n.º 3).

Refletindo-se os CMEC na estrutura da tarifa UGS, podem os CMEC positivos serem considerados tributos de natureza unilateral suscetíveis de serem reconduzidos à figura das contribuições especiais.

Resumindo a descrição da evolução recente do sistema elétrico nacional pode afirmar-se que a produção de energia elétrica em Portugal assentou na existência de contratos de aquisição de energia de longo prazo (CAE), celebrados, numa relação de exclusividade, entre cada centro eletroprodutor e a entidade concessionária da RNT que a liberalização verificada no setor elétrico, quer pela via da escolha do comercializador, quer pela abertura da atividade da produção de energia à concorrência, ditou a reformulação do respetivo modelo de organização, tendo o mecanismo criado pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, permitido a cessação dos contratos de aquisição de energia (CAE) que, respeitando as condições contratualmente estabelecidas, visou manter o equilíbrio contratual subjacente a tais contratos¹⁹.

Numa formulação sintética, dir-se-á que a mecânica de atuação dos custos de manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) permite a participação das centrais anteriormente detentoras de CAE nas diversas modalidades de contratação de energia elétrica²⁰.

Dessa participação em mercado é gerada uma receita correspondente que pode estar acima ou abaixo da receita que seria obtida pela aplicação dos CAE. Os CMEC ajustam os diferenciais de receita que se venham a apurar, central a central, nos seguintes termos simplificados:

— *Receita de mercado inferior à do CAE: Se a receita da central com a participação em mercado for inferior à que obteria pela aplicação do CAE respetivo, a revisibilidade atua no sentido de cobrir a diferença entre o valor obtido em mercado e o que seria decorrente da aplicação do modelo de contrato a longo prazo. Este valor é um encargo do sistema, sendo perequado por todos os consumidores de energia, através da tarifa de uso global do sistema.*

— *Receita de mercado superior à do CAE: Se a receita da central com a participação em mercado for superior à que obteria pela aplicação do CAE respetivo, a revisibilidade atua no sentido de retirar a diferença entre o valor obtido em mercado e o que seria decorrente da aplicação do modelo de contrato de longo prazo, aplicando-o como um valor a deduzir aos encargos do sistema elétrico, através da tarifa de uso global do sistema²¹.*

Como se faz notar no estudo que se acompanha, «os custos resultantes da aplicação dos CMEC são distribuídos por todos os consumidores de energia», constituindo uma contribuição financeira.

Convirá ainda reter que a existência de CMEC ou CAE corresponde à existência de um modelo de maior previsibilidade (e, por isso, menor risco) para os agentes²². Com a aplicação destes mecanismos, os eletroprodutores beneficiam de uma evidente vantagem pois têm asseguradas condições de operação até ao final do longo prazo contratual com um risco praticamente inexistente de cessação da atividade.

A este propósito, SUSANA TAVARES DA SILVA, depois de lembrar que os custos da transição para a concorrência ou de manutenção do equilíbrio contratual são repercutidos na tarifa, sendo, em última instância, suportados pelos consumidores finais, refere que o reconhecimento destes custos tem sido apontado pela doutrina como um fator de desequilíbrio e de atraso na implementação de um mercado no setor; pois não só é responsável pela não descida das tarifas, como ainda coloca

as empresas que a eles têm direito numa posição de superioridade face a novos operadores²³.

3 — Das questões relacionadas com a cláusula 21.ª do CAE de Sines

3.1 — Da cláusula 21.ª do CAE de Sines

Em 26 de setembro de 1996 a REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., concessionária da Rede Nacional de Transporte, como compradora, e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S. A., como produtora e vendedora, outorgaram um contrato de aquisição de eletricidade da capacidade total, em potência e energia dos Grupos 1 a 4 da Central Electroprodutora de Sines, considerando-se iniciado em 1 de janeiro de 1995 e tendo o seu termo em 31 de dezembro de 2017 (aqui abreviadamente designado como CAE de Sines).

Neste contrato estipulou-se, além do mais, o seguinte:

«21 — Alterações nas Circunstâncias

21.1 — Alterações Relevantes

21.1.1 — Se depois da assinatura deste Contrato, o Produtor:

(a) ficar obrigado a pagar ou ficar sujeito a Impostos Relevantes que à data da assinatura deste Contrato não existissem ou não afetassem o Produtor; ou

(b) sofrer um aumento nos custos,

em qualquer dos casos, devido:

(i) à introdução, imposição, cobrança ou tributação de qualquer Imposto Relevante e/ou aumento da taxa à qual qualquer Imposto Relevante é tributado; e/ou

(ii) a qualquer alteração na legislação ou na prática, pública e corrente, de qualquer autoridade fiscal, relacionada em qualquer dos casos com Impostos Relevantes; e/ou

(iii) a qualquer outra alteração na base de tributação de qualquer Imposto Relevante que seja adversa para os interesses financeiros do Produtor; ou

21.1.2 — Se depois da assinatura deste Contrato o Produtor:

(a) deixar de ser obrigado a pagar ou fique isento de qualquer Imposto Relevante; ou

(b) vier a beneficiar de uma redução dos custos,

em qualquer dos casos devido:

(i) a um Imposto Relevante que deixe de ser considerado ou tributado; e/ou

(ii) a uma diminuição na taxa de tributação de um Imposto Relevante; e/ou

(iii) a uma alteração da legislação ou na prática, pública e corrente, de qualquer autoridade fiscal, relacionada em qualquer dos casos com Impostos Relevantes; e/ou

(iv) a qualquer outra alteração favorável na forma de tributação de qualquer Imposto Relevante,

e desde que (no caso das cláusulas 21.1.1 e 21.1.2 acima) tais alterações produzam Efeitos Materiais, de acordo com os critérios definidos para efeitos desta cláusula no Anexo II, então as cláusulas 21.2 a 21.5 devem produzir efeitos.

Para os objetivos desta cláusula e do Anexo II qualquer situação que caiba nas cláusulas 21.1.1 e 21.1.2 acima mencionadas é uma Alteração Fiscal Relevante (expressão que inclui os efeitos financeiros de tais alterações sobre o Produtor).

21.2 — Notificação das Alterações

Cada parte deve notificar prontamente a outra por escrito, informando-a detalhadamente sobre a ocorrência ou existência de qualquer das circunstâncias referidas na cláusula 21.1 de que tenha conhecimento, ou depois de isso lhe ter sido solicitado por escrito pela outra parte.

21.3 — Isenções e Transferência de Custos

21.3.1 — Para os objetivos desta cláusula 21 assume-se que à data de Início do Contrato o Produtor está isento do pagamento dos seguintes impostos, contribuições e taxas;

(a) Imposto sobre Produtos Petrolíferos (Dec. Lei 291-A/91);

(b) Contribuição Autárquica;

(c) Taxa de utilização da água de refrigeração da Central.

21.3.2 — Se o Produtor vier a ficar sujeito ao pagamento de qualquer dos impostos contribuições e taxas mencionados na cláusula 21.3.1, o seu efeito será incluído no cálculo do Encargo de Potência ou no Encargo de Energia, conforme os casos.

21.4 — Correções ao Contrato

Se o Produtor (no caso das cláusulas 21.1.1 e 21.3) ou a RNT (no caso da cláusula 21.1.2) através de notificação à outra parte assim o decidirem, o cálculo do Encargo de Potência e/ou do Encargo de Energia, deve ser corrigido de acordo com os procedimentos e princípios relevantes definidos no parágrafo 10 do Anexo II, assegurando, tanto quanto possível, que o Produtor fica na mesma situação financeira em que estaria se não tivesse ocorrido nenhuma Alteração Fiscal Relevante, segundo este Contrato.

21.5 — Disposições Adicionais

21.5.1 — Na aplicação da cláusula 21.4 pode ser acordado ou determinado que, por efeito de uma Alteração Fiscal Relevante as correções ao Contrato possam ser feitas numa base anual.

21.5.2 — Na medida em que o impacto financeiro de uma Alteração Fiscal Relevante sobre o Produtor, ou seus Associados, dependa da forma como os impostos são aplicados sobre as atividades de outros Associados, Subsidiárias ou “Holdings”, o Produtor deverá esforçar-se para assegurar de forma razoável que os acordos sobre distribuição de impostos entre os seus Associados ou Subsidiárias ou “Holdings”, conforme os casos, sejam justos para a RNT (tendo em atenção esta cláusula 21).

21.5.3 — As partes concordam e devem cooperar para assegurar que, como alternativa à troca direta da informação necessária para a implementação ou verificação da implementação adequada desta cláusula 21, tal informação (ou um certificado em relação com ou para as consequências daí em diante relevantes) pode ser trocada entre os respetivos auditores, sujeita à definição de limites de utilização ou divulgação pelo auditor recetor, equivalentes aos requeridos quando da receção de informação confidencial por terceiros, segundo a cláusula 28 deste Contrato.

21.5.4 — Na medida em que uma Alteração Fiscal Relevante possa ser evitada ou o seu efeito mitigado por uma Alteração nas Práticas de Operação ou por uma Modificação, de acordo com o Anexo II, as partes acordam que a RNT pode propor que essa alteração seja considerada uma Modificação, para os efeitos do Anexo II, devendo então esta cláusula 21 ser aplicada em conformidade.

21.5.5 — O Produtor deve desenvolver todas as ações possíveis no âmbito da sua competência, na medida do razoável, para minimizar qualquer acréscimo do Encargo de Potência ou do Encargo de Energia, como resultado da aplicação das cláusulas 21.3 ou 21.4.

O regime de alterações de circunstâncias estabelecidas pelas partes consta do Anexo II do CAE, reproduzindo-se, pela sua importância, os pontos 1. e 2.:

1 — Definições

1.1 — Para os objetivos deste Anexo e a não ser que o contexto o exija de modo diferente, as seguintes expressões devem ter o seguinte significado:

“Quantia Mínima de Aplicabilidade”

No primeiro Ano de Exploração

(a) para os objetivos do parágrafo 1.3, é igual a um sexto do valor médio estimado para EF_m tal como determinado no Parágrafo 2 do Anexo I, nos doze meses imediatamente anteriores à Alteração de Custos aplicável ou à Alteração Fiscal Relevante, conforme os casos; e

(b) para os objetivos do parágrafo 4.5, é o valor médio estimado para EF_m tal como determinado no Parágrafo 2 do Anexo I, nos doze meses completos imediatamente anteriores à relevante Alteração de Legislação;

e em cada Ano de Exploração subsequente:

a quantia relativa ao Ano de Exploração anterior, ajustada através do “Índice de Preços no Consumidor, total com exclusão da habitação no continente”, publicado pelo Instituto Nacional de Estatística no Boletim Mensal de Estatísticas, verificada no período dos últimos doze meses que termina em fim de setembro do Ano de Operação anterior.

“Alteração nos Custos”

(a) qualquer acréscimo ou decréscimo nos custos do Produtor, sejam de capital, sejam de perda de receitas, incluindo os da descontaminação do Sítio antes da Data de Fim do Contrato, relacionados com:

- (i) a operação e manutenção da qualquer Grupo ou da Central; ou
- (ii) as obrigações do Produtor, definidas neste Contrato; ou

(b) qualquer alteração no rendimento de um Grupo; ou

(c) qualquer acréscimo ou decréscimo nas receitas provenientes da produção de energia elétrica na Central,

na medida em que tal variação resulte de uma Alteração Relevante de Legislação;

“Alteração de Legislação”

após a Data de Início de Contrato:

(a) a promulgação de uma nova lei ou Diretiva, por uma Autoridade Competente; ou

(b) a modificação de uma lei ou Diretiva já existente, por uma Autoridade Competente; ou

(c) o início da produção de efeitos práticos de uma lei ou Diretiva já existente, de uma Autoridade Competente; ou

(d) a entrada em vigor de novos padrões legais operacionais desde que estabelecidas a partir da Data de Início do Contrato; ou

(e) a alteração na interpretação de uma lei obrigando ambas as partes;

(f) qualquer adenda, correção ou substituição no Anexo 6;

(g) o cumprimento de qualquer lei ou Diretiva que, até 5 dias antes da Data de Início de Exploração, não era obrigatório, ou qualquer alteração ao modo ou grau de cumprimento que era exigido;

(h) o exercício, pela RNT, pela Entidade Planeamento ou qualquer outra Autoridade Competente, de algum direito regulamentar conduzindo à retirada de serviço ou a restrição no funcionamento dos Grupos ou da Central, de acordo com as cláusulas 23 ou 24.

“Alteração nas Práticas de Operação”

uma alteração nas políticas ou práticas adotadas pelo Produtor em ligação com a produção de energia elétrica na Central (incluindo uma alteração na qualidade do combustível utilizado), que não envolva nenhuma Modificação.

“Modificação”

uma ampliação, modificação, alteração, substituição ou renovação da Instalação ou do equipamento constituinte de um Grupo ou de qualquer outra instalação, equipamento ou meios usados pelo Produtor, tendo em vista a, ou incidindo na, produção de energia elétrica na Central;

“Modificação Regulamentar”

uma Modificação requerida para, ou de forma a, atingir os padrões de funcionamento decorrentes de uma Alteração Relevante de Legislação (na ausência da qual não seria necessária);

“Modificação do Produtor”

uma Modificação Regulamentar em relação à qual o Produtor apresenta propostas, de acordo com o parágrafo 4 deste Anexo;

“Modificação da RNT”

uma Modificação em relação à qual a RNT apresenta propostas, de acordo com o parágrafo 5 deste Anexo;

1.2 — Para os objetivos deste Contrato, Alteração Relevante de Legislação significa qualquer Alteração de Legislação sujeita às seguintes restrições:

(a) a modificação das condições de qualquer licença, consentimento ou autorização necessária para a posse ou operação da Central, só será considerada Alteração Relevante de Legislação desde que seja efetuada apenas como resultado do objetivo da implementação de uma Alteração de Legislação;

(b) uma Alteração de Legislação que faça a correção, modificação, aditamento ou revogação de qualquer lei ou Diretiva de uma Autoridade Competente ou qualquer disposição daí decorrente só será considerada Alteração Relevante de Legislação para os fins estabelecidos no presente Anexo se desse facto não resultar a anulação do objetivo ou de alguns dos principais objetivos dessa Alteração na Legislação; e

(c) não será considerada Alteração Relevante de Legislação qualquer outra Alteração de Legislação que especifique (em conformidade ou não com os termos deste Contrato) que essa Alteração de Legislação não poderá ser considerada uma Alteração Relevante de Legislação, para fins definidos neste Anexo; e

(d) não será considerada Alteração Relevante de Legislação uma Alteração de Legislação relacionada com Impostos Relevantes.

1.3 — Para os efeitos da Cláusula 21.1 e deste Anexo, uma Alteração nos Custos ou uma Alteração Fiscal Relevante produz Efeitos Materiais se, isolada ou em conjunto com outras Alterações nos Custos ou com outras Alterações Fiscais Relevantes que não tenham sido tomadas em consideração para os fins previstos na Cláusula 21.3 ou neste Anexo, excedam a Quantia Mínima de Aplicabilidade, líquida de quaisquer reduções nos custos ou acréscimos nos lucros que o Produtor seja capaz de obter ou atingir, sujeito às disposições deste Contrato.

As Alterações nos Custos ou Alterações Fiscais Relevantes que surjam periodicamente ou continuamente num período de tempo indefinido devem ser avaliadas para determinar se produzem Efeitos Materiais, tomando como referência um terço do valor atual líquido esperado do montante associado a tal alteração, por aplicação das taxas de atualização que as partes possam acordar, e na ausência de acordo, como determinado no Procedimento de Resolução de Diferendos.

A pedido escrito da RNT, o Produtor deve informá-la sobre o valor de qualquer Alteração de Custos ou Alteração Fiscal Relevante, especificadas pela RNT, logo que esse valor esteja razoavelmente definido desde que esta disposição não prejudique os direitos das partes, de acordo com a Cláusula 21 ou com o parágrafo 9.2 deste Anexo.

1.4 — Para evitar dúvidas, os direitos do Produtor, de acordo com este parágrafo 1 não devem ser prejudicados ou afetados pelo facto de qualquer Alteração de Legislação ser conhecida ou proposta à data de entrada em vigor deste Contrato, mas ainda sem efeitos práticos efetivos, incluindo mas não se limitando à, ou à imposição ao Produtor de qualquer obrigação existente ou não à data de entrada em vigor do Contrato para instalar ou adaptar qualquer equipamento destinado a limitar, reduzir ou evitar emissões.

1.5 — Para evitar dúvidas, para os efeitos deste Anexo, uma Alteração de Legislação e uma Alteração Relevante de Legislação incluem qualquer compromisso obrigatório para adaptar equipamento destinado a reduzir, restringir ou eliminar emissões.

2 — Princípios e procedimentos para alterações de circunstâncias

Este parágrafo diz respeito à aplicação das disposições relacionadas com:

- (a) uma Alteração Fiscal Relevante, tal como definido na cláusula 21; ou
- (b) uma Alteração Relevante de Legislação dando origem a uma Modificação do Produtor; ou
- (c) com uma Modificação da RNT, ou Modificação do Produtor em lugar dela, segundo o parágrafo 5.6; ou
- (d) uma Alteração de Custos; ou
- (e) uma Alteração Relevante de Emissões cada uma das quais constituirá uma Alteração de Circunstâncias.

2.2 — Sempre que uma das partes invoque Alteração de Circunstâncias, deve, logo que possível, fornecer à outra parte a informação escrita que esta requeira de forma razoável para avaliar a natureza das circunstâncias em questão e os seus efeitos sobre a primeira das partes. Sem prejuízo de quaisquer notificações específicas requeridas por este Contrato, toda a informação enviada está sujeita a restrições de confidencialidade.

2.3 — As partes deverão procurar chegar a acordo sobre as correções necessárias à Alteração de Circunstâncias, dentro do prazo de 3 meses contados a partir da data em que cada parte notifica a outra por escrito sobre a necessidade de efetuar correções, segundo as disposições relevantes deste Contrato.

Concluído este prazo, cada parte pode requerer, através de notificação à outra parte, que o assunto seja remetido aos Procedimentos de Resolução de Diferendos para deliberação, segundo o parágrafo 2.5.

2.4 — Sem prejuízo do disposto na cláusula 30 e no Anexo 9, qualquer recurso, segundo este Anexo 11, aos Procedimentos de Resolução de Diferendos deve ser dirigido à Comissão Técnica ou à Comissão Financeira, conforme o caso, cuja decisão, unânime ou por maioria, deve ser final e deve obrigar ambas as partes.

2.5 — Se um assunto for remetido aos Procedimentos de Resolução de Diferendos para deliberação, ao abrigo do parágrafo 2.3, tal deliberação deve estabelecer qual das propostas de correções reflete mais de perto quer o espírito e conteúdo do Contrato tal como ele é à data, quer a natureza das circunstâncias em questão, não podendo a Comissão, segundo os Procedimentos de Resolução de Diferendos, propor ou selecionar qualquer proposta que não tenha sido submetida por qualquer das partes.

2.6 — Após a notificação das correções deliberadas pela Comissão em concordância com o parágrafo 2.5, este Contrato deve ser considerado como tendo sido emendado, com exceção da realização de ajustes ao Encargo de Potência e/ou Encargo de Energia resultantes de tais emendas, ou de uma Alteração Fiscal Relevante ou uma Alteração de Custos, cuja data de entrada em vigor deverá ser estabelecida de acordo com o parágrafo 2.7.

2.7 — Quaisquer correções ao Encargo de Potência e/ou ao Encargo de Energia relacionadas com uma Alteração de Circunstâncias serão refletidas na primeira fatura emitida segundo este Contrato, depois de o montante das correções estar calculado, e em todas as faturas subsequentes.

No caso de uma Alteração Fiscal Relevante de acordo com a Cláusula 21, ou de uma Alteração de Custos de acordo com o parágrafo 8 deste Anexo, a primeira fatura deve também refletir os direitos da parte relevante às correções, com efeitos a partir da data em que o Produtor foi pela primeira vez afetado pela Alteração de Circunstâncias aplicável, juntamente com um montante igual aos juros, calculados à Taxa de Juro de Referência, desde a data em que o Produtor foi afetado pela primeira vez até à data em que o pagamento é feito.

2.8 — Quando ocorrer uma Alteração Relevante de Legislação, se as correções a este Contrato incluindo quaisquer correções ao Encargo de Potência não tiverem sido acordadas dentro de um prazo de 7 meses a partir da data em que cada uma das partes notifica a outra por escrito sobre a necessidade de acordar correções segundo as disposições relevantes deste Contrato, a RNT deve efetuar um pagamento mensal ao Produtor por conta do Encargo de Potência, calculado tomando como referência a média dos pagamentos desse encargo no período de 12 meses anterior à data em que a Alteração Relevante de Legislação se tornou efetiva, devendo a correção final acordada para o Encargo de Potência ter em conta esses pagamentos.

Da leitura do clausulado transcrito resulta que as partes, em síntese, acordaram que quer o produtor, quer a comparadora, na eventualidade de ocorrer uma alteração nas responsabilidades tributárias do primeiro, tinham a faculdade de, mediante notificação à contraparte, determinarem a correção do cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, de modo a assegurar que o Produtor ficava na mesma situação financeira em que estaria caso não se tivesse verificado tal alteração fiscal, o que pressupõe que essas responsabilidades já integravam aqueles encargos.

Sendo essas responsabilidades encaradas no espírito desta cláusula como um custo do centro eletroprodutor, razão pela qual a sua alteração determinava uma correção do cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, deve a mesma ser interpretada como abrangendo não todo e qualquer tributo cuja responsabilidade recaísse sobre o produtor, mas apenas aqueles que respeitavam a facto tributário inserido na atividade de produção da eletricidade contratualizada, estando expressamente previstos no ponto 21.3.1. o Imposto sobre Produtos Petrolíferos, a Contribuição Autárquica e a Taxa de utilização da água de refrigeração da Central, relativamente aos quais os produtores beneficiavam de isenção de pagamento²⁴.

Se o Imposto sobre Produtos Petrolíferos e a Taxa de utilização da água de refrigeração da Central não ofereçam dúvidas sobre a sua inclusão na categoria dos tributos que respeitam a facto tributário inserido na atividade de produção da eletricidade cuja aquisição foi contratualizada, já a previsão da Contribuição Autárquica suscita sérias interrogações.

Na verdade, a Contribuição Autárquica²⁵, imposto que antecedeu o atual Imposto Municipal sobre Imóveis²⁶, destinava-se a tributar a titularidade do conjunto de poderes sobre bens imóveis que assistem ao proprietário destes ou ao seu usufrutuário, ou ainda ao seu superficiário, como já se entendia ao tempo da vigência da Contribuição Autárquica, apesar do artigo 8.º do Código da Contribuição Autárquica apenas catalogar como sujeitos passivos deste imposto os proprietários e usufrutuários dos bens imóveis, e como hoje se encontra expressamente previsto no artigo 8.º do CIMI.

Não estando, habitualmente, esse conjunto de poderes limitado por uma finalidade de utilização, apesar de poderem existir restrições de ordem pública e particular ao seu exercício, dir-se-ia que não seria possível considerar a Contribuição Autárquica/Imposto Municipal sobre Imóveis, incluída no conjunto de tributos que respeitam a facto tributário inserido na atividade de produção de uma determinada indústria instalada pelo superficiário num determinado imóvel. Isto porque, em regra, o superficiário, no exercício do seu direito de superfície, não está obrigado a dedicar-se a essa atividade, podendo exercê-lo para outros fins.

Porém, neste caso que se encontra sob apreciação, nos termos do contrato constitutivo do direito de superfície celebrado em 11 de dezembro de 1987, que teve como outorgantes o Gabinete da Área de Sines, como fundeiro, e a Eletricidade de Portugal, E. P., como superficiária, clausulou-se, além do mais, o seguinte:

Cláusula 1.ª

(Objeto e fim do direito de superfície)

1 — O objeto do direito de superfície, consiste na construção e manutenção de uma Central Termoelétrica a Carvão, incluindo todas as instalações e equipamentos acessórios e complementares e de um Depósito, destinados aquela à produção de energia elétrica e este a armazenamento de cinzas.

2 — A utilização da obra para fim diverso do previsto no número anterior, além dele, depende de prévia autorização do G.A.S., salvo se a nova atividade seja exercida através da utilização da obra mencionada no número anterior.

3 — No caso de exercício de outra atividade serão ajustadas à nova situação as cláusulas deste contrato determinadas pela natureza da atividade a exercer.

...

Cláusula 4.ª

(Obrigações da superficiária)

1 — A superficiária obriga-se a:

...

c) Exercer ininterruptamente a atividade referida no número um do artigo primeiro e a não exercer outras, salvo nos termos previstos no número dois do mesmo artigo.

O clausulado transcrito revela que os poderes da superficiária ficaram severamente restringidos, estando limitados ao exercício obrigatório da atividade produtiva da eletricidade cuja aquisição foi contratualizada através do acordo onde se insere a cláusula em análise, pelo que, neste caso, excecionalmente, por força do convencionado, é possível considerar-se que a Contribuição Autárquica/Imposto Municipal sobre Imóveis que recai sobre a superficiária respeita a facto tributário inserido na atividade de produção da eletricidade contratualizada, pois o direito de superfície de que é titular está resumido ao exercício desse poder²⁷.

3.2 — Da validade da cláusula 21 do CAE de Sines, no que respeita à relevância das alterações tributárias

A entidade consulente questiona a validade da cláusula 21 do CAE de Sines, acima transcrita, na medida em que, mediante a sua convenção se poderá estar a transferir a responsabilidade pelo pagamento de impostos para terceiros, designadamente os consumidores de eletricidade.

O CAE de Sines é um contrato de vinculação de longo prazo celebrado entre a concessionária da RNT e uma produtora de eletricidade em que se convencionam as condições de fornecimento da eletricidade produzida por esta última à primeira, fixando-se, designadamente, as remunerações a pagar pela eletricidade fornecida durante o período de vigência do contrato, de modo a proteger a produtora das incertezas de um mercado livre e concorrencial de formação recente, assegurando-lhe o recebimento dos proveitos expectáveis.

Os CAE foram celebrados durante o ano de 1996, segundo o modelo do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, consignando-se um regime de venda exclusiva de eletricidade à entidade concessionária da RNT em que a remuneração garantida era apurada através de um sistema misto, consagrado no n.º 5 daquele artigo, baseado em preços de natureza tendencialmente fixa e em preços variáveis, correspondendo aos denominados Encargos de Potência e aos Encargos de Energia da central eletroprodutora, respetivamente.

Estes contratos de proteção à situação económico-financeira das entidades produtoras, caracterizaram-se pela previsão de uma longa duração e pela ausência de risco comercial do vendedor, face às incertezas de um mercado interno recentemente constituído em resultado da liberalização do setor.

Estes acordos salvaguardavam as entidades produtoras de qualquer perda que pudesse resultar da transição brusca para um sistema de mercado concorrencial, provocada pela oscilação dos preços de mercado, por uma eventual redução da produção ou por um qualquer aumento dos custos desta, recaindo o risco desses eventos sobretudo sobre os consumidores, uma vez que a lei determina que os custos dos CAE e dos CMEC se reflitam no valor das tarifas a cargo daqueles (artigo 61.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro).

O montante dessas retribuições tem como principal valor referencial os encargos de potência e de energia da central eletroprodutora (pontos 8.3. e 9.1. do CAE de Sines), sendo que os primeiros incluem a remuneração e amortização do ativo líquido inicial, a remuneração e amortização do investimento adicional, os encargos de operação e manutenção corrente e a remuneração do stock de combustível (ponto 2.1., do Anexo 1, do CAE de Sines), e os segundos o encargo de combustível, relativo à energia fornecida, e outros encargos variáveis, como os custos do gerador, os encargos de arranques, o encargo da telerregulação, o encargo de reserva e o encargo de *ilotage* (ponto 1., do Anexo 2, do CAE de Sines).

Os preços acordados nos CAE procuram, pois, refletir, os custos reais de produção, garantindo, assim, a sua cobertura, de modo a evitar a existência de prejuízos nesta atividade que possam colocar em risco o fornecimento de eletricidade. E, nestes custos, designadamente nos fixos de operação corrente e nos encargos variáveis, incluem-se os tributos que as entidades produtoras pagam em resultado das diferentes ações inerentes à sua atividade produtiva.

Não clausulado que se encontra aqui em questão as partes, na interpretação restritiva acima sustentada, acordaram que quer o produtor, quer a

comparadora, na eventualidade de ocorrer uma alteração superveniente nas responsabilidades tributárias, cujo facto constitutivo se inserisse na atividade de produção da eletricidade contratualizada, tinham a faculdade de, mediante notificação à contraparte, determinarem a correção do cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, inicialmente efetuada, revelando que consideravam que as responsabilidades tributárias com aquelas características poderiam já integrar os encargos de potência e/ou de energia, cujo valor servia de base ao cálculo das remunerações a pagar à produtora.

Note-se que, através desta cláusula, não se determina que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos abrangidos por essa previsão, na medida em que foi modificada, direta ou indiretamente, passe a recair sobre os consumidores de eletricidade, mas apenas que essas alterações, na medida em que provocam um agravamento ou diminuição dos custos de produção se devem refletir no preço da eletricidade contratualizada, resultando a repercussão da remuneração paga pela entidade concessionária da RNT nas tarifas a satisfazer pelos consumidores de eletricidade de imposição legal (artigo 61.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro).

Sendo comum no processo económico de fixação de preços de um bem, a consideração dos custos da sua produção, neles se integrando os tributos devidos em consequência da atividade produtiva desenvolvida, não é possível afirmar que a repercussão no preço de um bem do valor desses tributos equivale a uma transmissão da responsabilidade pela satisfação dos deveres tributários, proibida pelo artigo 29.º, n.º 3, da lei geral tributária²⁸, ou que estamos perante uma violação da reserva do poder legislativo da Assembleia da República no domínio tributário, mesmo que uma das entidades contratantes seja a concessionária da RNT.

Pelo exposto não se vislumbram razões para um juízo de invalidade do estipulado nesta matéria na cláusula 21.ª do CAE de Sines.

3.3 — Da repercussão da cláusula 21.ª do CAE de Sines no cálculo dos respetivos CMEC

3.3.1 — Do cálculo inicial dos CMEC

Em 27 de janeiro de 2005, a REN e a CPPE, dando cumprimento às disposições do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, e dos artigos 2.º, n.º 1, 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, celebraram um acordo em que regularam os termos e condições específicas relativos à cessação antecipada do Contrato de Aquisição de Energia celebrado em 26 de setembro de 1996, referente ao Centro Electroprodutor de Sines (cf. cláusula 1.ª).

Sobre a compensação devida pela cessação antecipada do Contrato, estipulou-se na cláusula 4.ª daquele Acordo:

1 — Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a cessação antecipada do Contrato confere ao Produtor ou à Entidade Concessionária da RNT, consoante aplicável, o direito a receber, a partir do momento previsto no n.º 2 da Cláusula 2.ª, uma compensação pecuniária, designada por CMEC.

2 — O cálculo do montante bruto dos CMEC devidos ao Produtor ou à Entidade Concessionária da RNT, consoante aplicável, na data em que venha a verificar-se a cessação antecipada do Contrato deve ser realizado, de acordo com o disposto nos números 1 e 2 do artigo 3.º e nos números 1 e 2 do artigo 1.º do anexo I do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, com base na metodologia e nos parâmetros definidos no artigo 4.º do mesmo diploma, conforme explicitado no ANEXO IV, utilizando como referência o 5.º (quinto) dia útil anterior à apresentação de requerimento a solicitar a aprovação prevista no n.º 3 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

3 — Para o efeito de proceder à determinação do montante global bruto dos CMEC devidos pela cessação antecipada do Contrato e dos demais CAE celebrados pelas Partes, os montantes dos CMEC positivos e dos CMEC negativos calculados em relação a cada CAE, são automaticamente compensados nos termos do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

4 — Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, as Partes reconhecem, desde já, que, com base na metodologia e nos parâmetros referidos no n.º 2 anterior e utilizando a taxa de 3,78 %, correspondente à taxa de rendimento de mercado da dívida pública portuguesa (ou seja, a taxa de rendimento de mercado das Obrigações do Tesouro) com um período de maturidade até julho de 2014, no valor de 3,53 %, do 5.º (quinto) dia útil anterior à data do presente Acordo acrescida de 0,25 pontos percentuais:

a) O montante bruto dos CMEC relativos à cessação antecipada do Contrato, calculado, na presente data, para o Centro Electroprodutor, corresponde a um montante, devido ao Produtor, de 32.585 (trinta e dois mil quinhentos e oitenta e cinco) milhares de euros;

b) O montante global bruto dos CMEC devidos ao produtor pela cessação antecipada dos CAE celebrados pelas Partes, calculado na presente data, após compensação dos montantes dos CMEC positivos e dos CMEC negativos determinados em relação a cada CAE, é de 3.356.139 (três milhões trezentos e cinquenta e seis mil e trinta e nove) milhares de euros.

Consta dos n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º, do Anexo 1 ao Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, para onde remete o n.º 2, do artigo 4.º deste diploma acima transcrito:

1 — O montante bruto da compensação pela cessação antecipada do CAE afeto ao centro eletroprodutor *k*, CP(indice *k*), é calculado pela seguinte expressão:

...

2 — Na expressão do número anterior:

- a) *i* representa o ano civil em causa;
- b) *v* representa o número de anos que, à data de cessação antecipada do CAE, faltam para a data de fim do contrato inicialmente prevista para o centro eletroprodutor *k*;
- c) *m* representa o mês em causa;
- d) *h* representa o posto horário de acordo com a definição do anexo III;
- e) *EF*(índice *ki*) representa o encargo fixo no final do ano *i* de acordo com o CAE do centro eletroprodutor *k*, convertido para preços correntes pelos índices nele previstos, conhecidos à data de cessação antecipada do CAE, e considerando que esses índices têm implícita uma taxa de inflação anual de 2 %, dessa data em diante, o qual inclui:
 - i) A amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, conforme definidos no respetivo contrato, devidamente autorizados e contabilizados;
 - ii) Os encargos fixos de operação e manutenção correntes;
 - iii) A remuneração do stock de combustível;
 - iv) Outros, desde que explicitamente definidos nos CAE;
 - v) Os fatores de correção e ponderação relativos à disponibilidade garantida da central, segundo as disposições previstas no respetivo CAE;

f) *VT*(índice *kimh*) representa a produção estimada nos termos do anexo IV, em megawatts-hora, do centro eletroprodutor *k*, para o posto horário *h* do mês *m* do ano *i*, calculada por aplicação do modelo VALORÁGUA, num cenário de ano hidrológico médio nos termos do anexo IV, tendo em conta a disponibilidade garantida no CAE e a melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado;

g) *PT*(índice *mh*) representa, a preços referidos à data de cessação antecipada dos CAE, o preço de mercado, em euros por megawatts-hora, no posto horário *h* do mês *m*, que se admitiu que o centro eletroprodutor *k* auferiria quando operado em mercado, calculado para um ano hidrológico médio, de acordo com o disposto no anexo III;

h) *VT*(índice *ki*) representa a produção estimada nos termos do anexo IV, em megawatts-hora, do centro eletroprodutor *k* para o ano *i*, calculada por aplicação do modelo VALORÁGUA, num cenário de ano hidrológico médio nos termos do anexo IV, tendo em conta a disponibilidade garantida no CAE e a melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado;

i) *EVT*(índice *ki*) representa o encargo variável, em euros por megawatts-hora, a preços referidos à data de cessação antecipada do CAE, estimado conforme as disposições constantes do CAE do centro eletroprodutor *k*, no ano *i*, tendo em conta os encargos com a aquisição de combustível estabelecidos no anexo V e o desempenho definido no respetivo contrato;

j) *j* representa a taxa de rendimento de mercado da dívida pública portuguesa, em vigor no 5.º dia útil anterior à assinatura do acordo de cessação, ou, se se verificar um desfasamento temporal entre a celebração daquele acordo e a cessação antecipada do CAE por força do presente diploma, a taxa de rendimento de mercado da dívida pública portuguesa em vigor no 5.º dia útil anterior à apresentação de requerimento a solicitar a aprovação prevista no n.º 3 do artigo 9.º, qualquer uma delas acrescida de 0,25 pontos percentuais;

l) *I*(índice *i*) representa o índice IPC (continente) sem habitação do final de junho do ano *i*, admitindo uma taxa de inflação de 2 % ao ano a partir da data de cessação antecipada do CAE;

m) *I*(índice *ref*) representa o índice IPC (continente) sem habitação disponível publicamente no 5.º dia útil anterior à assinatura do acordo de cessação ou, se se verificar um desfasamento temporal entre a celebração do acordo de cessação e a cessação antecipada, disponível no 5.º dia útil anterior à apresentação de requerimento a solicitar a aprovação prevista no n.º 3 do artigo 9.º

Do clausulado quanto ao cálculo do valor inicial dos CMEC pela cessação antecipada do CAE de Sines, verifica-se que a cessação deste contrato, relativamente à previsão da relevância da alteração das circunstâncias constante da sua cláusula 21.ª, respeitante à alteração das responsabilidades tributárias do produtor, não foi um elemento ponderado na fixação daquele valor, o que se compreende, uma vez que tal cláusula apenas dispunha sobre a verificação de uma circunstância de ocorrência eventual.

Contudo, se tal cláusula foi acionada na vigência do CAE, por se ter verificado uma alteração das responsabilidades tributárias do produtor na vigência do contrato²⁹, tal poderá ter-se repercutido, para mais ou para menos, no cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, o que, a verificar-se, se refletiu no cálculo dos CMEC, nos termos previstos na cláusula 4.ª, n.º 2, quando remete para a fórmula constante dos n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º, do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a qual inclui a ponderação dos encargos fixos de operação e manutenção do centro eletroprodutor correntes constantes da alínea e), ponto ii), assim como os encargos variáveis constantes da alínea i).

3.3.2 — Dos ajustamentos dos CMEC

Relativamente à possibilidade de ajustamento dos CMEC inicialmente calculados, resultante dos procedimentos de revisibilidade a efetuar, nos termos dos artigos 3.º, n.º 5 a 7, e 11.º, do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, estipulou-se inicialmente, no acordo celebrado em 27 de janeiro de 2005, que o cálculo dos montantes referentes aos ajustamentos anuais do montante dos CMEC devia ser efetuado de acordo com os números 1 a 11, do artigo 11.º, e com o artigo 4.º do Anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, bem como de acordo com a metodologia e os parâmetros concretizados no Anexo V (cláusula 7.ª), enquanto o montante referente ao ajustamento final devia ser calculado de acordo com o n.º 12, do artigo 11.º, e com o artigo 7.º, do anexo 1, do referido Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, bem como de acordo com a metodologia e os parâmetros concretizados no Anexo VI (cláusula 8.ª).

Todavia, em 15 de junho de 2007, a REN, S. A., e a EDP — Gestão da Produção de Energia, S. A., onde se havia integrado a CPPE, em resultado de diversas operações societárias, outorgaram uma adenda ao acordo relativo à cessação antecipada do CAE de Sines, constando da cláusula 3.ª dessa adenda o seguinte:

1 — Face às atualizações do preço anual médio de referência da energia elétrica em mercado e dos custos dos combustíveis utilizados pelos centros eletroprodutores decorrentes do Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de maio, e aos procedimentos de mercado para a venda de energia elétrica se encontram em processo de modificação em virtude da assunção pelo comercializador de último recurso de funções relativas à compra e venda de energia elétrica, as Partes acordam que o cálculo do ajustamento anual do montante dos CMEC relativos à cessação antecipada do Contrato previsto no n.º 6 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, será realizado de acordo com os procedimentos e variáveis constantes do ANEXO B da presente Adenda que, para todos os efeitos, substitui, a partir da entrada em vigor da presente Adenda, o Anexo V do Acordo.

2 — Em desenvolvimento da metodologia e dos parâmetros de cálculo do ajustamento final do montante dos CMEC relativos à cessação antecipada do Contrato estabelecidos na Cláusula 8.ª e no Anexo VI do Contrato, as Partes acordam que o cálculo do ajustamento final do montante dos CMEC relativos à cessação antecipada do Contrato previsto no n.º 7 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, será realizado de acordo com os procedimentos e variáveis constantes do ANEXO C da presente Adenda que, para todos os efeitos, substitui, a partir da entrada em vigor da presente Adenda, o Anexo VI do Acordo.

3 — As Partes acordam ainda em substituir, para todos os efeitos, as declarações complementares ao Acordo respeitantes às matérias constantes do Anexo IV e do Anexo V do Acordo.

3.3.2.1 — Dos ajustamentos anuais

Relativamente aos ajustamentos anuais, o Anexo B, da Adenda ao acordo de cessação do CAE, dispôs o seguinte, nos seus n.ºs 1.1. e 1.2.:

1.1 — O n.º 5 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, prevê a existência de ajustamentos anuais das compensações devidas a uma das Partes pela cessação antecipada do Contrato, por forma a garantir a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos que seriam proporcionados pelo Contrato que não sejam adequadamente assegurados através das receitas obtidas em regime de mercado.

1.2 — Os ajustamentos referidos no número anterior devem ser calculados de acordo com o disposto no artigo 4.º do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, constituindo encargo a repercutir na Tarifa UGS, através da Parcela de Acerto, conforme previsto no n.º 5 do artigo 5.º daquele diploma, quando se trate de ajustamento positivo, ou através de reversão para a Tarifa UGS, conforme previsto no n.º 6 do artigo 5.º daquele diploma, quando se trate de ajustamento negativo.

Consta o seguinte nos n.ºs 1 e 2, do artigo 4.º, do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, referidos no ponto 1.2. do Anexo B acima transcrito:

1 — O valor do ajustamento anual Revisão (índice k_i), relativo ao ano civil i para o centro eletroprodutor k em função da revisibilidade, é calculado pela expressão:

...

2 — Na expressão do número anterior:

- a) m representa o mês dentro de cada ano;
- b) h representa o posto horário de cada mês;
- c) $EF(\text{índice } km_i)$ representa o encargo fixo devido ao produtor responsável pelo centro eletroprodutor k , referente ao mês m do ano i tal como definido na alínea e) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo, convertido a preços correntes do final do ano i pelos índices previstos no CAE e ajustado conforme o clausulado e anexos do CAE relativamente ao cumprimento de disposições legais neles definidas;
- d) $Km(\text{índice } km_i)$ representa o coeficiente de disponibilidade verificado no centro eletroprodutor k no mês m do ano i de acordo com a definição do respetivo CAE; nos casos de força maior previstos no CAE, o coeficiente de disponibilidade a considerar deve ser igual ao $Kp(\text{índice } km_i)$, conforme definido na alínea seguinte;
- e) $Kp(\text{índice } km_i)$ representa o coeficiente de disponibilidade previsto para o centro eletroprodutor k no mês m do ano i de acordo com a definição prevista no respetivo CAE e ajustado, em termos e condições a definir no acordo de cessação, de modo a ter em conta o efeito das variações no encargo fixo decorrentes da definição constante da alínea c) do presente artigo;
- f) $VT(\text{índice } kimh)$ representa a produção estimada, em megawatts-hora, do centro eletroprodutor k para o posto horário h do mês m do ano i , correspondente à melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado, tendo em conta a disponibilidade garantida no respetivo CAE, conforme definido na alínea f) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;
- g) $PT(\text{índice } mh)$ representa o preço de mercado, incluindo o pagamento de garantia de potência e serviços de sistema, em euros por megawatts-hora, no posto horário h do mês m , que se admitiu que o centro eletroprodutor k auferiria quando operado em mercado, conforme definido na alínea g) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;
- h) $VT(\text{índice } ki)$ representa a produção estimada, em megawatts-hora, do centro eletroprodutor k no ano i , correspondente à melhor expectativa face à evolução estrutural de mercado, tendo em conta a disponibilidade garantida no respetivo CAE, conforme definido na alínea h) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;
- i) $EVT(\text{índice } ki)$ representa o encargo variável, em euros por megawatts-hora, do centro eletroprodutor k no ano i , conforme definido na alínea i) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo;
- j) $VV(\text{índice } kimh)$ representa a produção do centro eletroprodutor k no posto horário h do mês m do ano i , determinada nas condições definidas no anexo IV para a situação real de hidráulidade e com base na informação disponível no período em causa;
- l) $PV(\text{índice } imh)$ representa o preço médio de mercado, excluindo o pagamento de garantia de potência e serviços de sistema, no posto horário h do mês m do ano i ;
- m) $VV(\text{índice } kim)$ representa a produção do centro eletroprodutor k no mês m do ano i , determinada nas condições definidas no anexo IV para a situação real de hidráulidade e com base na informação disponível no período em causa;
- n) $EVV(\text{índice } kim)$ representa o encargo variável, em euros por megawatts-hora, verificado para o centro eletroprodutor k no mês m do ano i , determinado com base nas disposições estabelecidas no respetivo CAE no que respeita aos preços internacionais cost insurance and freight (CIF) dos combustíveis e custos de transporte até ao centro eletroprodutor definidos no anexo V, aos custos variáveis de O&M (operação e manutenção) previstos no CAE, e outros encargos variáveis reconhecidos à data da revisibilidade nos mesmos termos do respetivo clausulado e anexos, uns e outros reportados ao mês m do ano i ;

o) $GP(\text{índice } ki)$ representa a receita de garantia de potência recebida pelo centro eletroprodutor k no ano i ;

p) $SS(\text{índice } ki)$ representa a receita de serviços de sistema recebidos pelo centro eletroprodutor k no ano i ;

q) $I(\text{índice } i)$ representa o índice IPC (continente) sem habitação de final de junho do ano i ;

r) $I(\text{índice } ref)$ representa o índice IPC (continente) sem habitação à data de cessação antecipada do CAE.

E no ponto 2. do mesmo Anexo B à adenda outorgada em 15 de junho de 2017 acrescentou-se:

2.1 — Para efeitos do cálculo do ajustamento anual ao montante do CMEC relativo ao Centro Electroprodutor, o valor do Contrato, determinado de acordo com o disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, e com o ANEXO A da presente Adenda, deverá refletir eventuais alterações dos encargos fixos e dos outros encargos explicitamente definidos no Contrato.

2.2 — Os encargos fixos do Contrato deverão ser recalculados tendo em conta os índices dos preços reais do ano a que respeita o ajustamento anual, para determinação da eventual diferença em relação ao valor dos encargos fixos do Contrato calculado com os pressupostos do ANEXO A da presente Adenda, aquando do apuramento do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor. Os encargos fixos incluem ainda, a diferença entre o valor do Investimento Ambiental considerado no cálculo do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor e o valor verificado desse mesmo investimento acrescido dos encargos financeiros que decorrem durante o período de construção, calculados à taxa de juro Euribor, a um ano, com um spread de 0,6 %. No caso de os índices previstos no Contrato ainda não serem conhecidos à data de cálculo do ajustamento anual devem utilizar-se os índices do último mês publicado, admitindo-se que o seu valor evolui posteriormente de forma coerente, com os verificados nos meses anteriores.

2.3 — A determinação dos encargos fixos do Contrato dependerá ainda do coeficiente de disponibilidade verificada ($Kmkmi$) do Centro Electroprodutor, uma vez que foi calculado, para apuramento do montante bruto dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor, admitindo um coeficiente de disponibilidade igual a 1. Assim calcular-se-ão os ajustamentos anuais tendo em conta os valores dos coeficientes de disponibilidade $Kmkmi$ e $Kpkmi$ em conformidade com o disposto no ANEXO IX do Acordo de Cessação.

2.4 — A comparação entre o valor dos encargos fixos do Contrato calculado para apuramento do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor e o verificado no ano em causa é feita numa base mensal. Para este efeito, é necessário utilizar os valores das mensalidades ($mEFki$) associados aos encargos fixos anuais do valor dos CMEC constante da tabela 3 do ANEXO A da presente Adenda, que para o Centro Electroprodutor são os que constam da tabela seguinte:

...

2.5 — O cálculo do valor do Contrato para determinação do montante do ajustamento anual depende ainda da revisão do valor dos outros encargos previstos no Contrato, o qual vai ter influência no valor do $kpkmi$. No caso do Centro Electroprodutor, os outros encargos previstos no Contrato correspondem aos associados ao custo dos arranques dos grupos, os quais devem ser revistos por se encontrarem indexados ao preço do hielóleo e à inflação, e aos direitos de superfície. Para este efeito, usar-se-ão os preços de combustível correspondentes aos índices referidos no n.º 4.4. e a inflação real a incidir no número histórico de arranques usado no cálculo do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor, indicado no ANEXO A da presente Adenda, número esse que não será objeto de revisão. Os direitos de superfície são revistos anualmente pela diferença entre o montante real desses direitos e o montante considerado no cálculo do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor, indicado no ANEXO A da presente Adenda. O valor mensal dos outros encargos usados para apuramento do montante dos CMEC relativo ao Centro Electroprodutor, com base no cenário da evolução do preço do fuelóleo estabelecido no anexo V do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de maio, e para um índice de preços associado a uma inflação anual de 2 %, consta da tabela seguinte:

...

2.6 — Além dos encargos mencionados no número anterior, deve ser considerada a taxa que é paga à EGREP (Entidade Gestora da Reserva de Produtos Petrolíferos) por cada tonelada de fuelóleo importado. Apesar de estar ao abrigo do clausulado do CAE, esta taxa não foi considerada no cálculo do valor inicial do CMEC, devendo no entanto ser considerada na revisibilidade anual. O valor desta taxa é fixado anualmente pela entidade competente.

Constituindo os CMEC, quando positivos, uma contribuição financeira, estão sujeitos a reserva de lei pelo que os acordos de cessação dos CAE estavam impedidos de introduzir fatores de cálculo estranhos ao disposto no Decreto-Lei n.º 240/2004 de 27 de dezembro.

Ora, o clausulado no ponto 1.2. do Anexo B, do acordo de cessação do CAE de Sines, e no ponto 2 deste mesmo Anexo B, ao limitarem-se a remeter para o disposto no artigo 4.º, n.º 2, c) e i), do Anexo I do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, mais não estão do que a aplicar um fator de cálculo coberto por este diploma, pelo que as alterações ocorridas no montante dos tributos, cujo facto tributário se inserisse na atividade produtora de eletricidade, ocorridas posteriormente à cessação do CAE, nas diferentes parcelas que integram quer os encargos fixos, quer os encargos variáveis da central eletroprodutora, que fossem consideradas relevantes pelo CAE na determinação do seu valor, podem ter reflexo no valor dos CMEC, procedendo-se ao respetivo ajustamento anual desse valor de acordo com as variações ocorridas.

Na verdade, uma das variações que estava prevista na cláusula 21.ª do CAE de Sines era precisamente a alteração das responsabilidades tributárias da produtora, pelo que, nos termos do estipulado no acordo de cessação do CAE de Sines, caso a alteração dessas circunstâncias, na interpretação sustentada neste parecer, ocorra em data posterior à cessação deste CAE, poderá verificar-se uma correção, a efetuar na revisão anual, do valor inicial dos CMEC.

3.3.2.2 — Do ajustamento final

No que respeita ao ajustamento final, consta o seguinte nos n.ºs 1 e 2, do artigo 7.º, do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro:

1 — O valor do ajustamento final $AF(\text{índice } k)$ da compensação relativa ao centro eletroprodutor k , referido a preços do início do 11.º ano após a data de cessação antecipada do respetivo CAE, é calculado pela seguinte expressão:

...

2 — Na expressão do número anterior:

a) $EF(\text{índice } k_i)$ representa o encargo fixo do centro eletroprodutor k no final do ano i tal como definido na alínea e) do n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo, convertido para preços correntes pelos índices previstos no CAE, conhecidos à data do ajustamento final, e considerando que esses índices têm implícita uma taxa de inflação anual média dos últimos cinco anos, medida pela evolução correspondente do IPC (continente) sem habitação, e ajustado conforme o clausulado e anexos do CAE relativamente ao cumprimento de disposições neles definidas;

b) $Km(\text{índice } k)$ representa, para o centro eletroprodutor k , a média dos coeficientes de disponibilidade, de acordo com a definição do respetivo CAE, verificados nos últimos 10 anos históricos disponíveis à data da realização do cálculo;

c) $Kp(\text{índice } k)$ representa, para o centro eletroprodutor k , o coeficiente de disponibilidade implícito no CAE utilizado para o cálculo do montante da compensação devida ao produtor pela cessação antecipada do contrato e ajustado, em termos e condições a definir no acordo de cessação, de modo a ter em conta o efeito das variações no encargo fixo decorrentes da definição constante da alínea a) anterior;

d) $VTF(\text{índice } k_{mh})$ representa a produção estimada, em megawatts-hora, do centro eletroprodutor k para o posto horário h do mês m do ano i , calculada por aplicação do modelo VALORÁGUA, conforme definido no anexo IV, num cenário baseado na média da energia produzida, da disponibilidade real desse centro eletroprodutor e de simulações da exploração do sistema eletroprodutor com as afluências mensais aos aproveitamentos hidroelétricos verificadas nos últimos 10 anos históricos disponíveis à data da realização do cálculo;

e) $PTF(\text{índice } mh)$ representa o preço médio de mercado, em euros por megawatts-hora, no posto horário h do mês m , que se admita que o centro eletroprodutor k venha a auferir quando operado em mercado, calculado como a média dos valores verificados nos últimos 10 anos disponíveis à data da realização do cálculo, desagregados por mês e posto horário, de acordo com a estrutura definida no n.º 2 do anexo III;

f) $VTF(\text{índice } k_i)$ representa a produção estimada do centro eletroprodutor k no ano i , nas condições definidas na alínea d) do presente número;

g) $EVTF(\text{índice } k_i)$ representa o encargo variável, em euros por megawatts-hora, do centro eletroprodutor k no ano i , considerando o preço do combustível respetivo, em vigor no mercado, baseado em índices internacionais de acordo com o anexo V, bem como os outros custos variáveis de O&M (operação e manutenção) previstos no CAE

e, caso existam, outros encargos variáveis reconhecidos à data da revisibilidade nos termos previstos em cada CAE;

h) $I'(\text{índice } i)$ representa o índice IPC (continente) sem habitação de final de junho do ano i , admitindo uma taxa de inflação anual correspondente à taxa de inflação média dos últimos cinco anos;

i) $I(\text{índice } 11)$ representa o IPC (continente) sem habitação do início do primeiro ano a que se reporta o ajustamento final, ou seja, o 11.º ano;

j) $I(\text{índice } ref)$ representa o IPC (continente) sem habitação à data de cessação antecipada do CAE;

l) j representa, para cada produtor, a taxa de rendimento de mercado da dívida pública portuguesa, em vigor no início do primeiro ano civil a que se reporta o ajustamento final, ou seja, o 11.º ano, acrescida de 0,25 pontos percentuais;

m) As restantes variáveis têm o significado já atribuído no n.º 2 do artigo 1.º do presente anexo.

Também aqui, da leitura do artigo 7.º, n.º 2, g), do Anexo 1, do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, se verifica que as alterações ocorridas no montante dos tributos, cujo facto tributário se inserisse na atividade produtora de eletricidade, podem determinar uma correção do valor final dos CMEC, uma vez que, para apuramento deste valor devem ser ponderadas todas as variações ocorridas posteriormente à cessação do CAE, nas diferentes parcelas que integram quer os encargos fixos, quer os variáveis da central eletroprodutora, que fossem consideradas relevantes pelo CAE na determinação do valor desses encargos.

3.4 — Da existência de um auxílio de Estado

Pergunta a entidade consulente se, verificando-se uma alteração do responsável pelo pagamento de impostos, em resultado da aplicação da cláusula 21.ª do CAE de Sines, deve ser considerada que a mesma se traduz num auxílio de Estado, para os efeitos previstos nos artigos 107.º e seg. do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

Tendo-se concluído que a cláusula 21.ª do CAE de Sines não determina qualquer alteração da entidade responsável pelo pagamento de impostos, fica prejudicada a análise desta questão.

4 — Da validade da alínea b), do ponto 2.2., do Anexo A, da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines

A entidade consulente interroga-se sobre se é válido o regime de cálculo dos CMEC fixados no Anexo A da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines³⁰, outorgada em 15 de junho de 2007, entre a REN, S. A., e a EDP-Gestão de Produção de Energia, S. A., na parte em que prevê a amortização e remuneração dos investimentos realizados após a cessação do CAE, relativos às exigências ambientais incidentes sobre todos os produtores do setor.

Consta dos pontos 2.1. e 22. do referido Anexo o seguinte:

2.1 — O valor do contrato, determinado de acordo com o disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, deve incluir, no caso do Centro Electroprodutor, as parcelas que constituem os encargos fixos e outros encargos nele explicitamente definidos.

2.2 — Nos termos das subalíneas i), ii) e iii), da alínea a), do n.º 1, do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, os encargos fixos do Contrato são constituídos pelas seguintes parcelas:

a) Amortização e remuneração implícita ou explícita no CAE do ativo líquido inicial e do investimento adicional, constantes do Contrato, devidamente autorizados e contabilizados, entendendo-se como tal o valor das amortizações e da remuneração do ativo líquido inicial e do investimento adicional constante do mapa integrado no apêndice 3 do anexo 1 do Contrato ou, quando tenham existido alterações, do mapa de registo das alterações de investimentos do Contrato, em qualquer caso, devidamente aprovados e autorizados;

b) Remuneração e amortização dos investimentos, devidamente autorizados pela Direção Geral de Energia e Geologia ("DGEG"), ouvida a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ("ERSE"), relativos ao cumprimento dos limites de emissão respeitantes às grandes instalações de combustão estabelecidos no Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2001. Aos investimentos acima referidos acrescem os encargos financeiros decorridos durante o período de construção, calculados à taxa de juro Euribor, a um ano, com um spread de 0,6 %.

c) Encargos fixos de operação e manutenção, nomeadamente os encargos fixos de operação e manutenção correntes e outros encargos que se encontrem explicitamente definidos no Contrato;

d) Remuneração do stock de combustível.

O Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2001, relativa à limitação das emissões de certos poluentes para a atmosfera de grandes instalações de combustão, veio impor, relativamente às instalações existentes, que fossem realizadas as obras necessárias ao cumprimento dos novos valores limite fixados, de forma a reduzirem-se os níveis de poluição atmosférica.

Atento a esta imposição, o Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, que previu o pagamento dos CMEC como forma de compensação pela cessação dos CAE, dispôs no seu artigo 4.º, n.º 1, a), iii):

1 — Os parâmetros de base a utilizar no cálculo dos CMEC devidos às partes contraentes dos CAE pela cessação antecipada destes contratos, no âmbito das disposições estabelecidas no artigo 3.º e do procedimento previsto no artigo 9.º, são definidos, para cada centro eletroprodutor, nos termos seguintes:

...

iii) Para o caso específico dos centros eletroprodutores do Pego e de Sines, definidos no n.º 1 do anexo II, o valor do CAE respetivo deve ainda incluir a remuneração e amortização dos investimentos, devidamente autorizados pela DGGE, ouvida a ERSE, relativos ao cumprimento dos limites de emissão respeitantes às grandes instalações de combustão estabelecidos na Diretiva n.º 2001/80/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro;

...

O legislador, ciente de que a Central Electroprodutora de Sines, pela sua dimensão, na sequência do imposto pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, foi obrigada a efetuar investimentos destinados a reduzir as emissões de gases poluentes, não deixou de prever que os CMEC deveriam refletir os custos desses investimentos, tendo em consideração que a remuneração dos CAE incluía a remuneração dos investimentos adicionais.

Assim, a inclusão no valor dos CMEC dos investimentos efetuados na Central Electroprodutora de Sines para cumprimento das medidas impostas pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, limitou-se a reproduzir o determinado no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

Refere a entidade consulente que a inclusão desses investimentos no cálculo dos CMEC garante um financiamento desses custos à Central Electroprodutora de Sines, beneficiando-a, relativamente a outras instalações, designadamente de outros produtores do setor, que, por força do determinado pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, foram obrigados a efetuar iguais investimentos.

Se é real esta diferença de tratamento, a mesma tem a sua justificação na circunstância da Central Electroprodutora de Sines, tal como a Central do Pego, terem visto cessar antecipadamente os contratos de aquisição de eletricidade que haviam celebrado com a Concessionária da RNT, os quais previam a consideração desse tipo de investimentos no montante da remuneração a pagar pela eletricidade fornecida, pelo que, como forma de compensação da cessação antecipada dos CAE, se determinou o pagamento de uma quantia que garantisse a manutenção do equilíbrio contratual das partes contraentes, o que não era aplicável a outras instalações que, não tendo idêntica relação contratual, suportaram os custos dos investimentos, sem qualquer compensação.

Estamos, pois, perante situações diferentes que justificam a diferença de tratamento apontada, não se verificando, por isso, uma diferenciação arbitrária, suscetível de pôr em causa o princípio constitucional da igualdade.

5 — Das questões relacionadas com o direito de superfície

5.1 — Do contrato de constituição do direito de superfície

O Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, autorizou o Gabinete da Área de Sines a contratar, no prosseguimento dos objetivos fixados pelo Decreto-Lei n.º 270/71, de 19 de junho, mediante simples ajuste direto, a constituição de direitos de superfície, relativamente a terrenos no seu domínio privado (artigo 1.º, n.º 1), por prazos nunca inferiores a 10 anos, sendo o prazo fixado renovável por vontade do superficiário, salvo as limitações legais ou contratualmente estabelecidas (artigo 3.º, n.º 1 e 2).

No uso desta autorização, em 11 de dezembro de 1987, o representante do Gabinete do Planeamento de Desenvolvimento da Área de Sines, instituto público dotado de personalidade jurídica e património próprio, por escritura pública, declarou que este Instituto era dono e possuidor de um prédio misto e seis prédios rústicos, que identificou, com a área total de 1.189.699,40 m², os quais integravam o domínio privado daquele Instituto, e que sobre eles constituía um direito de superfície a favor de Eletricidade de Portugal — E. P., abreviadamente designada por E.D.P.,

mediante contrato que representante desta declarou aceitar, subordinado às seguintes cláusulas, entre outras:

Cláusula 1.ª

(Objeto e fim do direito de superfície)

1 — O objeto do direito de superfície, consiste na construção e manutenção de uma Central Termoelétrica a Carvão, incluindo todas as instalações e equipamentos acessórios e complementares e de um Depósito, destinados aquela à produção de energia elétrica e este a armazenamento de cinzas.

2 — A utilização da obra para fim diverso do previsto no número anterior, além dele, depende de prévia autorização do G.A.S., salvo se a nova atividade seja exercida através da utilização da obra mencionada no número anterior.

3 — No caso de exercício de outra atividade serão ajustadas à nova situação as cláusulas deste contrato determinadas pela natureza da atividade a exercer.

Cláusula 2.ª

(Duração do direito de superfície)

1 — O direito de superfície é constituído pelo prazo de quarenta anos, reportando o seu início de vigência a um de agosto de 1980, relativamente à área onde está implantada a Central Termoelétrica... e a 7 de março de 1985, relativamente à área afeta ao Depósito de Cinzas...

2 — O prazo é prorrogável, por vontade da superficiária uma ou mais vezes por períodos não superiores ao inicial nem inferiores a metade dele.

3 — A superficiária, se quiser exercer a faculdade prevista no número anterior deverá notificar o Gabinete da Área de Sines da sua intenção até um ano antes do termo do prazo.

4 — Se nenhuma notificação for feita pela superficiária dentro do prazo para isso fixado no número anterior, não se deverá, porém, concluir que a esta não interessa a prorrogação, devendo neste caso, o Gabinete da Área de Sines notificá-la para, no prazo de 60 dias, comunicar expressamente a sua intenção.

5 — O Gabinete da Área de Sines só poderá opor-se à prorrogação invocando fundamento legal ou violação do contrato pela superficiária.

6 — A oposição à prorrogação deve ser notificada no prazo de 3 meses, contados da receção da notificação ou comunicação referida no n.º 3 e 4 ou do conhecimento do facto ofensivo do contrato, se for posterior àquela receção.

Cláusula 3.ª

(Preço)

...

Cláusula 4.ª

(Obrigações da superficiária)

1 — A superficiária obriga-se a:

...

10 — A prática reiterada e injustificada do incumprimento referido nos números anteriores, para além de obrigar ao pagamento das indemnizações mencionadas, possibilitará, ao Gabinete da Área de Sines obter a reversão do direito de superfície, titulado pelo presente contrato, mediante justa indemnização, calculada nos termos do artigo 8.º da minuta da minuta de contrato anexa à Portaria n.º 434/73, de 23 de junho.

...

Cláusula 6.ª

(Reversão)

1 — O direito de superfície reverte para o proprietário do solo, sem qualquer indemnização:

a) Se a superficiária não concluir a obra mencionada no n.º 1 do artigo 1.º dentro do dobro do prazo referido no artigo 4.º, n.º 1, a), não ocorrendo motivo justificado desse atraso ou se entre as características da obra e as previstas neste contrato houver diferença substancial que não haja sido aprovada pelo Gabinete da Área de Sines nem pelos departamentos oficiais competentes.

b) Se no caso de destruição da obra, total ou parcial, a superficiária, sem motivo justificado, não a reconstruir dentro do dobro dos prazos referidos no artigo 4.º, n.º 1, b).

2 — O Gabinete da Área de Sines pode ainda obter a reversão do direito de superfície mediante justa indemnização, calculada nos termos do artigo 8.º

a) Quando a superficiária utilize a obra para a atividade diversa da convencionada ou da autorizada nos termos do n.º 2, do artigo 1.º ou quando não inicie o exercício da atividade prevista no n.º 1, do artigo 1.º, no dobro do prazo aí consignado ou cesse ou interrompa tal atividade, salvo se tais circunstâncias resultarem do cumprimento de um dever legal.

b) Quando a obra não tiver as características previstas neste contrato, mas a diferença não for substancial, e esta não tiver sido autorizada pelos departamentos oficiais competentes.

c) Quando a superficiária deixar de pagar prestações é que constitui o preço, relativa a dois anos.

3 — Sendo concedida a autorização por parte do Gabinete da Área de Sines, para que a superficiária hipoteque a entidade financiadora este direito de superfície e verificando-se a reversão do mesmo conforme previsto no número anterior, a superficiária autoriza que o fundeiro (Gabinete da Área de Sines) pague diretamente e imediatamente à instituição credora e até ao montante do débito existente e que resulte do respetivo contrato de mútuo, a indemnização a que tiver direito que, será calculada nos termos do artigo 8.º

Cláusula 7.ª

(Resolução do contrato pela superficiária)

A superficiária pode resolver o contrato nos casos e termos gerais do direito.

Cláusula 8.ª

(Indemnização)

1 — No caso de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, a superficiária, terá direito, além do mais que no último caso lhe caiba, a uma indemnização consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, tomando-se como base o custo da construção a esse tempo, descontando-se as depreciações derivadas do mau estado de conservação e de outras causas que lhe diminuam o valor para ulterior utilização.

2 — Se a extinção resultar de reversão nos termos do n.º 2, do artigo 6.º, a indemnização a que a superficiária terá direito calcular-se-á segundo as regras do enriquecimento sem causa.

3 — Na ausência de acordo sobre o montante da indemnização será este fixado por uma comissão arbitral, composta por três peritos dos quais cada uma das partes nomeará um, sendo o terceiro designado ou por acordo ou por nomeação do tribunal.

4 — No caso de o antigo superficiário assim o requerer a comissão poderá fixar sumariamente um valor provisório para indemnização, do qual serão devidos logo 2/3.

5 — O pagamento pelo Gabinete da área de Sines da indemnização de que trata este artigo poderá ser feito em prestações distribuídas por um prazo máximo de cinco anos, pagando então o Gabinete da Área de Sines um juro anual igual à taxa básica de desconto do Banco de Portugal acrescida de 1 %.

...

Cláusula 10.ª

(Legislação aplicável e normas supletivas)

O presente contrato rege-se pela lei portuguesa, sendo aplicáveis, nos casos omissos as disposições do Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, das Portarias n.º 434/73 e 535/77, de 24 de agosto, da Lei 2030 de 22 de junho de 1948 e as do Código Civil.

...

Apesar de ser uma figura conhecida desde o Direito Romano³¹, sobretudo no que toca a terrenos públicos, o direito de superfície só veio a obter uma consagração no direito nacional na Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948, a qual, nos artigos 21.º e seguintes o previu como o direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício em chão alheio, sem aplicação das regras de acessão imobiliária, que apenas podia ser constituído pelo Estado, pelas autarquias locais e pelas pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, em terrenos do seu domínio privado (artigo 22.º, n.º 7).

Apesar de, posteriormente, o Código Civil de 1966 ter generalizado o direito de superfície a quaisquer prédios (artigos 1524.º e seguintes do Código Civil), como o artigo 1527.º desse diploma ressaltou que este direito quando fosse constituído pelo Estado ou por pessoa coletiva pública em terrenos do seu domínio privado ficava sujeito a legislação

especial e, subsidiariamente, às disposições daquele Código, o regime do direito de superfície constante dos artigos 21.º e seguintes da Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948, manteve-se aplicável aos direitos de superfície constituídos pelas pessoas coletivas públicas, tendo por objeto terrenos do seu domínio privado³², até ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, o qual passou a conter normas especiais para os direitos de superfície constituídos sobre prédios pertencentes a entes públicos.

Assim, tendo este direito de superfície sido constituído por um Instituto público (o Gabinete da Área de Sines), sobre terrenos do seu domínio privado, o mesmo está sujeito, em primeiro lugar, às regras especialíssimas do Decreto-Lei n.º 120/73, de 15 de março e demais legislação regulamentar, que dispôs especificamente sobre a constituição de direitos de superfície sobre terrenos onde se incluem aqueles que foram objeto deste contrato, subsidiariamente, ao disposto na Lei n.º 2030, de 22 de junho, até à sua revogação, e posteriormente ao Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, e finalmente, ainda a título subsidiário, às regras do Código Civil, sendo ainda aplicáveis as disposições contratuais que não contrariem os traços essenciais caracterizadores do tipo legal deste direito, enquanto tipo aberto³³.

Após a extinção do Gabinete da Área de Sines pelo Decreto-Lei n.º 228/89, de 17 de julho, o Decreto-Lei n.º 6/90, de 3 de janeiro, procedeu à transmissão *ope legis* para o Estado, integrando os respetivos bens no seu domínio privado, da propriedade dos imóveis pertencentes ao Gabinete da Área de Sines (artigo 1.º, n.º 1), tendo, no mesmo diploma, sido efetuada uma segunda transferência de alguns desses imóveis para o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI), entre os quais se encontravam aqueles que tinham sido objeto da constituição do direito de superfície acima referido, conforme consta do artigo 2.º daquele diploma, permitindo-se expressamente ao novo titular dos prédios, quer a constituição de novos direitos de superfície sobre esses imóveis, quer a transmissão da sua propriedade, mantendo-se, contudo, como ónus, a obrigatoriedade da sua afetação à instalação de unidades industriais e ao estabelecimento de infraestruturas e equipamentos de apoio (artigos 6.º e 7.º).

Com a transmissão para o IAPMEI do direito de propriedade sobre os terrenos onde se encontra instalada a Central Electroprodutora de Sines e que haviam sido objeto da constituição de um direito de superfície a favor da CPPE, S. A., a posição de fundeiro nesta relação jurídica *propter rem* transferiu-se para este novo proprietário.

Em 28 de junho de 1991, o IAPMEI celebrou um *Acordo de Gestão* com a PGS — Sociedade de Promoção e Gestão de Áreas Industriais e Serviços, S. A.³⁴, sociedade que havia sido constituída nesse mesmo ano pelo IAPMEI, o IPE (Instituto de Participações do Estado) a APS (Administração do Porto de Sines), a Câmara Municipal de Sines e o Banco Nacional Ultramarino, S. A., estando incluído no seu objeto a gestão do património do extinto Gabinete da Área de Sines que havia transitado para o IAPMEI.

Nesse *Acordo de Gestão*, estipulou-se o seguinte:

Cláusula 1.ª

O IAPMEI cede à PGS — Sociedade de Promoção e Gestão de Áreas Industriais e Serviços, S. A., a exploração de todo o património que lhe foi transmitido por força do Decreto-Lei n.º 6/90.

Cláusula 2.ª

A PGS obriga-se não só a dar continuidade à gestão iniciada pelo GAS e posteriormente com o IAPMEI, como ainda a praticar todos os atos necessários ao desenvolvimento, promoção e exploração da Zona Industrial de Sines, afeta à indústria pesada...

...

Cláusula 4.ª

1 — Como consequência da atividade desenvolvida, no âmbito deste acordo, a PGS tem direito a fazer suas as receitas que cobrar após dedução das importâncias necessárias ao pagamento das prestações devidas pelo IAPMEI à Direção Geral do Tesouro, fixadas de acordo com a Portaria n.º 801/91 de 12 de agosto.

2 — De acordo com o número anterior, a PGS tem, nomeadamente, direito a fazer suas as seguintes receitas:

a) As rendas dos prédios referidos na cláusula 6.ª, e quaisquer outros frutos deles emergentes;

b) As contrapartidas previstas nos contratos pelos quais é possibilitada a instalação de unidades na Zona Industrial de Sines, incluindo as referidas na alínea seguinte;

c) As taxas ou tarifas por serviços prestados aos utilizadores da Zona Industrial de Sines.

...

Cláusula 7.ª

1 — No âmbito deste acordo, o IAPMEI confere, ainda, por mandato, à PGS, os poderes necessários para constituir direitos de superfície sobre os imóveis que recebeu do Estado, por força do Decreto-Lei n.º 6/90, de 3 de janeiro.

2 — A PGS disporá dos poderes bastantes para requerer as autorizações e aprovações necessárias para a boa execução do mandato que lhe foi conferido e para a prática dos atos que forem adequados a tal fim.

3 — O mandato a que se refere o n.º 1 anterior, por ser do interesse de ambos, não pode ser revogado, durante a vigência deste contrato.

Cláusula 8.ª

1 — Esta cessão tem uma vigência de 25 anos, não podendo o IAPMEI, durante este período, exercer quaisquer direitos de oneração, administração ou disposição, sobre os prédios objeto deste contrato, sem prejuízo do previsto nos números seguintes e ainda na cláusula 10.ª

2 — O prazo deste contrato é prorrogável por duas vezes e por períodos não superiores ao inicial, nem inferiores a metade dele desde que a PGS o pretenda.

3 — No caso da PGS pretender usar desta faculdade deverá notificar o IAPMEI até um ano antes do termo do prazo.

4 — O IAPMEI só poderá opor-se à prorrogação invocando fundamento legal ou violação do acordo pela PGS.

5 — A oposição à prorrogação deve ser notificada no prazo de 3 meses contados da receção da notificação referida no n.º 3, ou do conhecimento do facto ofensivo do acordo, se for posterior àquela receção.

...

Através deste denominado “acordo de gestão”, em que o IAPMEI cedeu a exploração de um determinado património, onde se incluíam os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície aqui em análise, transferiu-se a administração desses bens para a entidade gestora, em termos económico-financeiros, o que compreende a sua conservação, valorização e rentabilidade, tendo em vista a prossecução do interesse público e a racionalização dos recursos disponíveis, de acordo com o princípio da boa administração, conforme atualmente dispõe o artigo 52.º, do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, que define o regime do património público imobiliário³⁵, o que inclui quer a constituição de novos direitos de superfície, como expressamente se previu na cláusula 7.ª do “acordo de gestão”, quer o exercício dos direitos e deveres inerentes às relações jurídicas superficiais já constituídas. E, nestes aspetos, esse “acordo” consubstancia um contrato de mandato (artigo 1157.º do Código Civil), uma vez que a entidade gestora se obrigou a praticar atos jurídicos por conta do IAPMEI.

5.2 — Da validade da cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície

A entidade consulente pretende saber se a cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície é válida face à inclusão no valor da remuneração acordada quer no CAE de Sines, quer, posteriormente, no Acordo de Cessação do CAE, dos custos relativos ao ativo líquido inicial e investimento adicional.

A cláusula 8.ª corresponde *ipsis verbis* à cláusula 8.ª constante do modelo n.º 1 anexo à Portaria n.º 434/73, de 23 de junho, emitida ao abrigo do disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, cujo artigo 11.º, n.º 1 c), obrigava a seguir.

Nesta cláusula estabelece-se e regula-se o pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, a qual se revela consentânea quer com a previsão que constava do artigo 24.º, b), da Lei n.º 2030, de 22 de junho, quer com o atualmente disposto no artigo 72.º, do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

Com efeito, transferindo-se para o proprietário do terreno o direito de propriedade do superficiário³⁶ sobre a construção erguida em terreno da entidade pública com a extinção do direito de superfície por qualquer causa, conforme resultava anteriormente do disposto nas alíneas do artigo 24.º da Lei n.º 2030, de 22 de junho, e atualmente da aplicação subsidiária do artigo 1538.º, n.º 1, do Código Civil, em princípio, deve aquele indemnizar o superficiário do valor do edifício à data do seu ingresso no património do fundeiro, de modo a evitar-se um enriquecimento injustificado deste último.

A entidade consulente pergunta, contudo, se, neste caso em concreto, não é o pagamento dessa indemnização que vai gerar um enriquecimento

injustificado do superficiário, uma vez que este já recebe por via do CAE e do respetivo acordo de cessação antecipada os custos despendidos com a construção das instalações implantadas nos terrenos sobre os quais incide o direito de superfície.

Ora, tendo o CAE e o respetivo acordo de cessação antecipada sido celebrados posteriormente ao contrato de constituição do direito de superfície o disposto naqueles contratos não é suscetível de colocar em causa a validade do clausulado no contrato de constituição do direito de superfície, podendo apenas, eventualmente, refletir-se na sua aplicabilidade, designadamente no cálculo do *quantum* indemnizatório.

5.3 — Da validade da cláusula 26.4.2. do CAE de Sines

No CAE de Sines, ao dispor-se sobre a futura utilização do sítio da Central, nas hipóteses de extinção do CAE por este terminar na data prevista para o seu fim, nos termos da cláusula 25.1.3., ou por resolução unilateral da Concessionária da RNT, nos termos da cláusula 23, relativamente à totalidade da Central, estabeleceu-se na cláusula 26.4.2. que a Concessionária só poderá utilizar o sítio para a construção de novos grupos geradores, devendo lançar o respetivo concurso mediante decisão da Entidade de Planeamento, esclarecendo-se que, nessas circunstâncias, fica expressamente vedado à RNT voltar a colocar a concurso a exploração da Central com os Grupos existentes à data da cessação ou resolução unilateral do contrato, ou explorar por si mesmo a Central.

A entidade consulente questiona a validade desta cláusula por entender que ela significa que um ente público se comprometeu “ad eternum”, com um privado, a não usar e explorar propriedade própria, que pagou, comentando que estamos perante uma exclusão de fruição de um bem de interesse geral (que aproveita a todos) em benefício de um único privado, sem qualquer contrapartida.

Previamente à análise da validade desta cláusula, convém precisar que não é rigoroso dizer-se que a Concessionária da RNT pagou à produtora o preço da Central, como se tivesse ocorrido um contrato de compra e venda entre ambas, tendo por objeto a Central de Sines. O contrato celebrado entre a REN, S. A., e a CPPE, S. A., foi antes um contrato de aquisição de energia a produzir por esta última, em que no cálculo do montante da remuneração da energia adquirida, a pagar pela primeira, se contabilizavam a remuneração e amortização do ativo líquido inicial e a remuneração e amortização do investimento adicional, (ponto 2.1., do Anexo 1, do CAE de Sines), relativos àquela Central, remunerações que não deixaram de ser consideradas na estipulação das consequências da cessação do contrato.

No CAE de Sines estabeleceu-se (cláusula 3.ª) que o mesmo produzia efeitos a partir de janeiro de 1995 e duraria até 31 de dezembro de 2017, a não ser que fosse “terminado”, por resolução de uma das partes, ou “estendido” por acordo entre ambas, segundo as condições nele estabelecidas e que se encontram reguladas na cláusula 25.

No que respeita à primeira hipótese de aplicação da proibição constante da cláusula 26.4.2. — termo do contrato no fim do prazo previsto — ela apenas ocorre quando nenhuma das partes solicitar a extensão do contrato, ou no caso de a Concessionária da RNT responder negativamente a uma proposta do Produtor para essa extensão, conforme dispõe a cláusula 25.1.3. do CAE de Sines.

Quanto à resolução do contrato, enquanto na cláusula 22. se facultou, quer ao Produtor, quer à Concessionária da RNT, a possibilidade de resolverem o contrato, quando se verificasse qualquer um dos incumprimentos da contraparte previstos nas diversas alíneas dos pontos 22.1. ou 22.3., respetivamente, na cláusula 23. conferiu-se à Concessionária da RNT a possibilidade de resolver unilateralmente o contrato, parcial ou totalmente, até 5 anos antes do final deste, com um pré-aviso não inferior a 2 anos, por proposta da Entidade de Planeamento, confirmada pela Entidade Reguladora nas seguintes hipóteses:

a) quando se verificar uma degradação tecnológica de um ou mais grupos, ou da totalidade da Central, tal que deixou de ser económica a exploração desses grupos;

b) quando devido a uma alteração relevante da legislação, se torne necessário proceder a investimentos vultuosos num ou mais grupos da Central que excedam a quantia mínima de Aplicabilidade, tal como no parágrafo 1.1.(b) do Anexo 11.

Mais se acordou (cláusulas 26.1.1 e 26.1.2.) que, quando o CAE terminasse pelo decurso do prazo, nos termos da cláusula 25.1.3., ou por resolução unilateral da Concessionária da RNT, nos termos da cláusula 23.ª, que esta poderia optar, de acordo com a proposta da Entidade de Planeamento, confirmada pela Entidade Reguladora, entre:

(a) tomar de imediato a posse da Central e respetivo Sítio, terminando o Contrato de Direito de Superfície e transferindo para a RNT a posse sobre as instalações e terrenos da Central, incluindo todos os bens móveis e imóveis, sem direito a qualquer indemnização adicional por parte do Produtor para além do previsto neste Contrato;

(b) *propor ao Produtor a extensão do Contrato de Direito de Superfície por um período e em condições a definir, durante o qual o Produtor poderá funcionar como Produtor Não Vinculado;*

(c) ou ainda, apenas quando o CAE terminasse no termo do prazo, *transferir a propriedade do Sítio para o Produtor que passará a funcionar como Produtor não Vinculado* ³⁷.

Nos termos da cláusula 26.1.1., *in fine*, a consequência acima prevista na alínea a), verificar-se-ia se o Produtor não aceitasse nenhuma das soluções previstas nas alíneas b) ou c), quando o contrato terminasse no fim do seu prazo.

Foi também clausulado que, sem prejuízo, dos direitos e obrigações assumidos por qualquer das partes anteriormente ao *terminus* do contrato, no caso de resolução parcial ou total do contrato, nos termos previstos na cláusula 23., a Concessionária da RNT ficava obrigada ao pagar, a título de indemnização, ao Produtor, o Valor Atual de Referência do Grupo, ou Grupos, ou da totalidade da Central, tal como definido no Anexo 10 do contrato (cláusula 26.1.2.), em que se procura obter o valor residual da Central, tendo em atenção as remunerações já satisfeitas pela Concessionária da RNT.

A questionada cláusula 26.4.2. pressupõe que, perante o fim do contrato no termo do prazo, nos termos referidos em 25.1.3., ou a sua resolução de acordo com o previsto na cláusula 23., ocorreu a situação prevista na alínea a) da cláusula 26.1.1. e em (i) da cláusula 26.1.2., ou seja, a transferência da posse sobre as instalações e terrenos da Central para a Concessionária da RNT.

E foi perante a verificação dessa transferência, que as partes acordaram que a Concessionária da RNT apenas possa destinar o sítio onde funcionava a Central eletroprodutora à construção de novos grupos geradores, sendo-lhe expressamente vedado voltar a colocar a concurso a exploração da Central com os Grupos existentes à data da cessação ou resolução unilateral do contrato, ou explorá-la por si mesma.

Tal limitação visou prevenir situações de abuso por parte da Concessionária da RNT, no exercício do direito de não estender a duração do contrato por sua vontade no termo do prazo (casos previstos na cláusula 25.1.3.), ou de lhe por termo quando a exploração da Central eletroprodutora deixa de ser economicamente viável (casos previstos na cláusula 23.), dissuadindo-a de ativar estas opções com a mera finalidade de proceder a uma substituição da entidade produtora na exploração da Central por outra entidade ou por ela própria.

Pretendeu-se com a cláusula em análise salvaguardar a produtora de uma tomada de decisão da Concessionária da RNT no sentido de não propor a extensão do contrato de aquisição de energia ou recusar a extensão proposta pelo produtor (cláusula 25.1.3.) ou ainda de resolver esse contrato, mediante a invocação de situações em que a exploração da Central eletroprodutora deixa de ser economicamente viável (cláusula 23), com a consequente transferência da posse da Central, com a finalidade de posteriormente entregar a exploração da Central a outra produtora ou da Concessionária a explorar ela própria.

Note-se, contudo, que, sendo estes os objetivos da cláusula questionada, deve a mesma ser interpretada restritivamente, de modo a dela estarem excluídas as situações em que a transferência da posse da Central eletroprodutora e do sítio onde ela está implantada para a Concessionária da RNT ocorre, não por opção desta, mas porque a produtora rejeitou as propostas alternativas de extensão do contrato de direito de superfície ou de transferência da propriedade do sítio, continuando o Produtor a explorar a Central na qualidade de Produtor Não Vinculado, conforme determina o disposto na cláusula 26.1.1., *in fine*. Nestas hipóteses, o Produtor só não se mantém à frente da exploração da Central, por sua vontade, pelo que não há razão alguma para que a Concessionária da RNT não possa voltar a colocar a concurso a exploração da Central com os Grupos existentes à data da cessação do CAE ou explorar por si mesma a Central.

Nesta cláusula consagra-se uma limitação aos poderes da Concessionária da RNT sobre a Central Eletroprodutora de Sines após ter tomado a sua posse no termo do CAE, quando este ocorre em determinadas circunstâncias, de modo a impedir uma mera substituição da entidade exploradora da Central, sem razões justificativas. Tal previsão, protetora da posição da produtora, não viola quaisquer princípios nem normas injuntivas, pelo que não se afigura inválida.

Acrescenta-se que, tendo o CAE de Sines cessado antecipadamente, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a analisada cláusula extinguiu-se, sem que tivesse sido aplicada, atento o disposto no n.º 3, da cláusula 2.ª, do acordo de cessação do CAE de Sines, outorgado em 27 de janeiro de 2005, entre a REN, S. A., e a CPPE, S. A.

5.4 — Da validade da prorrogação do direito de superfície

5.4.1 — Em razão do procedimento

Pergunta a entidade consulente se é válida a prorrogação do direito de superfície sem sujeição a procedimento concorrencial.

O contrato de direito de superfície acima já descrito foi celebrado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, que autorizou o Gabinete da Área de Sines a contratar, no prosseguimento dos seus objetivos, mediante simples ajuste direto, a constituição de direitos de superfície, relativamente a terrenos no seu domínio privado (artigo 1.º, n.º 1).

Nesse contrato estipulou-se o seguinte na cláusula 2.ª, relativa à duração do contrato:

1 — *O direito de superfície é constituído pelo prazo de quarenta anos, reportando o seu início de vigência a um de agosto de 1980, relativamente à área onde está implantada a Central Termoelétrica... e a 7 de março de 1985, relativamente à área afeta ao Depósito de Cinzas...*

2 — *O prazo é prorrogável, por vontade da superficiária uma ou mais vezes por períodos não superiores ao inicial nem inferiores a metade dele.*

3 — *A superficiária, se quiser exercer a faculdade prevista no número anterior deverá notificar o Gabinete da Área de Sines da sua intenção até um ano antes do termo do prazo.*

4 — *Se nenhuma notificação for feita pela superficiária dentro do prazo para isso fixado no número anterior, não se deverá, porém, concluir que a esta não interessa a prorrogação, devendo neste caso, o Gabinete da Área de Sines notificá-la para, no prazo de 60 dias, comunicar expressamente a sua intenção.*

5 — *O Gabinete da Área de Sines só poderá opor-se à prorrogação invocando fundamento legal ou violação do contrato pela superficiária.*

6 — *A oposição à prorrogação deve ser notificada no prazo de 3 meses, contados da receção da notificação ou comunicação referida no n.º 3 e 4 ou do conhecimento do facto ofensivo do contrato, se for posterior àquela receção.*

O clausulado encontra-se de acordo com o disposto sobre esta matéria no Decreto-Lei n.º 120/73, de 15 de março, o qual, no artigo 3.º dispõe que os direitos de superfície a que este diploma se refere serão constituídos por prazo, nunca inferior a 10 anos, sendo esse prazo renovável por vontade do superficiário, salvas as limitações legal ou contratualmente estabelecidas.

A renovação do contrato no termo do prazo não exige, pois, um acordo entre o fundeiro e o superficiário, bastando a manifestação de vontade do último nesse sentido. O fundeiro apenas pode opor-se a essa renovação, mediante a invocação de impedimento legal específico ou a existência de uma situação de violação do contrato pelo superficiário.

Da documentação junta pela entidade consulente conclui-se que a EDP Produção, por carta enviada em 23 de julho de 2007, à AICEP, gestora do património do IAPMEI, manifestou a vontade de prorrogação do contrato de constituição de direito de superfície até 31 de julho de 2060, tendo a AICEP respondido por carta expedida em 2 de outubro de 2017, em que referiu *registar essa comunicação, que ao abrigo do n.º 2, da Cláusula 2.ª do supra referido contrato é um direito que assiste à EDP*.

Não se verificou, pois, um acordo de vontades entre as duas partes no âmbito da relação jurídica superficiária, no sentido da prorrogação do respetivo contrato até 31 de julho de 2060, mas apenas o exercício pela superficiária do direito potestativo de determinar a prorrogação do contrato, conforme o legalmente e contratualmente previsto.

A entidade consulente, quando coloca a questão da exigência de um procedimento concorrencial para a prorrogação do contrato de constituição do direito de superfície, tem em vista as imposições em matéria de formação de contratos pelo Código dos Contratos Públicos (CCP).

Contudo, nem estamos perante a celebração de qualquer contrato, nem perante um ato de uma entidade administrativa que atribua qualquer vantagem ou benefício em substituição de um contrato público (artigo 1.º, n.º 3, do CCP), mas sim perante uma simples prorrogação do prazo de um contrato pré-existente, desencadeada por ato unilateral do particular superficiário, além de que os contratos de constituição de um direito de superfície sobre bens do domínio privado de entidades públicas parecem estar excluídos do regime de formação dos contratos públicos imposto pelo CCP, atento o disposto no artigo 4.º, n.º 2, c), deste diploma ³⁸, em que a referência genérica a contratos similares abrange tendencialmente todos aqueles que impliquem uma limitação dos poderes sobre os bens imóveis do domínio privado da Administração.

5.4.2 — Em razão da legitimidade

A entidade consulente pergunta se a AICEP, enquanto entidade gestora do património do IAPMEI, tinha legitimidade para decidir a prorrogação do contrato constitutivo do direito de superfície, tendo em conta, nomeadamente, o prazo de vigência do acordo de gestão.

Conforme já se referiu no item anterior, a prorrogação desse contrato ocorreu não por qualquer manifestação de vontade da AICEP nesse sentido, mas apenas pela manifestação de vontade da superficiária, no exercício de um direito potestativo que lhe assiste, nos termos da lei e do contratualmente convencionado.

A AICEP, enquanto entidade gestora do património do fundeiro, o IAPMEI, limitou-se a rececionar e a registar a declaração de vontade da superficiária no sentido da prorrogação do contrato de direito de superfície, tendo ela legitimidade para rececionar essa declaração, uma vez que, como acima vimos, o fundeiro havia-lhe conferido poderes para administrar os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície em causa, incluindo o exercício dos direitos e deveres resultantes da relação superficiária existente.

O facto da prorrogação do direito de superfície, resultante da comunicação nesse sentido efetuada pela superficiária, determinar a sua vigência para além do termo do prazo inicial do mandato conferido à AICEP, em nada limita o exercício dos poderes conferidos pelo mandato, designadamente a legitimidade para rececionar a declaração de vontade de prorrogação do contrato, sendo suficiente que a relação de mandato subsista na data em que ocorreu a comunicação.

6 — Da existência de “auxílios de Estado”

Por fim a entidade consulente pretende saber se as cláusulas cuja validade foi aqui apreciada encerram auxílios de Estado sujeitos ao disposto no artigo 107.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Relembre-se que as cláusulas em questão são as seguintes:

— alínea b), do ponto 2.2., do Anexo A, da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, que determinou que os CMEC refletissem o custo dos investimentos destinados a reduzir as emissões de gases poluentes, efetuados na Central Electroprodutora de Sines, na sequência do imposto pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto;

— cláusula 26.4.2. do CAE de Sines que estabeleceu que nas hipóteses de extinção do CAE, por este terminar na data prevista para o seu fim, nos termos da cláusula 25.1.3., ou por resolução unilateral da Concessionária da RNT, nos termos da cláusula 23, relativamente à totalidade da Central, a Concessionária só poderia utilizar o sítio para a construção de novos grupos geradores, devendo lançar o respetivo concurso mediante decisão da Entidade de Planeamento, esclarecendo-se que, nessas circunstâncias, ficava expressamente vedado à RNT voltar a colocar a concurso a exploração da Central com os Grupos existentes à data da cessação ou resolução unilateral do contrato, ou explorar por si mesmo a Central.

— cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície onde se previu o pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular.

— cláusula 2.ª, n.º 2, do contrato de direito de superfície, que confere à superficiária o direito a determinar a prorrogação do prazo do contrato por manifestação unilateral de vontade.

No que respeita às duas primeiras cláusulas acima indicadas, a primeira constante de uma Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines e a segunda integrante deste CAE, há que ter presente a pronúncia da Comissão Europeia sobre o projeto de cessação antecipada dos CAE e de atribuição de compensações relativamente a essa cessação³⁹.

A Comissão considerou que a justificação apresentada — no sentido de que tais compensações consistem apenas numa justa indemnização pelo facto de o Estado proceder à cessação antecipada dos CAE, que são contratos entre duas partes privadas, o que não poderá ser considerado uma vantagem — não se aplica a este caso específico, dado que os contratos iniciais, que serão objeto de cessação, já concedem uma vantagem aos produtores vinculados.

Na sequência, entendeu a Comissão o seguinte:

Na verdade, os CAE eximem os produtores vinculados de todos os riscos associados aos investimentos cobertos pelos contratos: dispõem da garantia de reembolso de todos os seus custos e de venda de um montante fixo de electricidade a um preço garantido e durante um período determinado e muito longo. Este fator de segurança contra todos os riscos, num mercado aliás muito cíclico, é proporcionado sem qualquer contrapartida. Constitui uma clara vantagem para os produtores que celebraram os CAE. Por conseguinte, a cessação dos

CAE e a concessão de compensações a esse título constitui apenas um modo de alterar a forma como era concedida a vantagem anterior e não um modo de compensar uma desvantagem. De facto, após a cessação dos CAE, aqueles produtores receberam uma compensação que lhes permitirá, não obstante a abertura do mercado, manter o seu volume de vendas (deste modo limitando os riscos em que de outro modo incorreriam) ainda que os centros produtores em questão se venham a revelar intrinsecamente menos eficientes que outros centros produtores que possam ser construídos no futuro por novos concorrentes potenciais.

Contudo, a Comissão, embora qualificando quer os CAE, quer os acordos de cessação daqueles, como auxílios de Estado, considerou que a medida em causa (CMEC) era compatível com a derrogação prevista no n.º 3, alínea c), do artigo 87.º, do Tratado CE (que corresponde ao atual artigo 107.º, n.º 3, c), do TFUE) tendo decidido não levantar objeções relativamente à mesma.

Como se diz na referida Decisão, para que uma medida constitua um auxílio estatal, para os efeitos prescritos nos artigos 107.º e seguintes do TFUE, tem de ser seletiva, afetar ou ameaçar afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros, conceder uma vantagem aos seus beneficiários e ser concedida com base em recursos estatais.

A cláusula constante da alínea b), do ponto 2.2., do Anexo A, da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, que determinou que os CMEC refletissem o custo dos investimentos destinados a reduzir as emissões de gases poluentes, efetuados na Central Electroprodutora de Sines, na sequência do imposto pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, insere-se na lógica que presidiu à consagração dos CMEC.

Com efeito, tendo em consideração que a remuneração dos CAE incluía a remuneração dos investimentos efetuados adicionalmente na Central Electroprodutora, o legislador, face à obrigação de cumprimento das diretrizes constantes do Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, o que exigia a realização de novas obras naquela Central Electroprodutora, não deixou de prever a repercussão dos investimentos nessas obras nos CMEC (artigo 4.º n.º 1, a), iii), do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro), com vista a manter o equilíbrio contratual subjacente aos CAE extintos.

Assim, se as compensações estipuladas nos acordos de cessação dos CAE foram qualificadas pela Comissão como auxílios de Estado, por se traduzirem numa medida substitutiva de um extinto auxílio de Estado (os CAE), tal cláusula comunga dessa qualificação, uma vez que se insere no espírito e objetivos do acordo que integra, devendo, por isso, ser encarada como um auxílio de Estado, compatível com a derrogação prevista no n.º 3, alínea c), do artigo 107.º, do TFUE.

A cláusula 26.4.2. do CAE de Sines que, em algumas hipóteses de cessação do contrato, estabeleceu limitações à utilização pela REN, S. A., da Central Electroprodutora de Sines, como acima se disse, limitou-se a prevenir situações de abuso por parte da Concessionária da RNT, no exercício do direito de não estender a duração do contrato por sua vontade no termo do prazo (casos previstos na cláusula 25.1.3.), ou de lhe por termo quando a exploração da Central Electroprodutora deixa de ser economicamente viável (casos previstos na cláusula 23.), dissuadindo-a, face às limitações subsequentes, de ativar estas opções com a mera finalidade de proceder a uma substituição da entidade produtora na exploração da Central por outra entidade ou por ela própria, pelo que não se traduz numa qualquer vantagem para a produtora que justifique a sua qualificação autónoma como auxílio de Estado.

Porém esta cláusula não deixa de integrar num todo contratual que, sendo um CAE, foi considerado pela Comissão como um auxílio de Estado, compatível com a derrogação atualmente prevista no n.º 3, alínea c) do artigo 107.º, do TFUE.

Quanto à cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície, onde se previu o pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, não estamos perante a estipulação de uma medida seletiva que se traduza numa vantagem reservada a um conjunto fechado de pessoas ou entidades, estando essa indemnização prevista genericamente para o direito de superfície sobre terrenos de entidades públicas quer no artigo 24.º, b), da Lei 2030 de 22 de junho, que estava em vigor no momento em que foi convencionada tal indemnização, quer no artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, atualmente vigente, quer no artigo 1538.º, n.º 2, do Código Civil, para todos os terrenos, independentemente da qualidade do fundeiro.

Por essa razão a previsão do pagamento desse direito de indemnização não deve ser considerada como um auxílio de Estado para os efeitos do artigo 107.º do TFUE e seguintes.

Quanto à cláusula 2.ª, n.º 2, do contrato de direito de superfície, que confere ao superficiário o direito de determinar a prorrogação do prazo do contrato por manifestação unilateral de vontade, é verdade que tal

faculdade é conferida seletivamente aos superficiários dos terrenos do domínio privado pertencentes ao Gabinete da Área de Sines, uma vez que, relativamente aos demais contratos constitutivos de direitos de superfície de prédios pertencentes a entidades públicas, os prazos de duração não podem ser prorrogados, salvo convenção em contrário (artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto).

Contudo, tal medida não tem quaisquer consequências ao nível das trocas comerciais entre Estados-membros, uma vez que estamos perante uma forma de domínio dos bens imóveis cuja constituição não se encontra obrigatoriamente sujeita às regras de concorrência do mercado europeu, pelo que não deve ser considerada um auxílio de Estado, para os efeitos previstos no artigo 107.º do TFUE e seguintes.

Conclusões

1.ª Em 26 de setembro de 1996 a REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., concessionária da Rede Nacional de Transporte, como compradora, e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S. A., como produtora e vendedora, outorgaram um contrato de aquisição de eletricidade da capacidade total, em potência e energia, dos Grupos 1 a 4 da Central de Sines, considerando-se o contrato iniciado em 1 de janeiro de 1995 e tendo o seu termo em 31 de dezembro de 2017.

2.ª Na cláusula 21. deste contrato as partes acordaram que quer a produtora, quer a comparadora, na eventualidade de ocorrer uma alteração nas responsabilidades tributárias da primeira, tinham a faculdade de, mediante notificação à contraparte, determinarem a correção do cálculo do Encargo de Potência e/ou de Energia, de modo a assegurar que a produtora ficava na mesma situação financeira em que estaria caso não se tivesse verificado tal alteração fiscal, o que pressupõe que essas responsabilidades já integravam aqueles encargos.

3.ª Sendo essas responsabilidades encaradas no espírito desta cláusula como um custo do centro eletroprodutor, deve a mesma ser interpretada como abrangendo não todo e qualquer tributo, cuja responsabilidade recaísse sobre a produtora, mas apenas aqueles que respeitassem a facto tributário inserido na atividade de produção da eletricidade contratualizada, estando expressamente previstos no ponto 21.3.1. o Imposto sobre Produtos Petrolíferos, a Contribuição Autárquica e a Taxa de utilização da água de refrigeração da Central, relativamente aos quais a produtora beneficiava de isenção de pagamento.

4.ª Os preços acordados nos CAE procuraram refletir os custos reais de produção, garantindo, a sua cobertura, estando incluídos nesses custos os tributos que as entidades produtoras pagavam em resultado das diferentes ações inerentes à sua atividade produtiva.

5.ª Na referida cláusula 21. não se determina que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos abrangidos por essa previsão, na medida em que foi modificada, direta ou indiretamente, passe a recair sobre os consumidores de eletricidade, mas apenas que essas alterações, na medida em que provocam um agravamento ou diminuição dos custos de produção se devem refletir no preço da eletricidade contratualizada, resultando a repercussão da remuneração paga pela entidade concessionária da RNT nas tarifas a satisfazer pelos consumidores de eletricidade de imposição legal.

6.ª Sendo comum no processo económico de fixação de preços de um bem, a consideração dos custos da sua produção, neles se integrando os tributos devidos em consequência da atividade produtiva desenvolvida, não é possível afirmar que a repercussão no preço de um bem do valor desses tributos equivale a uma transmissão da responsabilidade pela satisfação dos deveres tributários, proibida pelo artigo 29.º da LGT, ou que estamos perante uma violação da reserva do poder legislativo da Assembleia da República no domínio tributário, pelo que não é possível afirmar que tal cláusula é nula, na interpretação restritiva enunciada na terceira conclusão.

7.ª Em 27 de janeiro de 2005, a REN — Rede Elétrica Nacional, S. A., e a CPPE — Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S. A., dando cumprimento às disposições do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, e dos artigos 2.º, n.º 1, 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, celebraram um acordo em que regularam os termos e condições específicos relativos à cessação antecipada do Contrato de Aquisição de Energia celebrado em 26 de setembro de 1996, referente à Central Electroprodutora de Sines.

8.ª Do clausulado quanto ao cálculo do valor inicial dos CMEC pela cessação antecipada do CAE de Sines, verifica-se que a cessação deste contrato, relativamente à previsão da relevância da alteração das circunstâncias constante da sua cláusula 21.ª, respeitante à alteração das responsabilidades tributárias do produtor, não foi um elemento ponderado na fixação daquele valor, uma vez que tal cláusula apenas dispunha sobre a verificação de uma circunstância de ocorrência eventual.

9.ª Contudo, se tal cláusula foi acionada na vigência do CAE, por se ter verificado uma alteração das responsabilidades tributárias da produtora na vigência do contrato, tal poderá ter-se repercutido, para mais ou para menos, no cálculo do Encargo de Potência e/ou de Ener-

gia, o que, a verificar-se, se refletiu no cálculo dos CMEC, nos termos previstos na cláusula 4.ª, n.º 2, quando remete para a fórmula constante dos n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º, do anexo 1 do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a qual inclui a ponderação dos encargos fixos de operação e manutenção do centro eletroprodutor correntes assim como os encargos variáveis.

10.ª Uma das variações que estava prevista na cláusula 21.º do CAE de Sines era precisamente a alteração das responsabilidades tributárias da produtora, pelo que, face ao acordado, caso ocorra uma alteração das responsabilidades tributárias da produtora relativas à sua atividade de produção de eletricidade, em data posterior à cessação do CAE de Sines, poderá verificar-se uma correção, a efetuar na revisão anual, do valor inicial dos CMEC.

11.ª Do mesmo modo, as alterações ocorridas no montante dos tributos, cujo facto tributário se inserisse na atividade de produção de eletricidade, podem determinar uma correção do valor final dos CMEC.

12.ª Tendo-se concluído que a cláusula 21.ª do CAE de Sines não determina qualquer alteração da entidade responsável pelo pagamento de impostos, fica prejudicada a questão de saber se a mesma se traduz num auxílio de Estado, para os efeitos previstos nos artigos 107.º e seg. do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

13.ª O Decreto-Lei n.º 120/73, de 23 de março, autorizou o Gabinete da Área de Sines a contratar, no prosseguimento dos objetivos fixados pelo Decreto-Lei n.º 270/71, de 19 de junho, mediante simples ajuste direto, a constituição de direitos de superfície, relativamente a terrenos no seu domínio privado, por prazos nunca inferiores a 10 anos, sendo o prazo fixado renovável por vontade do superficiário, salvo as limitações legais ou contratualmente estabelecidas.

14.ª No uso desta autorização, em 11 de dezembro de 1987, representante do Gabinete do Planeamento de Desenvolvimento da Área de Sines, instituído público dotado de personalidade jurídica e património próprio, por escritura pública, declarou que este Instituto era dono e possuidor de um prédio misto e seis prédios rústicos, que identificou, com a área total de 1.189.699,40 m², os quais integravam o domínio privado daquele Instituto, e que sobre eles constituía um direito de superfície a favor de Eletricidade de Portugal — E. P., o que foi aceite por esta.

15.ª Após a extinção do Gabinete da Área de Sines pelo Decreto-Lei n.º 228/89, de 17 de julho, o Decreto-Lei n.º 6/90, de 3 de janeiro, procedeu à transmissão *ope legis* para o Estado, integrando os respetivos bens no seu domínio privado, da propriedade dos imóveis pertencentes ao Gabinete da Área de Sines, tendo, no mesmo diploma, sido efetuada uma segunda transferência, para o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI), de alguns desses imóveis, entre os quais se encontravam aqueles que tinham sido objeto da constituição do direito de superfície acima referido, pelo que o IAPMEI passou a ocupar a posição de fundeiro nesse contrato.

16.ª Em 28 de junho de 1991, o IAPMEI celebrou um denominado *Acordo de Gestão* com a PGS — Sociedade de Promoção e Gestão de Áreas Industriais e Serviços, S. A., através do qual cedeu a exploração de um determinado património, onde se incluíam os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície aqui em análise, transferindo a administração desses bens para aquela entidade gestora, em termos económico-financeiros, o que compreende a sua conservação, valorização e rentabilidade, tendo em vista a prossecução do interesse público e a racionalização dos recursos disponíveis, de acordo com o princípio da boa administração, incluindo quer a constituição de novos direitos de superfície, quer o exercício dos direitos e deveres inerentes às relações jurídicas superficiárias já constituídas.

17.ª Na cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície as partes acordaram no pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, a qual se revela consentânea quer com a previsão que constava do artigo 24.º, b), da Lei n.º 2030, de 22 de junho, quer com o atualmente disposto no artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

18.ª Tendo o CAE e o respetivo acordo de cessação antecipada sido celebrados posteriormente ao contrato de constituição do direito de superfície, o disposto naqueles contratos não é suscetível de colocar em causa a validade do clausulado no contrato de constituição do direito de superfície, podendo apenas, eventualmente, refletir-se na sua aplicabilidade, designadamente no cálculo do *quantum* indemnizatório.

19.ª No CAE de Sines, ao dispor-se sobre a futura utilização do sítio da Central, nas hipóteses de extinção do CAE por este terminar na data prevista para o seu fim, nos termos da cláusula 25.1.3., ou por resolução unilateral da Concessionária da RNT, nos termos da cláusula 23, relativamente à totalidade da Central, estabeleceu-se na cláusula 26.4.2. que a Concessionária só poderá utilizar o sítio para a construção de novos grupos geradores, devendo lançar o respetivo concurso mediante decisão da Entidade de Planeamento, esclarecendo-se que, nessas circunstâncias, fica expressamente vedado à RNT voltar a colocar a concurso a explora-

ção da Central com os Grupos existentes à data da cessação ou resolução unilateral do contrato, ou explorar por si mesmo a Central.

20.ª Pretendeu-se com a cláusula em análise salvaguardar a produtora de uma tomada de decisão da Concessionária da RNT no sentido de não propor a extensão do contrato de aquisição de energia ou recusar a extensão proposta pelo produtor ou ainda de resolver esse contrato, mediante a invocação de situações em que a exploração da Central Electroprodutora deixa de ser economicamente viável, com a consequente transferência da posse da Central, com a finalidade de posteriormente se entregar a sua exploração a outra produtora ou da Concessionária a explorar ela própria.

21.ª Sendo estes os objetivos da cláusula questionada, deve a mesma ser interpretada restritivamente, de modo a dela estarem excluídas as situações em que a transferência da posse da Central Electroprodutora e do sítio onde ela está implantada para a Concessionária da RNT ocorre, não por opção desta, mas porque a produtora rejeitou as propostas alternativas de extensão do contrato de direito de superfície ou de transferência da propriedade do sítio, continuando a produtora a explorar a Central na qualidade de Produtor Não Vinculado, conforme determina o disposto na cláusula 26.1.1., *in fine*.

22.ª Nesta cláusula consagra-se uma limitação aos poderes da Concessionária da RNT sobre a Central Electroprodutora de Sines após ter tomado a sua posse no termo do CAE, quando este ocorre em determinadas circunstâncias, de modo a impedir uma mera substituição da entidade exploradora da Central, sem razões justificativas, o que não viola quaisquer princípios nem normas injuntivas, pelo que não se afigura inválida.

23.ª Acrescenta-se que, tendo o CAE de Sines cessado antecipadamente, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a analisada cláusula extinguiu-se, sem que tivesse sido aplicada, atento o disposto no n.º 3, da cláusula 2.ª, do acordo de cessação do CAE de Sines, outorgado em 27 de janeiro de 2005, entre a REN, S. A., e a CPPE, S. A.

24.ª A renovação do contrato que constituiu o direito de superfície no termo do prazo não exige um acordo entre o fundeiro e o superficiário, bastando a manifestação de vontade do último nesse sentido.

25.ª Da documentação junta pela entidade consulente conclui-se que a EDP Produção, por carta enviada em 23 de julho de 2007 à AICEP Global Parques, gestora do património do IAPMEI, manifestou a vontade de prorrogação do contrato de constituição de direito de superfície até 31 de julho de 2060.

26.ª Não se verificou um acordo de vontades entre as duas partes no âmbito da relação jurídica superficiária, no sentido da prorrogação do respetivo contrato até 31 de julho de 2060, mas apenas o exercício pela superficiária do direito potestativo de determinar a prorrogação do contrato, conforme o legalmente e contratualmente previsto.

27.ª Além dos contratos de constituição de um direito de superfície sobre bens do domínio privado de entidades públicas parecerem estar excluídos do regime de formação dos contratos públicos imposto pelo Código dos Contratos Públicos, como não estamos perante a celebração de qualquer contrato, nem perante um ato de uma entidade administrativa que atribua qualquer vantagem ou benefício em substituição de um contrato público, mas sim perante uma simples prorrogação do prazo de um contrato pré-existente, desencadeada por ato unilateral do particular superficiário, não está essa prorrogação sujeita a qualquer procedimento concorrencial.

28.ª A AICEP, enquanto entidade gestora do património do fundeiro, o IAPMEI, limitou-se a rececionar e a registar a declaração de vontade da superficiária no sentido da prorrogação do contrato de direito de superfície, tendo ela legitimidade para rececionar essa declaração, uma vez que o fundeiro havia-lhe conferido poderes para administrar os terrenos sobre os quais incidia o direito de superfície em causa, incluindo o exercício dos direitos e deveres resultantes dessa relação superficiária já existente.

29.ª O facto da prorrogação do direito de superfície, resultante da comunicação nesse sentido efetuada pela superficiária, determinar a sua vigência para além do termo do prazo inicial do mandato conferido à AICEP, em nada limita o exercício dos poderes conferidos pelo mandato, designadamente a legitimidade para rececionar a declaração de vontade de prorrogação da superficiária, sendo suficiente que a relação de mandato subsista na data em que ocorreu a comunicação.

30.ª A cláusula constante da alínea b), do ponto 2.2., do Anexo A, da Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, que determinou que os CMEC refletissem o custo dos investimentos destinados a reduzir as emissões de gases poluentes, efetuados na Central Electroprodutora de Sines, na sequência do imposto pelo Decreto-Lei n.º 178/2003, de 5 de agosto, deve ser considerada um auxílio de Estado, compatível com a derrogação prevista no n.º 3, alínea c), do artigo 107.º, do TFUE.

31.ª A cláusula 26.4.2. do CAE de Sines que, em algumas hipóteses de cessação do contrato, estabeleceu limitações à utilização pela REN, S. A., da Central Electroprodutora de Sines, não se traduz numa

qualquer vantagem para a produtora que justifique a sua qualificação autónoma como auxílio de Estado.

32.ª A cláusula 8.ª do contrato de constituição do direito de superfície, onde se previu o pagamento de uma indemnização pelo fundeiro à superficiária, nos casos de extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo, por acordo, ou por resolução do contrato, consistente no valor real da obra ao tempo em que a indemnização se calcular, não constitui a estipulação de uma medida seletiva que se traduza numa vantagem reservada a um conjunto fechado de pessoas ou entidades, pelo que não deve ser considerada como um auxílio de Estado para os efeitos do artigo 107.º e seguintes do TFUE.

33.ª A cláusula 2.ª, n.º 2, do contrato de direito de superfície, que confere à superficiária o direito de determinar a prorrogação do prazo do contrato por manifestação unilateral de vontade, não tem quaisquer consequências ao nível das trocas comerciais entre Estados-membros, uma vez que estamos perante uma forma de domínio dos bens imóveis cuja constituição não se encontra obrigatoriamente sujeita às regras de concorrência do mercado europeu, pelo que não deve ser considerada um auxílio de Estado, para os efeitos previstos no artigo 107.º e seguintes do TFUE.

¹ Esta exposição introdutória limita-se a reproduzir, na sua maior parte, o que já consta sobre esta matéria nos Pareceres n.º 39/2012, de 21 de março de 2013, e 4/2016, de 29 de junho de 2017, deste Conselho Consultivo.

² Este diploma após várias alterações foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 24 de junho.

³ Redação do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março.

⁴ *Licença não vinculada era a licença mediante a qual o titular não assume o compromisso de alimentar o SEP, explorando a atividade para satisfação de necessidades próprias ou de terceiros, através de contratos comerciais não regulados* — artigo 4.º, alínea e).

⁵ Redação do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março.

⁶ Sobre esta figura, vide PEDRO GONÇALVES, em *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*, — Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra Editora, 2008, pág. 86.

⁷ Acompanhou-se a nota preambular do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

⁸ Vide o elenco dos encargos apresentado pela ERSE no documento consultável em <http://www.erse.pt/>, “Análise do Decreto-Lei n.º 240/2004”, março 2005, págs. 3-4. Como aí se refere, o encargo fixo inclui as seguintes parcelas, indexadas a diferentes índices de preços: (a) a remuneração, a uma taxa pré-estabelecida, do ativo líquido e do investimento adicional; (b) as amortizações mensais do ativo e do investimento adicional; (c) os valores pré-estabelecidos dos custos mensais de operação e manutenção; (d) a remuneração do *stock* de combustível das centrais termoelétricas. Quanto aos custos variáveis, eles «estão diretamente relacionados com a produção de eletricidade», tendo a tecnologia que seja empregue por cada centro na produção de energia elétrica influência nos seus custos variáveis.

⁹ Publicada no *Diário da República*, 1.ª série-B, de 28 de abril de 2003.

¹⁰ Acompanhou-se o estudo, realizado pelo Conselho de Reguladores do MIBEL, “Descrição do funcionamento do MIBEL” — novembro de 2009, disponível em <http://www.cmvm.pt/>, pág. 81.

¹¹ “Descrição do funcionamento do MIBEL”, *cit.*, pág. 81.

¹² “Preços, tributos e entidades reguladoras independentes”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 418, julho-dezembro de 2006, pág. 131.

¹³ NUNO OLIVEIRA GARCIA, *ob. e loc. cit.* Sobre este tópico, v. PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Comunicações*, *cit.*, págs. 85-86.

¹⁴ Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, sem prejuízo da vigência transitória do seu artigo 13.º.

¹⁵ Retificado e republicado pela Declaração de Retificação n.º 1-A/2005, de 17 de janeiro de 2005, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 199/2007, de 18 de maio, 264/2007, de 27 de julho, e 32/2013, de 26 de fevereiro.

¹⁶ Proposta que esteve na base da Lei n.º 52/2004, de 29 de outubro (autorização legislativa), publicada no *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série A, n.º 6, de 2 de outubro de 2004. A discussão na generalidade encontra-se documentada no *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 10, de 8 de outubro de 2004.

¹⁷ Referindo-se o artigo 4.º ao *cálculo do montante de revisibilidade anual afeto à compensação devida pela cessação antecipada dos CAE*, o artigo 5.º à *forma de acerto de contas relativo à revisibilidade anual das compensações devidas pela cessação antecipada dos CAE*, e o artigo 6.º ao *cálculo do valor mensal da parcela de acerto da tarifa UGS*.

¹⁸ Ao *cálculo do valor do ajustamento final* refere-se o artigo 7.º do anexo I.

¹⁹ Refira-se que as centrais eletroprodutoras que, mantendo o regime de produtores vinculados de energia, optaram por não cessar o CAE respetivo continuam a ser remuneradas através das regras contratualmente estabelecidas. Cessaram os CAE relativos às centrais pertencentes à EDP

Produção, mantendo-se em vigor os contratos de aquisição de energia celebrados com a Tejo Energia (Central do Pego) e com a Turbogás (Central da Tapada do Outeiro).

²⁰ Mercado a prazo, mercado *spot* e mercado bilateral.

²¹ Citou-se o estudo realizado pelo Conselho de Reguladores do MIBEL, “Descrição do funcionamento do MIBEL”, sobre a “Aplicação do mecanismo dos CMEC em Portugal”, págs. 81-82.

²² Estudo citado, pág. 83.

²³ “MIBEL: o início do embuste”, *RevCEDOUA*, cit., pág. 41 (nota 32).

²⁴ Daí que, por exemplo, o IRC devido pela entidade produtora não estivesse abrangido pela previsão desta cláusula.

²⁵ Criada pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de novembro, o qual, após ter sofrido múltiplas alterações veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro.

²⁶ Criado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro.

²⁷ Note-se que a possibilidade de utilizar a Central Electroprodutora para fim diverso da produção de eletricidade, além deste, só poderá ocorrer com consentimento do fundeiro, o que determinará uma alteração contratual, pelo que só nesta hipótese, que se desconhece que tenha ocorrido, a Contribuição Autárquica/Imposto Municipal sobre Imóveis, deixará de se poder considerar um custo exclusivo da atividade de produção de eletricidade.

²⁸ As obrigações tributárias não são suscetíveis de transmissão *inter vivos*, salvo nos casos previstos na lei.

²⁹ Dos dados factuais fornecidos pela entidade consulente não consta que esta cláusula tivesse sido acionada durante o período de vigência do CAE de Sines.

³⁰ Em 14 de junho de 2007 foi também outorgado entre as mesmas partes uma Adenda ao CAE de Sines, tendo por objeto determinar as novas condições contratuais em que passou a operar a Central Termoelétrica de Sines após a conclusão das modificações necessárias, tendo em vista o cumprimento das exigências estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 178/83, de 5 de agosto, o que revela que nessa data ainda não se encontravam reunidas todas as condições necessárias à efetiva cessação do CAE de Sines.

Em 7 de dezembro de 2011 foi assinado pelas mesmas partes um aditamento à Adenda ao Acordo de Cessação do CAE de Sines, contemplando os aumentos de custos que resultaram do cumprimento de novas exigências ambientais efetuadas pelo então Instituto do Ambiente, por ofício de 15 de dezembro de 2006.

³¹ Sobre o direito de superfície no direito romano, SANTOS JUSTO, em *Direito Privado Romano — III (Direitos reais)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, pág. 210-212.

³² Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, em *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 374-375, LUÍS CARVALHO FERNANDES, em *Lições de Direitos Reais*, Quid iuris, Lisboa, 1996, pág. 363, RUI PINTO DUARTE, em *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002, pág. 171, nota 442, e AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES, em *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Universidade Lusíada, Lisboa, 1993, pág. 423.

³³ Sobre o âmbito da liberdade de convenção tendo por objeto o conteúdo dos direitos reais, cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, ob. cit., pág. 67-68.

³⁴ A PGS — Sociedade de Promoção e Gestão das Áreas Industriais e Serviços, S. A., após várias operações de fusão, integra atualmente a AICEP Global Parques — Gestão de Áreas Empresariais e Serviços, S. A. (AICEP).

³⁵ Anteriormente a este decreto-lei, a legislação sobre a gestão do património pertencente ao Estado ou a institutos públicos encontrava-se dispersa por diferentes diplomas.

³⁶ É discutido na doutrina se o superficiário tem um verdadeiro direito de propriedade sobre a obra implantada em solo alheio. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pág. 587-591, MENEZES CORDEIRO, em *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, pág. 714-716, OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Estudos sobre a Superfície e a Acessão*, separata da *Scientia Iuridica*, Braga, 1973, pág. 18 e seg., LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit., pág. 390-392, LUÍS CARVALHO FERNANDES, ob. cit., pág. 365-367, e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, em *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 817-820.

³⁷ Apesar de nestas alíneas, tal como sucede na cláusula 26.1.3., os contraentes preverem modificações e a extinção do direito de superfície que incide sobre os terrenos onde se encontra instalada a Central Electroprodutora de Sines, e ainda a transmissão do próprio direito de propriedade sobre esses terrenos, sem a intervenção do titular desse direito, que ocupa a posição de fundeiro na relação superficiária, tais cláusulas não são nulas, por falta de legitimidade dos contraentes, como sucede, por exemplo, com a venda de coisa alheia (artigo 892.º do Código Civil), uma vez que a ocorrência de tais vicissitudes está dependente de factos futuros e incertos, nada impedindo que essa legitimidade pudesse vir a ser assegurada até ao momento da aplicação das referidas cláusulas.

As partes outorgantes do CAE em documento de alteração a este contrato, datado de 6.1.2005, vieram reconhecer que o contrato constitutivo do direito de superfície devia ser considerado um contrato complementar necessário para a operação da Central.

Cumprir referir que estas cláusulas não chegaram a ser aplicadas, uma vez que este contrato veio a cessar antecipadamente, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

³⁸ Neste sentido, Pedro Gonçalves, em *Direito dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 116.

³⁹ A decisão da Comissão, adotada em 22 de setembro de 2004, encontra-se referenciada no Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 250, de 8 de outubro de 2005, juntamente com outras decisões sobre a «Autorização de auxílios concedidos pelos Estados no âmbito das disposições dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE a respeito dos quais a Comissão não levanta objeções, podendo ser consultada em http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/.

Este parecer foi votado na sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 9 de novembro de 2017.

Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha — João Eduardo Cura Mariano Esteves (relator) — Maria Isabel Fernandes da Costa — Maria de Fátima da Graça Carvalho — Maria Manuela Flores Ferreira — Eduardo André Folque da Costa Ferreira (com declaração de voto).

Declaração de voto

Voto o presente parecer sem poder deixar de assinalar que identifico nos CMEC (custos para a manutenção do equilíbrio contratual) um imposto criado inconstitucionalmente.

Votei vencido o parecer n.º 23/2017 por considerar que o Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, criou um verdadeiro imposto que onera os consumidores de energia elétrica sem vantagem patrimonial efetiva ou presumida, nem para estes nem para todos os demais consumidores de bens e serviços em cujos preços são depois repercutidos os denominados CMEC. Tudo isto sem ter em conta as diferentes capacidades contributivas, como é típico dos impostos indiretos.

Independentemente dessa questão, julgo que o presente parecer possui entre outros o mérito de afirmar que a definição dos CMEC para cada CAE (contrato de aquisição de energia) não pode ser avolumada ao longo do tempo com fatores que não eram contemplados nos pagamentos feitos à data da cessação antecipada de cada CAE.

Assim, preservação do equilíbrio contratual não pode servir de esteio a um enriquecimento progressivo dos eletroprodutores, por via dos CMEC, abrindo a porta a fatores que não integravam, ou só integravam virtualmente, a dinâmica dos CAE.

Como compreender que a liberalização de setor com a sua abertura à concorrência possa tornar-se um fardo tão pesado para os contribuintes?

Por outras palavras, não podem cumular-se nos CMEC todos os determinantes previstos nos CAE, inclusivamente em sede de alterações das circunstâncias, com outras circunstâncias pretensamente modificativas e a justificar compensação que já nada tem a ver com a antecipação do termo de cada CAE. Apenas um exemplo.

A imputação de encargos com a segurança de barragens dificilmente pode justificar custos de manutenção do equilíbrio contratual concernentes a uma central termoeletrica que produz energia exclusivamente a partir de combustíveis fósseis. — Eduardo André Folque da Costa Ferreira.

Este parecer foi homologado por despacho de 24 de novembro de 2017 de Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia.

Está conforme.

Lisboa, 18 de dezembro de 2017. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, Carlos Adérito da Silva Teixeira.

311005878

Parecer n.º 23/2017

Contrato de Aquisição de Energia (CAE) — Cessação Antecipada — Custo para a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC) — Uso Global do Sistema (UGS) — Ajustamento Anual — Direito a Compensação — Tarifa Autorização Legislativa — Reserva de Lei — Homologação — Deslegalização Usurpação de Poder — Nulidade.

1.º O Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, contempla as disposições aplicáveis à cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia (CAE), previstos no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de