

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Mestrado Administrativo - Vertente Energia

O Sector Eléctrico em Portugal - A alteração das circunstâncias
em contexto de mercado liberalizado:

Os Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual e a *Hardship*
sob o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades
de Política Económica.

Miguel Maria Miranda Alves de Moura Lamy

Dissertação de Mestrado orientada pelo

Professor Doutor Agostinho Pereira de Miranda

Lisboa, 03 de Março de 2013



ÍNDICE GERAL

Índice Geral	2
Abreviaturas	5
Nota prévia	7
Introdução	8
I. Apresentação Conceptual	
I. Da integração de um mercado único de electricidade na Europa	11
I.I Do monopólio público português, ao contexto de liberalização europeu ..	15
a) Produção	18
b) Transporte	19
c) Distribuição	19
d) Comercialização	20
1) Regulação do sector eléctrico	21
a) ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos	21
b) DGEG - Direcção-Geral de Energia e Geologia	22
II. A Alteração das Circunstâncias - A <i>Hardship</i>	23
- A Estabilidade Contratual	23

II.I a) O tempo e a sua repercussão no risco em contratos de execução continuada	
II.I b) O contrato e a sua alteração	26
- Da alteração de circunstâncias à estabilidade contratual	26
II.I c) A <i>Hardship</i> - Seus fundamentos, características e efeitos	28
1 - A " <i>Rebus Sic Stantibus</i> " - Flexibilização da " <i>Pacta Sunt Servanda</i> " em contratos que se prolongam no tempo	28
2 - Características da <i>Hardship</i>	32
a) Excepcionalidade	32
b) Onerosidade excessiva	33
c) Imprevisibilidade	34
d) Superveniência	36
e) Riscos não assumidos	37
3. Os efeitos da <i>Hardship</i> - A renegociação em contratos de execução contínua	38
III. A <i>Hardship</i> no actual sector da electricidade	41
Da aposta para um novo paradigma eléctrico ao pesadelo financeiro energético .	41
1. A ascensão das energias renováveis	41
2. Dos CAEs aos CMECs enquanto CIEGs para a manutenção das fontes de energia em regime ordinário	44
3. A <i>Hardship</i> como situação funcional para a necessidade de "renegociação" dos Contratos de Manutenção do Equilíbrio Contratual	47
- A questão das "rendas excessivas" e o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica	47

Conclusão	53
Bibliografia	55

ABREVIATURAS

AT	- Alta Tensão
ATR	- Acesso de Terceiros às Redes
art.º	- artigo
BT	- Baixa Tensão
CAE	- Contrato de Aquisição de Energia
CC	- Código Civil
cf.	- confira
CMEC	- Contrato de Manutenção do Equilíbrio Contratual
CUR	- Comercializador de Último Recurso
Dir.	- Directiva
EDP	- Energias de Portugal S.A
ERSE	- Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
MAT	- Muito Alta Tensão
MIBEL	- Mercado Ibérico de Electricidade
MIE	- Mercado Interno Europeu
MT	- Média Tensão
n.	- nota
n.º	- número
OSP	- Obrigações de Serviço público
p.	- Página

REN	- Rede Eléctrica Nacional, S.A
RND	- Rede Nacional de Distribuição
RNT	- Rede Nacional de Transporte
SEI	- Sistema Eléctrico Independente
SEN	- Sistema Eléctrico Nacional
SENV	- Sistema Eléctrico não vinculado
SEP	- Sistema Eléctrico Público
UGS	- Uso Global do Sistema

NOTA PRÉVIA

O presente trabalho foi realizado no âmbito da prestação de prova final de Mestrado em Direito Administrativo - Vertente de Energia. Nestes termos, as suas referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, reportam-se a 31 de Janeiro de 2013.

INTRODUÇÃO

Constitui o acesso à energia, o principal factor de subsistência e desenvolvimento de qualquer sociedade que se evidencie numa era moderna de industrialização e que pretenda um desenvolvimento integrado exponencial e estruturado em todas as suas actividades e nos mais diversos quadrantes políticos e sociais da actualidade.

Partindo deste pressuposto, um outro emerge que é o problema da escassez económica. A energia é um bem económico escasso, e nesta medida, a sua procura reflecte sempre todas as opções que são e têm de ser tomadas de forma multifacetada para que um conjunto de medidas e respostas possam de forma útil, material e efectiva, sustentar a base e o caminho que se pretende seguir para o seu *hoje e amanhã*.

É assim neste contexto, que a presente dissertação pretende equacionar a problemática do mercado de electricidade na Europa e em Portugal enquanto realidades pensadas e organizadas para a construção de um espaço de mercado que funcione em *unidade e uniformidade*, através de um *leitmotiv* profundamente liberal, concorrencial e competitivo, e, ao mesmo tempo, fazer corresponder a este clima de mudança, mecanismos de equilíbrio com os *players* do antigo sistema monopolista de posto, de forma a não representar um corte abrupto em esferas jurídicas que actuam e actuaram sob a égide de uma confiança de execução continuada, e que também exigem uma protecção para a sustentação dos seus investimentos, tanto por razões de segurança jurídico-política em relação a *particulares* como também ao próprio *interesse público*.

Desta forma, e para melhor compreender a base de toda esta nota explicativa, é necessário esquematizar o presente trabalho em três capítulos fundamentais.

Ao primeiro grupo, corresponderá uma apresentação conceptual que de forma sucinta terá um duplo objectivo analítico. Em primeiro lugar, fazer corresponder uma aproximação à compreensão do processo de liberalização europeu e em Portugal com a necessidade de finalizar as barreiras monopolistas e territoriais, para assim proceder à uniformização de regras comuns nos mercados energéticos, vistas como modelo de desenvolvimento para mercados regionais, que correspondem em sentido figurado a cada um dos seus membros. O 2º objectivo passará por esquematizar uma abordagem simples e sistemática da cadeia de valor do mercado eléctrico, os seus diferentes

players, e ainda as funções desempenhadas por cada um, desde a produção da electricidade à sua comercialização como forma de melhor entender o desenvolvimento traçado para este trabalho num futuro a curto e médio prazo, tendo em conta as vicissitudes ocorridas no sistema financeiro a partir de 2009, o Memorando de Entendimento e o seu impacto para a necessidade de *renegociação* dos Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMECs), vistos como uma compensação pecuniária necessária para a transição de um mercado concorrencial.

Quanto ao Grupo II, será analisada a relação entre três pressupostos integrantes da problemática atinente à necessidade da renegociação a operar para a mudança em curso deste sector. Assim, corresponderá uma nota inicial explicativa sobre a *segurança jurídica* em contratos de execução continuada e que exigem um tratamento específico para a alteração das circunstâncias do sector da electricidade¹ através da renegociação fundamentada pela *Hardship*. É procurada assim, uma forma de “legitimidade jurídica” para a renegociar prestações assumidas entre o Estado e os agentes de mercado que se encontram a actuar ao abrigo dos custos implícitos na transição para a concorrência, de forma a possibilitar um novo equilíbrio dos direitos e deveres recíprocos, tendo em conta o novo panorama financeiro evidenciado nos diferentes aspectos que compõem as características essenciais para a manutenção daqueles Custos.

Por fim, o Grupo III será composto pela explicação da factualidade vivida em Portugal aquando de todo o processo de liberalização, recorrendo e incidindo o crescimento dos investimentos efectuados em centros electroprodutores e de aposta em energias renováveis em todo o panorama energético, os mecanismos adoptados pelo Estado português para fazer face à conjugação dos dois tipos de produção eléctrica², e por fim, a crise macroeconómica de 2008 e o Memorando de Entendimento das Condicionalidades de Política Económica assinado em 2011, que procura uma diminuição dos custos associados à manutenção dos mecanismos utilizados na protecção dos produtores que actuavam em regime de exclusividade no mercado

¹ Tendo em conta que é uma actividade de execução continuada que a par da existência do poder político é de extrema importância para a normal fluência da vitalidade da sociedade e ainda constitui um mercado que permite a implementação de energias renováveis propiciando neste sentido a diminuição do consumo externo de energia fósseis.

² Produção eléctrica em regime Ordinário e Especial.

eléctrico, como forma de resolução ou de solução para uma “verdade inconveniente” constituída pelas “rendas excessivas” e o “défice tarifário”.

O que é pretendido é a final, procurar uma resposta jurídica que advenha da necessidade de renegociar estes custos partindo da adopção de uma "legitimidade" baseada em *hardship*, que mais não significa do que uma dificuldade de prestar, e que, como tal, poderá servir como uma metodologia fundamentada para uma nova negociação que tem de ser efectuada o quanto antes, de forma a permitir um novo caminho para a concorrência definitiva.

I. Apresentação conceptual

I. Da integração de um mercado único de electricidade na Europa

*"Para estes efeitos, os ministros concordaram quanto aos seguintes objectivos:
...Colocar à disposição das economias europeias energia mais abundante e mais barata..."*

"Por estas razões, deverão ser tomadas todas as disposições para desenvolver as trocas de gás e de corrente eléctrica adequadas a aumentar a rentabilidade dos investimentos e reduzir o custo dos fornecimentos."

Declaração de Messina, 1955³

O processo de construção e integração funcional de um mercado único europeu para o sector da energia, formalizou um dos princípios estruturais do Tratado CEE que estipula no seu art. 2º, um primeiro processo de unificação económica com vista à "*criação de um mercado comum e da aproximação progressiva das políticas dos Estados-Membros, para promover, em toda a Comunidade, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas, uma expansão contínua e equilibrada, uma maior estabilidade, um rápido aumento do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram*"⁴.

Neste sentido, foi dado o primeiro passo para uma formalização da coesão europeia assente na procura de um equilíbrio e condições de igualdade de empresas públicas e privadas, sem privilégios nem exclusivos, de modo a permitir a existência de um mercado liberalizado e concorrencial em detrimento da concepção tradicional de

³ Declaração de Messina (2 de Junho de 1955) disponível em :
www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_3032.doc

⁴ Fonte disponível em
http://europa.eu/regulation_summaries/institutional_affaires/treaties/treaties_eec_pt.htm em 28 de Outubro de 2012.

monopólios dos estados intervencionistas e da própria noção de serviço público até aí existente.⁵

Ora, surgindo assim da diferença e do entorpecimento das responsabilidades e encargos de gestão estadual, (podendo inclusive o próprio modelo de concorrência económica pretendido conflitar com os diversos interesses e poderes de soberania), a 1ª directiva europeia da electricidade (directiva 96/92 de 19 de Dezembro - 1º pacote de liberalização) pretendeu estabelecer a primeira tomada de posição da vontade europeia de abertura para um "espaço concorrencial", no "*sentido da criação de um mercado interno da energia*", de modo a "*racionalizar a produção, o transporte e a distribuição da electricidade, reforçando simultaneamente a segurança de abastecimento e a competitividade da economia europeia e a protecção do ambiente.*"^{6 7}

Pois da visão da Europa como um todo em si mesmo, e não um conjunto de vários estados competindo *entre e por si*, tornou necessário esbater as diferenças resultantes dos quadros normativos dos seus estados membros, e de forma imperativa assegurar um modelo de funcionamento concorrencial,⁸ erigido e fortalecido em três pressupostos cumulativos de organização económica, com um *core business* profundamente liberal. Permitir a existência de atonicidade, fluidez e de liberdade de entrada e saída no mercado com vista à criação do espaço de conflito da própria competitividade⁹ interna e

⁵ VITAL MOREIRA [Os caminhos da privatização da Administração pública - Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico], pp. 233 a 235, Coimbra Editora, 2001.

⁶ Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Dezembro de 1996.

⁷ Com efeito, está aqui subjacente o princípio da coesão económica e social como um dos princípios base do "espírito da integração económica. (...) "*A coesão económica e social foi o preço que os Estados mais ricos tiveram de pagar pela liberalização dos mercados. Como são eles que mais contribuem para o orçamento comunitário, indirectamente acabam por financiar as acções comunitárias nos Estados menos favorecidos. Mas, por outro lado, são eles que maiores vantagens podem retirar do mercado interno, pois detêm infraestruturas económicas melhor preparadas para tal.*" Neste sentido, ANA MARIA GUERRA MARTINS, [Curso de Direito Constitucional da União Europeia], edição de 2004, Almedina, pp. 267.

⁸ Modelo de mercado onde exista um número suficientemente elevado de compradores e de consumidores, com liberdade de transacção comercial, dentro dos limites de racionalidade e informação económica sobre essa mesma actividade. Ver FERNANDO ARAÚJO [Introdução à economia], Vol. 1º, 2ª edição, 2004 pp. 235 e 236.

⁹ Competitividade que no sentido económico e europeu tem de compreender essencialmente a integração, transparência, acessibilidade e livre escolha dos consumidores. O pilar da competitividade não se resume

externa de empresas, sem, contudo, cair na total ausência de intervenção típica do clássico capitalismo liberal, vulgarizado na "mão invisível" de ADAM SMITH ou de "*laisser-faire, laisser-passer*"¹⁰ para que, pudesse estar aberta toda uma nova panóplia de livre escolha da própria regulação do sector *per se*, conjugando a maximização do lucro enquanto fim último de entidades privadas¹¹, com a instituição de "*obrigações de serviço público no interesse geral*" (art. 3.º/2) tendo em conta a defesa do consumidor, a protecção do ambiente e a segurança do abastecimento.¹²

Traduziu assim, a busca de um compromisso entre liberalismo e as funções de Estado de serviço público, de modo a não restringir ou impedir as funções sociais dos Estados membros, e, ao mesmo tempo, criar as condições necessárias para uma transfiguração gradual e contínua e do enquadramento político-legislativo europeu, num sentido cada vez mais alargado de abertura do sector ao mercado interno, embora, ainda limitado à coexistência de uma necessidade intrínseca de protecção estadual (às indústrias de rede) na acessibilidade, continuidade e igualdade de tratamento em qualidade *de e para* todos, através de 'obrigações de serviço público' (OSP).¹³

A directiva 96/92/CE, iniciou o processo de transformação de todo o sector eléctrico, com a separação jurídica da sua cadeia de valor, liberdade ou livre iniciativa de investimento na fase da produção, na gestão separada da rede de transporte e da rede de

apenas, àquela que opera em mercados dentro do espaço europeu, mas também, ao papel de competitividade externa que a Europa tem de assumir no contexto internacional para aumentar as suas capacidades de capitalização, segurança do abastecimento, e diminuir a dependência energética externa.

¹⁰ "*Laissez-faire é hoje expressão símbolo do liberalismo económico, na versão mais pura do capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência. Esta filosofia tornou-se dominante nos Estados Unidos e nos países ricos da Europa durante o final do século XIX até o início do século XX.*" Fonte consultada em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Laissez-faire>.

¹¹ FERNANDO ARAÚJO [*Introdução à economia*] Vol. I - Factores da oferta num mercado concorrencial, p.253, 2ª edição, Almedina.

¹² Em matéria de energia, constitui objectivo da UE, a segurança do abastecimento, que possibilite o alcance de uma autarcia energética europeia, e desta forma, reduzir a dependência externa e permitir um maior equilíbrio da balança de pagamentos dos diversos países europeus. Comissão Europeia, [*A strategy for competitive, sustainable and secure energy*], 2011.

¹³ Não tem sido fácil fazer coexistir as regras comunitárias da concorrência com o que *pode* ou *deve* ser considerado 'serviço público' ou objecto de 'prosecução de interesse público' dado que são ambos conceitos indeterminados. Neste sentido, ANA MARIA GUERRA MARTINS, [*Curso de Direito Constitucional da União Europeia*], edição de 2004, Almedina, pp. 267. Ac. *Corbeau* de 19/05/1993.

distribuição, garantia do direito de acesso à rede por comercializadores e consumidores (ATR) em plenas condições de igualdade e transparência, como expoente máximo da desmaterialização dos antigos monopólios públicos verticalizados.¹⁴

Em 2003, procedeu-se à revogação da directiva 96/92/CE pelo 2º pacote de liberalização do sector eléctrico. Com efeito, esta foi necessário dar um novo impulso ao mercado interno da electricidade, aprofundando a separação das actividades da sua cadeia de valor e da livre escolha do comercializador pelos consumidores, sob o pano de fundo de reforço dos três pilares da política energética europeia, sustentabilidade, competitividade e a segurança do abastecimento, de forma a garantir uma maior coesão e preocupação pela integração e cooperação do *network* comum de processo de desenvolvimento do mercado interno.

Por último, o terceiro pacote energético, composto por cinco diplomas, entre os quais a directiva 2009/72/CE, proposta pela Comissão Europeia e aprovada pelo Parlamento Europeu em 2008, teve em vista, principalmente, promover a produção e consumo das energias renováveis, o reforço da separação das actividades de produção e fornecimento, da gestão da rede¹⁵, a instituição da Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, e uma maior garantia do acesso pela possibilidade de aumento de investimento de empresas de menores dimensões no mercado eléctrico.

Cabe ainda referir, que este "terceiro pacote legislativo para a energia" é extremamente ambicioso. Conhecido pela sua estratégia 20-20-20, pretende dar um novo impulso à UE no sentido de fortalecer o seu mercado único em termos de competitividade, sustentabilidade e combate às alterações climáticas. Nestes termos, é objectivo até 2020, em matéria de energia, reduzir em 20% as emissões de gases com efeito estufa¹⁶, aumentar em 20% o consumo de energias renováveis (salientando assim a importância da aposta no *mix* energético)¹⁷ e, por fim, aumentar em 20% a eficiência energética¹⁸.

¹⁴ JEAN-MARIE CHEVALIER, [*Les grandes batailles de l'énergie*], p. 132 ss.

¹⁵Tendo em conta que o *Unbundling* não foi igual em todos os Países. Por exemplo, a companhia Francesa *Électricité de France* integrava a produção e a gestão da rede eléctrica.

¹⁶ cfr. Directiva 2009/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril.

¹⁷ A aposta na energia renovável visa cumprir de forma convergente os três pilares da política energética europeia: A segurança do abastecimento, a sustentabilidade e a competitividade.

¹⁸Comunicação (COM(2009) 519 Comunicação da Comissão ao conselho de 7 de Dezembro de 2009.

Ora, o desmembrar operado em toda a actividade do sector eléctrico a nível europeu (*unbundling*)¹⁹ e o florescimento de atonicidade horizontal na fase da produção e comercialização (*splitting*) que antes se encontrava verticalmente integrada em monopólios públicos, permitiu a criação de um tecido empresarial e *know-how*, combinados em estruturas organizadas de concorrência nacional e transnacional, aumentando a transparência e diminuindo custos para os consumidores, salvaguardando maiores garantias de segurança e competitividade do abastecimento pelo aumento da potência instalada, com o intuito de permitir um crescimento duradouro e efectivo que embora tenha surgido de forma tímida, tem manifestado uma actividade cada vez mais dinâmica e fortalecida²⁰, à medida que a UE se defronta também com mais desafios para a sua política energética.

I.I Do monopólio público português, ao contexto de liberalização europeu

Após a nacionalização do sector eléctrico em Portugal fruto da revolução de Abril de 1974²¹, foi constituído um monopólio público verticalmente integrado²² pela criação de uma empresa pública - EDP, que ficaria incumbida de toda a gestão e responsabilidade do sector eléctrico nacional, desde a produção à comercialização, com total entrega do serviço público como meio e fim último da razão de *ser* e de *prestar* do Estado enquanto único e legítimo detentor dos meios de produção.

Com a revisão constitucional de 1989, motivada em grande parte pela então recente entrada de Portugal na CEE em 1986, procedeu-se à alteração da estrutura empresarial do Estado, manifestando uma vontade de abertura e flexibilização do mercado eléctrico

¹⁹PEDRO GONÇALVES [*Regulação , Electricidade e Telecomunicações*], Coimbra Editora, 2008, p. 76

²⁰ Como são os casos presentes do MIBEL, Pentilateral Forum da Europa do Norte e o Heptalateral Forum na Europa Central e de Leste.

²¹ VITAL MOREIRA, [*Os caminhos da privatização da Administração Pública - Serviço Público e Concorrência. A Regulação do sector eléctrico*], Coimbra Editora, 2001, p.237 ss.

²² Em regime de monopólio puro, isto é, existência de uma única entidade com responsabilidade perante todo o sector eléctrico.

aos privados (lei dos sectores²³), tendo em vista uma mudança de ordem económica e social inversa àquela inicialmente pretendida aquando do processo de nacionalizações.

Ora, permitir o surgimento da ideologia liberal na economia e sociedade seria finalizar a visão e a psicologia estrita, convergente e territorial do sector público, criando a condição necessária à coexistência do sector privado e cooperativo na titularidade dos meios de produção como visão alargada e reforçada da prossecução de objectivos de maximização de eficiência económica e social.²⁴

Neste sentido, o processo de desintegração vertical²⁵ do sector eléctrico foi efectuado em três fases para permitir a separação gradual da sua actividade, definindo o acesso de terceiros às redes como garantia de fomento à existência de uma multiplicidade de agentes de mercado e a consequente melhoria da qualidade do serviço e competitividade dos preços. Por fim, a criação de entidades reguladoras independentes (do poder político) como salvaguarda do bom funcionamento concorrencial e atomístico do mercado, fiscalizando e evitando abusos de posição dominante, mais concretamente na parte da cadeia de valor que necessariamente tem de operar em regime de monopólio natural²⁶, não permitindo a discriminação de preços e salvaguardando a qualidade do serviço prestado e a segurança do abastecimento.

²³ Decreto-Lei n.º 449/88 de 10 de Dezembro, que alterou Lei n.º 46/77.

²⁴ FERNANDO ARAÚJO [Introdução à economia], Vol. 1º, 2ª edição, 2004 pp. 48 e ss. "A escassez é igualmente condicionante de conflitos de fundo, como aquele que se regista entre os valores da eficiência e da justiça: é que a prioridade dada à eficiência significa que o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios (caracterizando-se genericamente a eficiência como a afectação de recursos aos seus empregos com o máximo valor relativo); e essa prioridade implica orientações políticas muito diversas daquelas que seriam ditadas por uma primazia conferida à justiça, na qual o que conta é primordialmente a forma como o rendimento é repartido, a forma como a igualdade é verificada nas comparações intersubjectivas de resultados distribuídos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é o alvo da eficiência."

²⁵ "Entende-se por desintegração vertical (Unbundling) o processo de separação das actividades presentes na cadeia produtiva do sector, neste caso eléctrico, em actividades asseguradas por entidades independentes. A desintegração horizontal corresponde à participação de vários intervenientes na mesma etapa da cadeia de valor." cf. [O sector da electricidade em Portugal - O papel da EDP Soluções Comerciais], MARIANA ISABEL DIAS LOURENÇO, Coimbra, 2010.

²⁶ "Os monopólios existem essencialmente por uma de duas razões. Uma é existirem economias de escala na produção de forma que os custos médios de produção diminuam com níveis crescentes de produção

Na sequência da revisão operada em 1989, o "pacote legislativo"²⁷ de 1995 (que procurou anteceder a directiva europeia da electricidade 96/92/CE) proporcionou a primeira operação de parcelamento do sector eléctrico português tendo em vista toda esta transformação dos princípios, que agora mais que necessários se tornavam um verdadeiro imperativo, sem contudo querer representar um verdadeiro corte com a estrutura de cariz económico-social do passado, ou seja, sem querer abandonar por completo um regime de serviço público.

Assim sendo, a solução mais apaziguadora seria a constituição de um dualismo entre um sistema eléctrico de serviço público (SEP) e um sistema eléctrico independente (SEI), que funcionando de forma articulada e complementar formalizaram no seu conjunto todo o sistema eléctrico português.²⁸

Temos então em funcionamento, quatro actividades que estruturam todo o sector da electricidade, elencados no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro (bases gerais da organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional), Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto (concretização das bases gerais) e o Decreto-Lei n.º 78/2011 (segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 29/2006 pela transposição da Directiva n.º 2009/72/CE - "Terceiro Pacote Energético") sendo eles:

tornando-se potencialmente mais vantajoso que exista uma única empresa no mercado. Outra é existir regulamentação pública ou outras formas de barreiras à entrada que impeçam eventuais concorrentes de entrarem no mercado, mesmo em condições de custos de produção constantes. O primeiro caso é usualmente designado por monopólio natural e o segundo pode ser designado por monopólio "artificial".
PAULO TRIGO PEREIRA, ANTÓNIO AFONSO, MANUELA ARCANJO, JOSÉ CARLOS GOMES SANTOS, [Economia e Finanças Públicas], pp. 61, 3.ª Edição, Escolar Editora.

²⁷ Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho - bases gerais da organização do sector (actualizado pelo Decreto-Lei 29/2006 de 15 de Fevereiro), Decreto-Lei n.º 183/95, da mesma data - regime de produção de electricidade, Decreto-Lei n.º 184/95, da mesma data - distribuição, Decreto-Lei n.º 185/95 da mesma data - transporte e Decreto-Lei 187/95 da mesma data para criação de uma entidade reguladora do sector ERSE

²⁸ Neste sentido, cf. VITAL MOREIRA [Os caminhos da privatização da Administração pública - Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico], pp. 239 e 240, Coimbra Editora, 2001.

a) Produção

A produção da electricidade é exercida em regime livre, isto é, pauta-se pela livre concorrência e competitividade permitindo a qualquer interessado a possibilidade de produzir energia eléctrica mediante a atribuição de uma licença administrativa²⁹. De um monopólio de serviço público e de planeamento centralizado como função de Estado, ficou possibilitada a existência de uma pluralidade de centros electroprodutores com o intuito de criar as condições necessárias tanto para o desenvolvimento das chamadas energias renováveis, como também, permitir do lado da fase da comercialização, que também é livre, aumentar a possibilidade de escolha para a compra de energia, e desta forma, no longo prazo, permitir uma regulação de preços pelo próprio mercado.

Temos então dois tipos de produção estipulados no Decreto-Lei n.º 29/2006 (com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho): Produção em regime ordinário e produção em regime especial.

Produção em regime ordinário (PRO)³⁰ corresponde pela delimitação negativa da noção, à electricidade produzida por fontes térmicas convencionais de energia como carvão, gás, fuelóleo.

Por seu lado, a produção em regime especial (PRE) é aquela que assenta na utilização de fontes endógenas ou em processos de co-geração³¹. O seu quadro normativo assenta num regime de incentivo em relação à PRO de forma a potenciar a introdução e proliferação dos seus centros electroprodutores. Assim, o regime especial confere a garantia do direito de venda de toda a energia produzida³², com prioridade de "injecção" na rede e conjugado com um regime remuneratório fixo, "feed-in-tarif", estipulado de forma administrativa, para não permitir o abandono de projectos cujo investimento é muito elevado.

²⁹ Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

³⁰ Art.º 17º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

³¹ Art.º 18 do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

³² Art.º 20 do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

b) Transporte

O transporte envolve uma dimensão nacional, que se caracteriza pela transferência da energia eléctrica desde os centros electroprodutores até à rede de distribuição, por uma Rede Nacional de Transporte (RNT) com separação jurídica e patrimonial do restante SEN³³. É assegurada em regime de concessão de serviço público e de exclusividade pela Rede Eléctrica Nacional (REN, S.A³⁴) uma vez que a rede de transporte, por razões económicas e ambientais, tem de funcionar sob a forma de monopólio natural (como em qualquer outra indústria de rede)³⁵ em Alta (AT) e Muito Alta tensão (MAT), estando assim obrigada, a obedecer a padrões de não discriminação, transparência e de qualidade, estipuladas no Regulamento da Rede de Transporte³⁶ e no Regulamento da Qualidade de Serviço (RQS).³⁷

c) Distribuição

A distribuição de electricidade, à semelhança do que acontece com a RNT, encontra-se sujeita a uma concessão de serviço público (actualmente atribuída à EDP Distribuição). É efectuada por uma Rede Nacional de Distribuição (RND) em AT e MT e tem como função direccionar o fluxo eléctrico recebido da RNT para as autarquias e os grandes centros de consumo em BT, ou seja, os consumidores *latu sensu*.

³³ Art.º 21 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

³⁴ Com planeamento, operação e implementação técnica global do sistema. Decreto-Lei n.º 29/2006 de 15 de Fevereiro.

³⁵ Com efeito, seria inconcebível a multiplicação desmesurada de redes de transporte de electricidade sob o ponto de vista económico, ambiental e até pragmático.

³⁶ Portaria n.º 596/2010, de 30 de Julho.

³⁷ Despacho n.º 5255/2006 (DGEG), de 8 de Março.

d) Comercialização

Por fim, a comercialização corresponde à actividade (separada juridicamente das restantes) de entrega de energia eléctrica aos consumidores finais em regime de livre concorrência, fixação de preços e condições de entrega. Tal não significa existir uma titularidade de uma qualquer infraestrutura física ligada à rede (garantida pelo direito de acesso),³⁸ existe sim, uma aquisição da energia em mercado (à vista ou a prazo) para a satisfação da necessidade de consumo dos clientes.

A sua actividade apenas está sujeita a um registo prévio³⁹ de forma a simplificar processos de fixação de comercializadores tanto a nível nacional como com a introdução do Mercado Ibérico da Energia Eléctrica (MIBEL) pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto.

A fase da comercialização, compreende ainda a figura do comercializador de último recurso (CUR)⁴⁰ actualmente serviço prestado pela EDP - Serviço Universal, cuja actuação se prende numa óptica de protecção do consumidor. Com efeito, está obrigado a adquirir energia produzida em regime especial e fornecer nas situações em que o mercado funcionando em livre concorrência, não reúne por si só as condições necessárias⁴¹ para tornar viável o abastecimento eléctrico. Assim, o CUR fica incumbido de prestar um serviço universal de forma a colmatar situações de lacuna energética em relação a alguns consumidores (e quando estes o solicitarem).

Por estar separado juridicamente da actividade de comercialização, não existe liberdade de estabelecimento mas ao invés, depende de uma licença a ser concedida de forma administrativa, e por isso, a energia que vende aos "seus" consumidores está sujeita a um preço fixado pela ERSE disposto no Regulamento Tarifário⁴².

³⁸ Regulamento 496/2011.

³⁹ cfr. Art.º 42, n.º1, do Decreto-Lei 29/2006, de 15 de Fevereiro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

⁴⁰ Cfr. Art.º 46.º do Decreto-Lei 29/2006 de 15 de Fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

⁴¹ A título de exemplo, imagine-se uma região de muito baixa densidade populacional.

⁴² Regulamento Tarifário disponível em:

http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/tarifario/Documents/RT%20SE_Articulado_vs%20Inter.net.pdf.

Assim, foi estabelecida toda uma nova arquitectura funcional do sector eléctrico, com a "liberalização da produção, a montante, e a liberdade de escolha dos consumidores, a jusante, com a existência de uma única rede de transporte e de distribuição."⁴³

1) Regulação do sector eléctrico

A entrega e abertura do mercado à liberalização, concorrência e competitividade dos agentes entre si, tornou necessária a criação de um aparelho regulatório independente como realidade institucional destinada a garantir o "bom funcionamento" do mercado. Pois estando a liberdade de iniciativa económica e os valores liberais constitucionalmente protegidos pelos direitos fundamentais como expressão dos fins de Estado, incumbe-lhe também, por outro lado, proteger, fomentar e limitar para corrigir, esse livre arbítrio que causa os excessos, as injustiças e ineficiências, que resultam de um mercado a funcionar por si só.⁴⁴ Assim, de forma a poder garantir mecanismos de controlo e combate a "falhas de mercado", práticas abusivas ou discriminatórias, o sector eléctrico está sujeito a uma dupla regulação. A regulação transversal, como é o caso da Lei n.º 19/2012 (novo regime jurídico da concorrência) e uma regulação sectorial, papel desempenhado pela ERSE e a DGEG.⁴⁵

a) ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

A ERSE foi criada em 1995 pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, com o intuito de ser uma entidade administrativa de natureza desgovernamentalizada, isto é, de exercício independente do poder político. Regula a actividade do sector eléctrico e do gás, nomeadamente a regulação tarifária, as actividades que se encontram em regime de concessão de serviço público (transporte e a distribuição), a figura do comercializador

⁴³ cf. VITAL MOREIRA [*Os caminhos da privatização da Administração pública - Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico*], pp. 236, Coimbra Editora, 2001.

⁴⁴ Pois o mercado livre é tendencialmente "suicidário". PEDRO COSTA GONÇALVES, [*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*], p.483 e ss. *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*

⁴⁵ PEDRO GONÇALVES, [*Regulação, Electricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*], Coimbra Editora, 2008, pg. 116.

de último recurso e ainda gere os mercados organizados, o acesso às redes e o mercado dos vários intervenientes do SEN. As suas funções estão dispostas no art.º 57 e 58 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, com as posteriores alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho.

b) DGEG - Direcção-Geral de Energia e Geologia

A Direcção-Geral de Energia e Geologia é "um serviço da administração directa do Estado que tem por missão contribuir para a concepção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa lógica de desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento".⁴⁶ Desta forma, está sob a sua responsabilidade a "gestão política" de definição das opções que devem ser tomadas a nível de investimentos e infraestruturas, licenciamentos de instalação de centros electroprodutores e comercializadores, bem como, aprovar o regulamento da rede de Transporte⁴⁷, o Regulamento da Rede de Distribuição⁴⁸ e o Regulamento da Qualidade de Serviço⁴⁹. Em sentido lato, corresponde assim, ao papel de regulação da prossecução e fiscalização das concessões nacionais e da política energética.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 151/2012, de 12 de Julho.

⁴⁷ Portaria n.º 596/2010 de 30 de Julho (Anexo I).

⁴⁸ *Idem.* (Anexo II)

⁴⁹ Despacho n.º 5255/2006 (2ª série)

II. A Alteração das Circunstâncias - A Hardship

A Estabilidade Contratual

II.I a) O tempo e a sua repercussão no risco em contratos de execução continuada

Após a apresentação conceptual da dinâmica do liberalismo em que se processa e estrutura toda a cadeia de valor do mercado e sector eléctrico em Portugal, cabe agora fazer referência, e porque de uma actividade de execução duradoura se trata, analisar em que medida a estabilidade contratual dos contratos típicos do sector da electricidade pode ser posta em causa em virtude dos condicionalismos temporais, do risco dos mercados financeiros e da própria liquidez e insegurança jurídico-política que tanto tem marcado esta ordem de funcionamento nos últimos anos.⁵⁰ Como tem sido evidente, o espaço e os critérios concedidos para a realização do mercado a funcionar em concorrência, competitividade e regulação, estão sempre e a todo o tempo sujeitos a uma permanente mutação nas suas circunstâncias, influenciadas na sua lógica de conexão com interesses económicos externos e internos, a convergência de mercado europeu e as opções político-legislativas e sociais tomadas a cabo sobretudo na última década. É nesta nova interpretação e nos custos do seu processo de abertura, que se afigura necessário proceder a uma renovação da interpretação dos modelos contratuais anteriormente tomados de modo a "*fixar soluções jurídicas para problemas concretos, em termos que possibilitem encontrar, nelas, uma justeza constituinte e uma legitimidade controlável*"⁵¹ fora do estatismo jurídico de actividades que se encontram cada vez mais mobilizadas para responder à rápida fluidez da sociedade.

Falar em liberalização e concorrência é conjugar a especulação da sensatez do risco e do investimento⁵². Neste molde, é imprescindível analisar em que medida é possível

⁵⁰ ZYGMUNT BAUMAN [*Liquid modernity*], Cambridge, Polity Press, 2000.

⁵¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, [*Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral Tomo I*], 3ª Edição, 2005, p. 765.

⁵² "*Sem assunção de riscos e incertezas, não há actividade económica - pela simples razão de a actividade produtiva, com os seus inerentes custos, dever lógica e cronologicamente preceder as trocas, momento em que o produtor realiza as suas receitas e finalmente verifica se estas cobrem, ou não, as despesas em que incorreu, e se há pois, lucro ou prejuízo. Se não houvesse a disposição de assumir a*

continuar a construir um novo paradigma deste sector sem pôr em causa a autonomia privada das partes, a captação e capitalização de investimento para o seu crescimento, e a preservação do equilíbrio contratual existente tendo em conta a panóplia de vicissitudes que estão em curso no "mundo da electricidade".

Com efeito, seja por influência externa como é o caso do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica⁵³ assinado pelo Governo português em Maio de 2011, como também, a incumbência interna do Estado para a resolução do chamado *deficit* tarifário e das rendas excessivas, a eliminação das tarifas reguladas e dos Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC) e da Aquisição de Energia a longo prazo (CAE) ainda vigentes, irão marcar de forma significativa todo o espírito do sistema contratual.

Neste contexto, afigura-se relevante a pronúncia da chamada *hardship* ou estabilidade do equilíbrio financeiro dos contratos, que sendo mais típica e desenvolvida em contratos de comércio internacional, poderá desempenhar um papel crucial na subsistência *de e entre* os diversos agentes a operar na produção de electricidade em regime ordinário, que de resto constituirá o ponto central de análise da presente dissertação.

Pois constitui um imperativo, e tendo em conta o futuro financeiro e energético que se avizinhara, a necessidade da *renegociação* das prestações traduzidas em direitos e deveres de ambas as partes, dada a sensibilidade que é exigida ao sector para, por um lado, manter e assegurar todo o tecido empresarial e jurídico já construído e pensado, numa primeira fase, sob a visão de uma política de protecção em benefícios e fomentos à indústria e iniciativa privada, mas que o tempo tem revelado constituir uma insustentabilidade financeira para o Estado, com enormes repercussões negativas na sua consolidação e política orçamental⁵⁴.

Ora, os contratos no sector da energia, e centralizando-nos na electricidade, quando celebrados pelos agentes económicos são necessariamente de longa duração e de grande onerosidade na criação das respectivas infraestruturas. Com efeito, a par da obtenção de

incerteza das receitas futuras quando há que cobrir, no presente, as despesas, ninguém produziria."

FERNANDO ARAÚJO, [Introdução à Economia], Vol. I, 1ª Edição, p. 528.

⁵³ Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁵⁴ [Boletim da Ordem dos Advogados], pp. 23, Mensal n.º 95, Outubro 2012

uma receita que supere o custo total pretendido pela motivação do investimento, existe uma previsibilidade de que todo esse investimento seja efectuado para durar o maior período de tempo possível. Ao mesmo tempo, os custos associados à construção de infraestruturas, a sua manutenção ou os simples *upgrades* tecnológicos (até por questões ligadas à eficiência energética muitas vezes exigidas de forma administrativa) implicam elevados custos monetários⁵⁵ que uma vez realizados tornam o investimento totalmente disposto ao risco e à insegurança financeira, económica e política (desde a sua capitalização à própria concorrência e competitividade entre empresas). A este desígnio, soma-se a complexidade da própria estrutura e evolução do mercado pelo simples jogo de oferta e procura, nomeadamente no curto prazo (uma vez que o mercado eléctrico é de grande instabilidade e volatilidade) e na própria delimitação estratégica pela coexistência de um mercado de futuros que influencia toda a dinâmica deste "*Market design*" onde o objectivo, é por um lado assegurar a programação e a afectação da capacidade produtiva eléctrica à oscilação constante das necessidades da procura, e por outro, a protecção exigida aos consumidores e mais recentemente ao ambiente⁵⁶.

A questão fundamental é assim, conseguir equacionar todo esta dicotomia de vinculação dos contratos à admissão da sua revisão e negociação, tendo em conta o contexto socioeconómico e jurídico actual enquanto instrumento ou espaço confinado *onde e como* aquela actividade pode e deverá ser realizada.

⁵⁵ Sunk costs. Ver [*Estabelecimento de preços no mercado da electricidade*], TERESA ALEXANDRA F. MOURÃO PINTO NOGUEIRA, Porto, Dezembro de 2001.

⁵⁶ "*Les vieux monopoles fixaient les prix (price makers). Les nouveaux producteurs sont, en principe, des price takers. Il est extrêmement difficile de prévoir l'évolution des prix sur les nouveaux marchés de l'électricité. Cette évolution dépend de multiples facteurs qui recouvrent, notamment: le prolongement de la durée de vie des unités existantes, les nouvelles capacités installés, y compris sous forme d'autoproduction, par des consommateurs qui veulent échapper aux risques des marchés, l'évolution de la demande, y compris par exemple de la demande de climatisation qui modifie les périodes de pointe, celles-ci passant de l'hiver à l'été. Dans ce contexte, l'investisseur peut anticiper ses coûts, avec déjà une marge d'incertitude, mais, beaucoup plus difficilement ses prix de vente.*" JEAN-MARIE CHEVALIER, [*Les grandes batailles de l'énergie*], p. 238.

II.I b) O Contrato e a sua modificação

- Da alteração de circunstâncias à estabilidade contratual

O contrato é a base onde assenta todo o acordo negocial. Representa e traduz a exteriorização da vontade humana tendo em vista a regulamentação de interesses nas relações jurídicas, com regras próprias, através de uma proposta e aceitação que concretize essa mesma execução⁵⁷. No entanto, dada a contemporaneidade da sociedade e a forma como esta se realiza exigindo cada vez menos tempo e um maior espaço de actuação⁵⁸, influencia e legitima a alteração do próprio molde da essência da noção de contrato como algo imutável, rígido e homogêneo. Pois constitui um imperativo nos modernos e complexos palcos de negociação jurídica, a exigência de uma adaptação à interação com a realidade onde este se insere, cada vez mais moldado pelo apelo ao materialismo imediato e ao tráfego de economias globalizadas e internacionais⁵⁹, estando o papel dos estados cada vez mais limitado à fixação das "regras do jogo" numa óptica de maior passividade e segurança meramente regulatória.⁶⁰

No estudo de STEWART MACAULY⁶¹, a lógica do contrato a nível empresarial não coincide com a lógica atribuída ao mundo civil. Os direitos e deveres contratuais não estão veiculados *unicamente para* uma relação jurídica, mas sim, para a existência de uma relação económica e social que situe em todo o seu significado e extensão uma convergência económica de equilíbrio para ambas as partes. Assim, e também na linha de orientação de Keynes que considerava o risco e a instabilidade como a grande marca do sistema capitalista, a construção da multiplicidade e cadeia de contratos que geram as

⁵⁷ "No domínio do cumprimento, podemos enunciar os princípios seguintes: O princípio da boa-fé; o princípio da tutela da propriedade; da correspondência; integralidade e concretização." MENEZES CORDEIRO, [Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações] Tomo IV, ed. 2010 pp.31

⁵⁸ BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH e RICHARD B. STEWART. [The Emergence of Global Administrative Law. Introduction: The Unnoticed Rise of Global Administrative Law.] p. 16

⁵⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O contrato não é um fenómeno isolado. Nasce uma de uma realidade social onde se insere e compatibiliza", [Rebus Sic Stantibus - Hardship Clauses in Portuguese Law], European Review of Private law, 1998, p. 320

⁶⁰ PEDRO GONÇALVES, [Regulação, electricidade e telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação], pp. 70 e ss. Coimbra Editora, 2008

⁶¹ [Elegant models, empirical pictures, and the complexities of contract], STEWART MACAULY.

relações jurídicas empresariais não pode ser reconduzida à estatização da vontade escrita num único momento, o da celebração mas sim, à manifestação de uma vontade que ecoa no decurso de tempo relativo à sua execução. É assim, seguindo esta linha de raciocínio que de forma efectiva se consegue produzir uma maior estabilidade contratual para actividades liberalizadas, que são de produção contínua e vitais à sociedade, como de resto é o caso do sector eléctrico.

Uma das características fundamentais do contrato é a segurança jurídica na relação material entre as partes, tutelado em toda a sua força pelo princípio da confiança⁶². Com efeito, sendo o contrato a manifestação de duas vontades para que um conjunto de direitos e deveres possa vigorar entre si, há que fazer corresponder essa mesma vontade à interacção manifestada para o mundo exterior como concretização dessa assunção de vínculo obrigacional. Neste sentido, toda a construção contratual, expoente de vontades soberanas e livres, deve, em princípio, obedecer à velha máxima "*pacta sunt servanda*", que mais não significa que os "contratos devem ser pontualmente cumpridos". Nesta medida, o vínculo aí surgido, convergente, exteriorizado e não viciado, deve ser honrado integralmente tal como definido, não podendo os seus efeitos serem cessados por exclusivo arbítrio quando a obrigação é de forma válida assumida. É em grande medida esta função social e apaziguadora das relações humanas que fundamenta o contrato como mecanismo da paz social e da "*Lex privata*"⁶³.

Servindo de base que a *pacta sunt servanda* vigora como pressuposto objectivo, presunção e espírito intrínseco dos princípios jurídicos que norteiam o cumprimento dos contratos e das suas obrigações, a verdade é que em contratos de longo termo, a rigidez ou a imutabilidade que se encontra inerente a este princípio, pode revelar uma certa injustiça e iniquidade, quando sob certas circunstâncias externas possam advir dificuldades ou impossibilidades supervenientes dado o lapso temporal que divide o momento da manifestação de vontade e a efectiva ou contínua execução da prestação de um determinado bem ou serviço.

⁶² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, [*Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral Tomo I*], pp. 409 ss. 3ª Edição, 2005.

⁶³ ROBERTO FERNANDES ALMEIDA, [*A cláusula Pacta Sunt Servanda e a Teoria da Imprecisão*], 2010, Coimbra Editora, p.933.

Se por um lado temos a exigência de uma segurança jurídica que salvguarde o cumprimento integral do contrato, por outro, essa mesma segurança tem de manifestar uma certa maleabilidade ou flexibilidade jurídica, de forma a permitir, e dado o risco da incerteza económica desse mesmo longo termo, que a existir uma alteração das circunstâncias primárias que revelem um sacrifício excessivo para uma das partes, não firme o possível término do contrato, mas antes, permita a existência de um mecanismo de renegociação das condições previamente acordadas, de forma a permitir a sua permanência e estabilidade, em nome da mesma segurança jurídica.

É neste contexto que faz sentido, fazer jus à figura de *hardship*, como uma salvaguarda de estabilidade contratual que mais não significa do que um *dever de renegociar*⁶⁴ o contrato, quando verificada uma alteração substancial das suas circunstâncias⁶⁵ e consequente alteração do seu equilíbrio financeiro para uma das partes ou até ambas.

II.I c) A Hardship - Seus fundamentos, características e efeitos

1. "Rebus Sic Stantibus" - Flexibilização da "Pacta Sunt Servanda" nos contratos de execução continuada.

A necessidade de relativização da *pacta sunt servanda* para que o contrato não seja constituído sob um manto de rigor absoluto, mas ao invés, possa ser investido de espírito e possibilidade material e superveniente de alteração estrutural da sua prestação,

⁶⁴ "Por renegociação pode entender-se, de acordo com ANDREAS NELLES, toda a comunicação entre as partes que visa uma adaptação, integração ou alteração consensual do contrato" ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, [A "Hardship Clause" e o problema da alteração de circunstâncias ("Breve Apontamento")], 1998, pg. 21. n. de rodapé n.º 6.

⁶⁵ Nas palavras de LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "A alteração das circunstâncias corresponde a uma situação em que se verifica a contradição entre dois princípios jurídicos: o princípio da autonomia privada, que exige o pontual cumprimento dos contratos livremente celebrados, e o princípio da boa fé, nos termos do qual não será lícito a uma das partes exigir da outra o cumprimento das suas obrigações sempre que uma alteração do estado de coisas posterior à celebração do contrato tenha levado a um desequilíbrio das prestações gravemente lesivo para essa parte.", [Direito das Obrigações Vol. II] 7.ª Edição, Almedina, p.133.

para manutenção do seu equilíbrio financeiro e verificadas determinadas circunstâncias, veio proclamar inicialmente a consagração da chamada *rebus sic stantibus*⁶⁶.

A *rebus sic stantibus*, uma das primeiras teorias preconizadas para responder ao tema da alteração das circunstâncias procurou essencialmente encontrar a "justiça natural" dos contratos pelo o que o decurso de tempo poderia revelar como sendo a possível vontade das partes perante uma determinada e concreta realidade. Embora seja uma construção teórica que ainda hoje constitui um bom ponto de partida nomeadamente como *background* no domínio da vontade psicológica das partes, não constitui resposta suficiente para a análise do tema, uma vez que, descarta o que tanto a letra de lei, jurisprudência e a doutrina dão actualmente todo o seu maior ênfase, que é *base do negócio* (OERTMANN) como fundamento para a este tema.^{67 68}

Segundo esta teoria, marcadamente ínsita na construção teórica norte-americana de "*foundation of the contract*", a alteração das circunstâncias teria de ser analisada pela intensidade da distorção da base contratual nos dois momentos mais nucleares da relação jurídica construída para esse efeito, o momento da celebração e aquele que concretamente correspondesse à modificação estrutural grave e extraordinária que não mais possibilitasse a manutenção daquela realização objectiva e superveniente.

Nos contratos de execução continuada, isto é, contratos cuja execução se prolonga no tempo, ao contrário dos chamados contratos instantâneos que consubstanciam a sua perfeição num momento único e imediato após a sua celebração, podem ocorrer

⁶⁶ A primeira manifestação da cláusula *rebus sic stantibus* está compreendida na obra de São Tomás de Aquino, [*Summa Theologica Cura Tratum Ordinis Praedicatorum*] onde se lê: "*quem promete uma coisa com intenção de cumprir a promessa, não mente, porque não fala contra o que tem na mente. Mas, não a cumprindo, é-lhe infiel, mudando de intenção. Pode, porém, ser escusado por duas razões: (...); segundo, se mudaram as condições das pessoas e dos actos, pois, como diz Sêneca, para estarmos obrigados a fazer o que prometemos, é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas. Do contrário, não mentimos quando prometemos, nem somos infiéis à promessa por não cumpri-la, pois já as condições não eram as mesmas*".

⁶⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*], pp. 516, 2009.

⁶⁸ Mas não são as únicas teorias a tentar formular respostas para o tema. Com efeito, são ainda de proclamar as teorias da *Imprevisão* (maioritariamente doutrina francesa e italiana) e da *pressuposição* (WINDSCHEID) que procuraram aperfeiçoamentos à *Rebus sic stantibus* através de uma maior incidência na componente psicológica do negócio *inter partes*.

diversos factores extraordinários e supervenientes que podem fazer diferenciar a vontade das partes no momento da sua declaração negocial, e outro posterior, fruto do trato sucessivo do contrato, que pode resultar numa perda de equidade das prestações acordadas, representando nessa medida um sacrifício desproporcionado para uma delas⁶⁹.

Em jogo está, a assunção de uma racionalidade limitada⁷⁰ e assimetria informativa no momento da celebração do contrato, ao qual se aliou o risco e incerteza de uma realidade prolongada no tempo e que condiciona em todo o momento da sua execução o panorama de toda esta ideia de proporcionalidade e de razoabilidade material, que é exigida para "*a recuperação da justiça do conteúdo, ao menos neste âmbito, como fundamento da vinculatividade*"⁷¹.

Assim, cumpre delimitar em que consiste verdadeiramente a *hardship*, e de que forma, esta emerge e se relaciona no âmbito dos contratos celebrados na produção de electricidade, uma vez que, e como dito anteriormente, se trata de uma realidade muito tratada pela jurisprudência e doutrina, em contratos de comércio internacional⁷².

A *hardship*, ao contrário do que possa num primeiro momento parecer, não funciona como uma exclusão de responsabilidade ou relativização da vontade das partes e muito menos da própria *pacta sunt servanda* do contrato. Pelo contrário, a necessidade imperativa de protecção ao seu objecto e relação jurídica, pretende tão só, que dentro de circunstâncias que se revelem excessivamente onerosas e injustas devido a factores supervenientes e imprevisíveis, possa existir um mecanismo de renegociação, cujo fim último, é preservar e reconduzir a um maior aproveitamento da utilidade do contrato por

⁶⁹ "Es inexacto querer sostener, que no siempre formación y perfección del contrato suceden en un solo espacio de tiempo." JUAN TERRAZA MARTORELL, [*Modificación y resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*], 1951 p. 45.

⁷⁰ Entende-se ser racionalidade limitada, a adopção de uma conduta que pretende ser racional mas que não transcende a ponderação dos custos implícitos nessa mesma realidade, substituindo o objectivo da maximização pelo meramente *satisfatório*.

⁷¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Onerosidade Excessiva por "alteração das circunstâncias"*], p.535

⁷² Como nota LUÍS DE LIMA PINHEIRO [*Estudos de Direito Comercial Internacional*] Vol. I, Almedina, "*A cláusula de hardship é relativamente frequente nos contratos internacionais, constando de alguns modelos contratuais muito divulgados. Em todo o caso, a cláusula não se encontra generalizada nos contratos internacionais e tende a assumir conformações bastante variadas nos diferentes sectores económicos*". p. 251.

acordo e consentimento das partes, em momento posterior, para salvaguarda das suas posições contratuais.⁷³ Como realça Maria Luiza Feitosa, "*o contrato, antes visto como representativo de um acordo formalizado por intermédio de um único acto, (...) se transformou num bloco dinâmico de direitos e obrigações para ambas as partes (...) enquanto processo dinamizador de uma sequência genericamente anunciada, um instrumento de cooperação, detentor de uma espécie de affectio contractus.*"⁷⁴. O seu escopo é assim, salvaguardar a manutenção desta relação contractual pelo equilíbrio financeiro das prestações do contrato ao longo do período da sua execução, em consequência do risco e de eventos imprevisíveis que estão fora do seu âmbito de controlo, de forma a fazer convergir a mesma vontade inicialmente proclamada.⁷⁵

Neste sentido, a sua construção teórica, embora coincidente em certas características, distingue-se da cláusula de força maior (*force majeure*) uma vez que, a força maior pressupõe a impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação assumida, devido a factores imprevisíveis e externos à conduta das partes.⁷⁶ Pelo contrário, não existe qualquer impossibilidade no caso da *hardship*, o que existe é simplesmente uma dificuldade acrescida de cumprimento contratual em virtude da ocorrência de algo, que de forma objectiva afectou o equilíbrio das prestações previamente acordadas, aquando da estipulação dos direitos e deveres dos contratantes.

⁷³ Tal como nota AMANDA ROSALES GONÇALVES HEIN, "*A quebra do paradigma da imutabilidade dos contratos renova o entendimento de que a obrigação deve ser encarada sob o ângulo da sua totalidade, constituindo-se como um verdadeiro bloco de direitos e deveres prestacionais, anexos de cooperação, confiança e lealdade às partes, fruto da concretização da boa-fé objectiva, maxime, naquelas situações que o contrato se prolonga no tempo.*" [A Cláusula hardship como mecanismo de adaptação e funcionalização do Contrato Internacional] p.1

⁷⁴ MARIA LUIZA FEITOSA, [O novo direito dos contratos entre as regras de common law e de civil law: influências recíprocas ou dominação?] XI Seminário APEC, Barcelona, 2006, p. 216

⁷⁵ Em matéria de energia, segundo BRUNO OPPETIT, os contratos são ainda mais sensíveis em relação à incerteza por se encontrarem sujeitos não só ao âmbito económico, mas também à componente ideológica de programas políticos, em permanente mutação. [OPPETIT, 1974], p. 794.

⁷⁶ FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ, [Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship], pp.159.

Para alguns autores⁷⁷, a *hardship* diferencia-se também das chamadas cláusulas de indexação ou revisão monetária, uma vez que, estas são cláusulas "de previsão determinada"⁷⁸ que desencadeiam a alteração do contrato de forma automática e quando verificadas as suas circunstâncias específicas.

Já outra parte da doutrina⁷⁹ considera que a *hardship* também pode englobar aquelas cláusulas pois ambas têm como fim último a manutenção do equilíbrio económico, embora o mesmo não seja frequente, na medida em que o seu aspecto caracterizador é a renegociação do contrato.

2. Características da *Hardship*

Chegados a este ponto, cumpre delimitar quais as características necessárias para se verificar uma alteração das circunstâncias capaz de induzir uma situação de *hardship*. Desta forma, a abordagem que se segue será única e exclusivamente doutrinária, uma vez que, a sua concreta análise à luz do caso concreto, ou seja, como possível linha de orientação, ou como modelo se se preferir, de renegociação dos CMECs, será melhor justificada quando detalhadamente for tratada no Grupo III da presente dissertação para os desafios em curso a partir de 2012.

São nesta medida seus requisitos, a existência de um desequilíbrio económico-financeiro excepcional e desproporcional, causado por factores externos, supervenientes e imprevisíveis, cujo resultado não pode ser imputável a qualquer uma das partes contratantes.

a) Excepcionalidade

A regra *pacta sunt servanda* é a trave-mestra para a celebração e preservação dos contratos, nomeadamente em nome da segurança jurídica e da boa fé objectiva que é exigida na protecção de exteriorização do comportamento e dos deveres de lealdade e

⁷⁷ Entre os quais PEDRO MIGUEL VIEIRA CASQUINHA, [*Curso de Mestrado e Aperfeiçoamento 2003- 2004, Direito Comercial V - Contratos Internacionais*], pp. 6.

⁷⁸ *Idem.* pp. 6

⁷⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, [*Estudos de Direito Comercial Internacional Vol. I*], pp. 248, Almedina.

obrigacionais relativos às partes. Nesta medida, e tendo em conta que o "*principio rebus sic stantibus* é uma manifestação de carácter subordinado àquele, a sua aplicação tem de traduzir um carácter excecional, isto é, só se verifica quando ocorram cumulativamente todos os elementos caracterizadores em questão".⁸⁰

b) Onerosidade Excessiva

A onerosidade excessiva e consequente perda do equilíbrio financeiro do contrato é o efeito adverso, que em matéria contratual, impõe esta necessidade de renegociação das condições do mesmo. O problema está em delimitar qual o alcance que a "onerosidade excessiva" tem de apresentar para estarmos perante este desequilíbrio, uma vez que, se considerarmos toda e qualquer onerosidade, a própria característica da excepcionalidade e do teor racional do contrato nomeadamente em termos de segurança jurídica podem "cair por terra"⁸¹.

Assim, e em primeiro lugar, tem de se atender que esta excessiva onerosidade corresponde única e exclusivamente a prestações que não foram ainda cumpridas, ou seja, as que estando ainda pendentes de execução constituem por si um obstáculo ao cumprimento e não a impossibilidade deste⁸². Pois, é pressuposto da existência de uma situação de *hardship*, a superveniência de uma situação ou factos que segundo padrões de razoabilidade possam ser considerados de forma objectiva para produzir este desequilíbrio económico injustificado, tendo em conta o espírito da boa fé e o fim último do contrato.

Ora, a "onerosidade excessiva" corresponde exactamente à vantagem/desvantagem quantitativa ou qualitativa que em termos absolutos uma das partes consegue retirar pela alteração fundamental do equilíbrio contratual, uma vez que, no momento da sua

⁸⁰ CARMEN AMALLA SIMONE, [*El hardship en la contratación comercial internacional*], pp. 86, revista de derecho, n.5, 2006.

⁸¹ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no novo Código Civil*].

⁸² FREDERICK R. FUCCI, [*Hardship & Changed Circumstances as Grounds For Non-Performance or Adjustment of Contract*], pp 22, Abril de 2006.

celebração e aí definidas as "respectivas esferas de risco"⁸³, foi enquadrado de forma criteriosa e à luz desta interpretação e do caso concreto, a definição da fronteira de situações que possam encabeçar "as circunstâncias excepcionais" onde pode operar a *hardship*. Assim, a característica da "onerosidade excessiva" está intimamente ligada aos riscos não assumidos por ambas.

Nestes termos, não *pode*, nem *deve* ser objecto desta tutela toda e qualquer onerosidade (dita a mera onerosidade ou enunciada pela forma aritmética de X+1) que advenha do normal decorrer da vida contratual, uma vez que, estas não estão estritamente ligadas a uma alteração fundamental das circunstâncias que exija esta necessidade de *renegociação* das prestações do contrato. O que se pretende é tão só, salvaguardar um equilíbrio perdido resultado da transfiguração da base do negócio devido a circunstâncias excepcionais⁸⁴ e imprevisíveis, com manifesta gravidade e intensidade, e cuja culpa não possa ser imputada a nenhuma delas.

Não existe nenhuma fórmula matemática ou fronteira jurídica capaz de delinear o que possa ser considerada a "excessiva onerosidade" para efeitos do contrato. A própria expressão "alteração das circunstâncias" é um conceito indeterminado que tem de ser de forma equitativa analisada por ambas as partes, na pendência desta condição.⁸⁵

c) **Imprevisibilidade**

A característica da imprevisibilidade constitui a causa-efeito daquilo que define a própria *hardship*. Tal, mais não significa que a excessiva onerosidade que provocou a falta do equilíbrio financeiro para uma das partes, ou ambas, na pendência de um contrato, seja fruto de um evento imprevisível, e que nessa medida, a *lesão* esteja fora

⁸³ INGEBORG SCHWENZER, [*Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*], pp. 715, 2008.

⁸⁴ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no novo Código Civil*], pp 15.

⁸⁵ Os princípios do UNIDROIT no entanto estabelecem que em termos práticos, esta alteração do equilíbrio fundamental pela modificação das circunstâncias do contrato pode ser avaliada segundo a regra dos 50%, ou seja, caso os custos extraordinários ultrapassem os 50%, ou se houver uma deflação da moeda em que as prestações tenham de ser efectuadas na ordem dos 50%, existe sempre uma situação de *hardship*.

do âmbito de controlo de cada uma tornando mais difícil o seu cumprimento. Discute-se qual a abrangência do termo "imprevisibilidade" uma vez que, e mais uma vez, é indissociável de um juízo de razoabilidade e boa fé correlacionados com a probabilidade e previsibilidade de comportamentos económico-financeiros a curto, médio e longo prazo de acordo com o período de vigência do contrato.

É evidente que, para aferir o que possam ser eventos imprevisíveis dos meramente previsíveis não basta a ligação aos mesmos de critérios analíticos inteiramente subjectivos como os enunciados anteriormente. Pois o recurso à figura do "*bonus pater familiae*" como sujeito colocado perante determinada situação concreta, capaz de compreender ou delimitar a fronteira da imprevisibilidade mediante critérios unicamente ético-pessoais, embora muito importantes, não constituem resposta suficiente.

Segundo os princípios do UNIDROIT⁸⁶ (a título de exemplo), pode ainda funcionar como *standard* para aferição da imprevisibilidade (entre outros), por exemplo, o tempo concedido para a parte lesada poder agir com recurso a outras formas legais (como a invocação da nulidade do contrato ou as simples *writings in confirmation*)⁸⁷.

A questão da imprevisibilidade é de extrema importância. Se os factos que originaram a onerosidade excessiva das prestações não podem ser imputados a nenhuma das partes para a verificação de *hardship*, então, a *culpa* que advém do desconhecimento racional e razoável exigido naquele caso concreto está também excluída. Ora, cabe assim delimitar (ou pelo menos tentar delimitar) uma linha de orientação, que embora seja ténue, poderá constituir um dos vários caminhos possíveis de orientação jurídica. Nesta medida, é possível traçar um paralelismo das condutas psicológicas das partes em contratos que se prolonguem no tempo no curto prazo (atenção, curto prazo), com os efeitos das figuras do dolo eventual (que neste caso não será um verdadeiro dolo mas sim uma consciência de "conformação do risco"⁸⁸ - "aquele risco" financeiro como realidade capaz de se materializar) e a negligência consciente do Direito Penal.

⁸⁶ International Institute for the Unification of Private Law.

⁸⁷ PEDRO MIGUEL VIEIRA CASQUINHA, [*Curso de Mestrado e Aperfeiçoamento 2003 - 2004, Ciências Jurídico-empresariais, Direito Comercial V- Contratos Internacionais*].

⁸⁸ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, [*Direito Penal Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*] 2ª edição, Coimbra editora.

Não querendo debater questões doutrinárias de matéria penal sobre o que é um e outro, cumpre apenas dizer o seguinte, se a parte lesada, assumindo a sua racionalidade limitada face aos seus critérios de assimetria informativa⁸⁹ e análise macroeconómica pôde representar um determinado facto como possível de ocorrer e mesmo assim se conformou com este, então, assumiu de forma tácita esse risco, e por isso, não poderemos estar perante uma situação totalmente imprevisível e excepcional (daquele risco que se materializou) para efeitos de *hardship*. Pois entre o momento de conclusão do contrato e a possibilidade de ocorrência desse facto, aliado aos critérios de razoabilidade e boa fé, existe uma "conexão psicológico-volitiva suficiente para a afirmação"⁹⁰ desta consciência.

Se pelo contrário, obedecendo aos mesmos critérios atrás enunciados, e não existindo ou não sendo exigível o conhecimento concreto e racional dessa causa para os efeitos do caso em apreço, então, *pode* consubstanciar de pleno efeito os parâmetros da imprevisibilidade na alteração das circunstâncias.

Como é evidente, no médio e longo prazo (e saliento mais uma vez que só é possível aferir o que é curto, médio e longo prazo de acordo com o tempo de vigência do contrato), o conhecimento racional e razoável das circunstâncias que podem alterar aquele equilíbrio fundamental, vai se tornando cada vez menor e menos exigível à medida que existe um prolongamento da vigência do contrato no tempo, e que de acordo com o caso concreto e dada essa dilatação temporal, pode permitir alargar o âmbito de situações capazes de gerar essa quebra da equação negocial por alteração anormal das circunstâncias para efeitos de *renegociação necessária* dos contratos.

d) Superveniência

A necessidade de superveniência do evento que gera a excessiva onerosidade do contrato estabelece a impossibilidade de se caracterizar uma situação de *hardship* no momento da sua celebração, pois desta forma estaríamos sob a figura do *erro* sobre a base do negócio.

⁸⁹ Nomeadamente aos dados da sua avaliação económica para aquele caso.

⁹⁰ *Idem.* pp. 328.

Com efeito, não pode existir juridicidade por alteração das circunstâncias de um contrato (que ainda não é um verdadeiro contrato, ou seja, um contrato formal com existência no mundo jurídico), quando as partes não procederam ainda à sua celebração. Quanto muito poderão ocorrer outros vícios, típicos da fase contratual como por exemplo a "impossibilidade física ou legalmente impossível, contrária à lei ou indeterminável"⁹¹.

Assim, a *hardship* reporta-se sempre a um evento excepcional e imprevisível, que só faz sentido quando exista um lapso de tempo em relação ao momento da conclusão e celebração do contrato, a contínua realização da prestação e o ponto crucial da alteração anormal das circunstâncias, que exige, e uma vez que existe um sacrifício injustificado e um risco não assumido para esse sacrifício segundo critérios de razoabilidade, a necessidade da sua renegociação.⁹²

d) Riscos não assumidos

Está na disponibilidade das partes, isto é, ao abrigo da sua autonomia privada, definir a forma como a alteração das circunstâncias pode ser adoptada no contrato, nomeadamente a previsão da necessidade do dever de renegociar e o procedimento para essa mesma revisão. Tudo depende sempre do caso concreto e de um juízo de equidade pois qualquer contrato tem sempre a si associado um risco de não cumprimento.

Dadas as vicissitudes que decorrem da própria natureza da massificação e multiplicidade das relações jurídicas que se prolongam no tempo aliadas à boa fé contratual (nomeadamente os mesmos deveres de lealdade, segurança e informação que são exigidos para a *culpa in contrahendo*⁹³), os riscos não assumidos pelas partes constituem mais um pressuposto de entendimento de quando é possível caracterizar a

⁹¹ Art. 280 n.º 1 do Código Civil.

⁹² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*], pp. 523, 2009.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, [*Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo I*], pp. 498, 3.^a Edição, 2005.

situação que provocou a necessidade de *renegociação* como sendo extraordinária e subsumível na alteração de circunstâncias⁹⁴.

A assunção dos riscos deve ser expressa para efeitos unilaterais de protecção de investimento, mas no entanto, nada impede que a mesma seja tácita. Está ao critério de cada contratante vincular a sua responsabilidade de acordo com a especulação dos riscos advindos do longo termo, podendo nessa medida, alargar ou reduzir o seu âmbito de obrigações contratuais.⁹⁵

3. Os efeitos da *Hardship* - A renegociação em contratos de execução continuada

Estando perante uma situação de *hardship*, a parte (ou ambas), afectada pelo desequilíbrio económico contratual resultante de um evento excecional e imprevisível, deixa de poder suportar o custo das prestações a que estava obrigada, e nessa medida, torna-se exigível de acordo com os princípios da boa fé, razoabilidade e justiça equitativa, uma suspensão da execução do contrato naqueles termos para que seja restabelecido um novo ponto de equilíbrio que permita a sua manutenção.

Como vimos, o contrato não se tornou impossível de executar, apenas sofreu uma alteração na sua estrutura que tornou a prestação mais onerosa do que aquela que as partes fundaram a sua decisão de contratar, devido a uma modificação superveniente no mundo exterior não podendo por isso, ser a *culpa* imputável a nenhuma delas. Nestes termos, não há razão para que o contrato celebrado perca em definitivo os seus efeitos quando pode ser objecto de uma nova modificação que possa buscar aquele desequilíbrio perdido.

É a final, a conservação da *Pacta Sunt Servanda* que justifica de forma integral esta solução.

⁹⁴ FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ, [*Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*], pp. 167.

⁹⁵ CARMEN AMALLA SIMONE, [*El hardship en la contratación comercial internacional*], pp. 88.

Para *VAN HOUTTE*, existem quatro efeitos possíveis de ocorrer quando estamos perante uma situação de *hardship*: a resolução; a adaptação do contrato; a compensação e a renegociação.⁹⁶

A resolução está tipicamente associada aos casos ditos mais graves⁹⁷ (embora não o tenha de ser necessariamente⁹⁸). O contrato não se tornou impossível de executar mas o peso da alteração das circunstâncias na sua execução desencadeia um desequilíbrio das prestações tão intenso, tão grave e tão desproporcional que o sacrifício ultrapassa manifestamente não só todos os deveres de boa fé e razoabilidade, como também, a própria *rebus sic stantibus*, não permitindo ou não sendo quase possível a manutenção daquela relação contratual, e exigindo nesta medida o acordo das partes para fazer cessar estes efeitos.

A adaptação corresponde à situação de se adaptar o contrato às novas circunstâncias, ou seja, mediante uma negociação que vise requerer uma solução contratual baseada nos efeitos que a nova factualidade fez brotar nas prestações e na relação das partes, traduzindo deste modo, uma modificação por readaptação e não uma modificação por renegociação.

A compensação será o meio mais adequado para as partes estipularem por acordo a superveniência de prestações adicionais efectuadas por uma delas, que possam cobrir o desequilíbrio sofrido pela outra, da lesão resultante da alteração das circunstâncias.

Por fim, a renegociação em sentido estrito, corresponde exactamente à necessidade de se proceder por via negocial a uma nova estipulação das prestações mediante um acordo comum, que o acaso das circunstâncias exteriores atingiu e que gerou todo o desequilíbrio substancial daquela relação contratual.

Dependendo depois de cada contrato, dos ordenamentos jurídicos em questão, ou seja, da autonomia privada em si, as partes poderão escolher o grau de pormenorização da *renegociação* que será evidenciada para efeitos de *hardship*, nomeadamente se recorrem

⁹⁶CARMEN AMALLA SIMONE, [*El hardship en la contratación comercial internacional*], pp. 94.

⁹⁷ Até pelo próprio princípio do *favor negotii*. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, [*Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*], pp. 528, 2009.

⁹⁸ Pois está sempre na disponibilidade das partes e tendo em conta o caso concreto e as suas responsabilidades, *renegociar* (em sentido lato) quais os efeitos que ambas pretendem na pendência de uma acção levada a cabo para este efeito.

à via judicial ou arbitral ou até as técnicas e os meios para se proceder à mesma. Desta forma, é vasta a panóplia de instrumentos que estão à sua disponibilidade para proceder à escolha que melhor satisfaça os interesses de cada uma, e que melhor contribua para a justiça do caso concreto, ou seja, a equidade.

Assim, dado o carácter geral das cláusulas de "alteração das circunstâncias" dos contratos e do próprio direito em si⁹⁹, a parte que se encontre sob uma situação de *hardship* deve logo que possível procurar junto da outra a melhor solução de entre as várias à sua disponibilidade, de modo a dar conhecimento dessa situação e não entrar em falta de cumprimento da obrigação, indicando as razões que fundamentam aquela alteração extraordinária do contrato, de que maneira essas alterações implicam um sacrifício injustificado para si e a necessária suspensão do seu vínculo sob aquelas circunstâncias.

Como é natural, e por se revelar bastante sensível a temática em torno da "alteração das circunstâncias" por exigir um "remexer" em toda a estrutura do contrato e em todo o vínculo jurídico das partes, toda e qualquer *renegociação* deve pautar sempre pelos princípios da lealdade, boa fé e cooperação, o que nesta medida se exige que quando se proceda a um novo acordo negocial exista de *facto* e de *direito* uma situação de *hardship*, visando impedir que a mesma possa ser vista como uma "escapatória" de uma relação contratual em que a parte simplesmente queira afastar as suas obrigações contratuais por vontade unilateral.

É importante ainda realçar que esta *renegociação* não tem de levar necessariamente ao acordo das partes como uma solução final. Com efeito, se a nova expectativa dos riscos associados à manutenção daquele contrato já não coincidirem com a vontade e a confiança imputadas no momento inicial, ou seja, o da celebração, então não é exigido que aquelas sintam uma obrigação de perpetuar no tempo uma realidade que em termos práticos e jurídicos já não terá ou trará qualquer efeito útil ou interesse negocial. Funciona assim, mais como uma "obrigação de meios"¹⁰⁰ em boa fé, não tendo contudo de existir, uma vinculação de resultado.

⁹⁹ Pois não é possível elencar de forma taxativa toda e qualquer "alteração de circunstâncias" que possa afectar objectivamente o conteúdo dos contratos.

¹⁰⁰ PEDRO MIGUEL VIEIRA CASQUINHA, [Curso de Mestrado e Aperfeiçoamento 2003 - 2004, Ciências Jurídico-empresariais, Direito Comercial V- Contratos Internacionais], pp.23.

III. A *Hardship* no actual sector da electricidade

Da aposta para um novo paradigma de energia eléctrica ao pesadelo financeiro energético

1. A ascensão das energias renováveis

Portugal é um país fortemente dependente do exterior em matéria de energia. Com efeito, vivendo numa era onde todas as economias industrializadas são estritamente dependentes e veiculadas pelos combustíveis fósseis como o petróleo, o gás natural e o carvão, quis a (in)felicidade do destino que não existissem jazidas conhecidas (ou economicamente viáveis para exploração) no nosso país, tornando necessária a sua aquisição no mercado exterior.

Mas por outro lado, e apesar de representar uma despesa bastante elevada em gastos financeiros que são anualmente efectuados pelo Estado na obtenção de energia fóssil e que tem as devidas repercussões a nível fiscal e tributário, permite, a existência de uma necessidade de procura de respostas mais céleres e eficazes que ajudem a demarcar, em certa medida, o triste fado da subjugação soberana à constante oscilação dos preços da importação destas *commodities* nos mercados internacionais, e ainda criar as condições que permitam trocar o papel de importador de energia para exportador, possibilitando um novo ciclo no palco energético e fomentando a criação de riqueza na balança de pagamentos. Pense-se no seguinte, e aproveitando neste caso a expressão "*O sono da razão produz monstros*"¹⁰¹, é o facto de não existirem combustíveis fósseis em Portugal que permite a inexistência directa do *lobby* petrolífero¹⁰² que tantos entraves coloca nas tomadas de decisão governamentais e sociais, nomeadamente em políticas sustentáveis e de regulação ambiental, é o facto de não existirem combustíveis fósseis que colocando o país à mercê da especulação energética mundial aumenta a necessidade interna de procura de fontes alternativas ditas "limpas" com capacidade de resposta suficiente para colmatar alguma dependência face ao exterior, propiciando ao mesmo tempo, as

¹⁰¹ A Célebre gravura do pintor espanhol Goya (1784 - 1828) intitulada "*El sueño de la razón produce monstruos*".

¹⁰² http://en.wikipedia.org/wiki/Fossil_fuels_lobby

condições estruturais e psicológicas para uma maior eficiência e racionalização nos consumos energéticos.

Assim sendo, Portugal iniciou nos últimos anos (mais concretamente nos últimos dez anos), e também bastante impulsionado pelas reformas do sector energético europeu atrás referenciadas¹⁰³, uma verdadeira aposta em fontes de energia renovável tendo em vista uma nova estruturação de todo o sector energético com o intuito de impulsionar uma crescente autarcia na produção de electricidade em relação às fontes ditas convencionais, totalmente dependentes de energias primárias. Pois sendo a electricidade a trave mestra de toda a vitalidade energética nacional e tendo em conta que Portugal é um país maioritariamente de oferta de serviços, caso não tivessem existido os mecanismos jurídicos implementados por força de uma vontade política e legislativa, a execução de infraestruturas tecnológicas que proliferaram dentro deste contexto de mercado liberalizado e concorrencial, não teriam com toda a certeza existido.

Assim, de toda a panóplia de exequibilidades possíveis no território português, tanto pela sua localização geoestratégica como também pela existência de incentivos por parte do Estado que fomentassem o investimento e a aceleração de construção de centros produtores, foi procurada uma transição gradual do mercado inicialmente assente num monopólio termoeléctrico para o surgimento de crescentes e exponenciais factores de produção eólicos e hídricos¹⁰⁴ (principalmente), cujo fim último seria criar condições de resposta "a) à crescente procura de electricidade, b) à segurança do abastecimento, c) à redução dos impactos ambientais e d) à estimulação da economia nomeadamente no sentido de uma maior concorrência e competitividade com efeitos directos na segurança dos consumidores"¹⁰⁵. O mesmo será dizer que dentro do universo renovável, foram procurados vários substitutos energéticos em relação às fontes de geração eléctrica tradicional, e cujo papel contribuiu em certa medida para que a

¹⁰³ cf. Apresentação Conceptual - Da integração de um mercado único da electricidade na Europa, p.

¹⁰⁴ *"Existem actualmente 220 parques eólicos em Portugal, representando 2265 aerogeradores, com uma potência total instalada de 4332 MW. Em termos de energia hídrica, temos cerca de 60 barragens para produção de electricidade, prevendo-se a construção de outras oito no âmbito do Plano Nacional de Barragens (PNB), aprovado em 2007."* Boletim da Ordem dos Advogados, Mensal. N.º 95, p. 23, Outubro de 2012

¹⁰⁵ Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, 24 de Outubro de 2005.

realidade energética portuguesa fosse vista como modelo exemplo na aposta e inovação que proporcionou em todo o seus sucessivos planos e programas.

É inegável o contributo das energias renováveis na redução da dependência energética externa, na descarbonização da economia¹⁰⁶ e no aumento da segurança do abastecimento. Mais, a existência de um verdadeiro *mix* energético permite uma maior capitalização da energia na economia conseguindo conjugar o aproveitamento de diferentes fontes de energia natural, sem qualquer custo, em força capaz de produzir trabalho. No entanto, apresenta também uma pluralidade de *handicaps*¹⁰⁷ estruturais e financeiros que se prendem essencialmente com o elevado custo das infraestruturas, o risco inerente do retorno monetário do seu financiamento ser considerado longo¹⁰⁸ não atraindo muito investimento (ou quanto o desejável) e a sua intermitência¹⁰⁹ que não permite o abandono da produção de energia por fontes primárias. E aqui reside o maior problema, que é fazer coabitar a necessidade das renováveis "ganharem terreno" face aos centros electroprodutores, e ao mesmo tempo, garantir a contínua produção de energia que só estes conseguem em relação aos primeiros.

A somar a este quadro, no entanto, juntou-se um outro que deixará todo o programa renovável em curso sob uma forte interrogação para o seu futuro: a crise financeira e política que desde 2010 originou a paralisação da aposta e dos investimentos tanto por falta de liquidez do Estado e dos bancos, como também, pela quebra de confiança económica e política necessárias para prosseguir este mesmo interesse.¹¹⁰

Compete ao ente público, através de opções políticas e com execução legislativa, providenciar e estruturar todos os vectores para definição da estratégia a ser tomada no desenvolvimento energético a curto, médio e longo prazo, fazendo prosseguir a necessidade da continuidade de todo o seu programa e investimentos, a injeção de

¹⁰⁶ Uma vez que Portugal, fazendo parte da estratégia europeia para a energia e para o clima 20-20-20 também está vinculado ao Protocolo de Quioto.

¹⁰⁷ JEAN-MARIE CHEVALIER, [*Les grandes batailles de l'énergie*], p. 242.

¹⁰⁸ Estima-se que o prazo de retorno monetário de um gerador eólico seja sensivelmente de quinze anos.

¹⁰⁹ Mesmo existindo um *mix* de energias alternativas, estas não são de produção contínua, o que no caso português, sendo maioritariamente constituídas pela energia eólica e hídrica, estão sempre condicionadas à disponibilidade das respectivas variáveis meteorológicas não produzindo por esse efeito electricidade à escala industrial.

¹¹⁰ *Boletim da Ordem dos Advogados*, Mensal - N.º95, Outubro de 2012, p. 23.

energia na rede, dirimindo ao mesmo tempo, o conflito latente da confluência de interesses da produção especial e ordinária, e nunca pôr em causa a segurança do abastecimento e a defesa dos consumidores.

Concluindo, e para ilustrar a enorme aposta que foi erigida para o novo sector da electricidade, Portugal conseguiu em apenas dez anos um consumo total através de fontes endógenas na ordem dos 50%, quando em 1999 correspondia apenas a 2%.

2. Dos CAEs aos CMECs enquanto CIEGs para a manutenção das fontes de energia em regime ordinário

A par da liberalização do sector eléctrico e conseqüente abertura à concorrência e competitividade evidenciada na apresentação conceptual atrás descrita, levou ao surgimento inevitável de uma força em ascensão no mercado energético constituído pelo mundo das renováveis. Neste contexto, aliado às necessidades de mudança dos padrões de produção e consumo, foi necessário proceder a toda uma nova racionalização dos diferentes papéis que os diferentes *players* enquanto produtores de electricidade teriam ou poderiam ter na confluência de toda a energia a ser disponibilizada em rede. Pois dadas as vicissitudes económicas e legais próprias das fontes de energia derivadas do PRE, entre os quais o aspecto negativo da intermitência, mas por outro, o direito de venda de electricidade em primeiro lugar em relação à PRO¹¹¹, a obrigação do CUR adquirir "a electricidade produzida pelos produtores em regime especial"¹¹² e ainda, as tarifas bonificadas de energia como custos de uma política energética de incentivo e de interesse económico geral, tornou necessário também, assegurar uma contínua produção de energia, por imperativos de uma contínua capacidade de resposta à rede, em nome da qualidade e segurança do fornecimento aos consumidores e que só a produção em regime ordinário poderia conceder.

¹¹¹ Cfr. Art.º 20 n.º 1 do Decreto-Lei n.º 78/2011.

¹¹² Cfr. Decreto-Lei n.º 172/2006, art.º 55 n.º 1 alínea a). Regulamento de Relações Comerciais do Sector Eléctrico, art.º 75 e 76. Disponível em:

<https://provedordocliente.edp.pt/Files/PDF/Regulamento%20de%20Rela%c3%a7%c3%b5es%20Comerciais%20do%20Sector%20do%20G%c3%a1s%20Natural.pdf>.

Desta forma, surgiram os Custos de Interesse Económico Geral (CIEGs)¹¹³ vistos como um sobrecusto a somar aos custos da energia eléctrica e utilização das redes, e que são constituídos pelos custos do Mecanismo de Garantia de Potência¹¹⁴ (para o MIBEL¹¹⁵), os Custos inerentes à actividade de Gestão dos Contratos de Aquisição de Energia (CAEs) remanescentes não recuperados no mercado, o diferencial de custos com a aquisição de energia eléctrica em regime especial (PRE), os custos implícitos na convergência tarifária nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, o "défice tarifário" e os Custos com a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMECs).

Os CAEs existiam e faziam sentido antes do processo de liberalização uma vez que os produtores tinham uma relação de exclusividade com a concessionária da RNT e eram remunerados pela disponibilidade de energia colocada em rede, os investimentos por si efectuados e ainda um custo variável com a sua produção¹¹⁶. A partir do Decreto-Lei 185/2003 de 20 de Agosto, mais concretamente pelo seu artigo 13º foi necessário proceder à cessação antecipada dos CAEs celebrados pois além de serem incompatíveis à luz dos princípios da concorrência e das normas de integração europeia e ibérica (MIBEL) para o mercado comum eléctrico, deixou de ser possível ao operador de rede obter energia eléctrica para comercialização frustrando investimentos efectuados decorrentes de contratos anteriormente celebrados. Nesta medida, surgiu a necessidade de se recorrer a um mecanismo de compensação económica, tendo sido necessário substituir os CAEs pelos CMECs.¹¹⁷

Os CMECs foram introduzidos pelo Decreto-lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto e foram posteriormente regulados pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de Maio e pelo Decreto lei n.º 264/2007, de 24 de Julho), e o Decreto-Lei n.º 12/2005 de 7 de Janeiro. Tem por base os "custos de transição para a concorrência" na América do Norte em 1996 (CTC - *Competition*

¹¹³ Artigo 76º do Regulamento Tarifário do Sector Eléctrico. Disponível em:

http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/tarifario/Documents/RT%20SE_Articulado_vs%20Internet.pdf.

¹¹⁴ Cfr. Art.º 78 do Regulamento Tarifário do Sector Eléctrico.

¹¹⁵ MIBEL - Mercado Ibérico da Energia Eléctrica.

¹¹⁶ <http://www.galpenenergia.com/PT/agalpenenergia/os-nossos-negocios/Gas-Power/Power/Paginas/Negocio-da-electricidade-em-Portugal.aspx>.

¹¹⁷ Existem ainda CAEs relativos à *Central de Ciclo Combinado da Tapada do Outeiro* e a *Central do Pego*.

Transition Charges) entendendo uma parte da doutrina terem uma natureza mais "regulatória" de compensação de custos pelo fim dos monopólios exclusivos estando aqui firmada uma protecção necessária ao princípio da confiança¹¹⁸.

Nos CMECs, inseridos na tarifa de Uso Global do Sistema (UGS), a remuneração é efectuada através de um valor fixo ao qual é acrescentada uma parcela de receita que funciona como substituto pelo rendimento garantido ao abrigo dos CAEs até 2017, já existindo no entanto, um risco de mercado que até à liberalização era inexistente.

Desta forma, os produtores abrangidos pelos CMECs fazem ofertas de energia no mercado grossista, simulando o funcionamento em mercado livre, beneficiando, no entanto, deste mecanismo de compensação que permite a recuperação de investimentos efectuados caso o funcionamento em mercado livre resulte em *cash-flows* inferiores aos recebidos ao abrigo dos CAEs.

O grande problema surge no facto de se ter verificado um forte investimento nas energias renováveis e, ao mesmo tempo, estas centrais em PRO que tinham sido construídas para funcionar como centrais de base ou de produção industrial/massificada passarem a servir apenas de *back up* em relação à PRE. Assim, os custos fixos dos investimentos realizados são manifestamente desproporcionais em relação à energia efectivamente produzida, tornando a realidade um tanto desfasada dada a "excessiva" remuneração garantida por estes custos.

¹¹⁸ PEDRO GONÇALVES, [*Regulação, Electricidade e Telecomunicações*], pp.86, 2008.

3. A *Hardship* como fundamento e situação funcional para a necessidade de "renegociação" dos Contratos de Manutenção do Equilíbrio Contratual

- A questão das "rendas excessivas" e o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica - A alteração das circunstâncias.

O Memorando de Entendimento das Condicionalidades de Política Económica¹¹⁹ assinado pelo Estado Português e o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia (Comissão Europeia e Banco Central Europeu - BCE) em Maio de 2011, consubstanciou a necessidade de adopção de um conjunto de medidas políticas e económicas a ser implementadas em Portugal no âmbito da assistência financeira requerida para o controlo do excessivo défice externo.

Neste sentido, em matéria de Política Orçamental, constitui objectivo nuclear do Memorando para a Administração Pública, a redução do défice financeiro para níveis mais sustentáveis (entre 6% e 3% do PIB) e, ao mesmo tempo, proceder a uma maior estabilização do equilíbrio orçamental pela contenção do crescimento da despesa.

No ponto 5 "Mercado de bens e serviços" está especificado para o sector da energia, a necessidade de se proceder não só à "conclusão da liberalização dos mercados da electricidade e do gás", mas também, rever "os instrumentos existentes" que possam "limitar os sobrecustos associados à produção de electricidade nos regimes ordinário e especial". Ora, a necessidade de revisão destes mecanismos existentes dos quais fazem parte os CMECs está também inteiramente ligado aos imperativos exigidos para a "Concorrência, contratos públicos e ambiente empresarial" onde se salienta a necessidade de "assegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (*rent-seeking behaviours*) reforçando a concorrência e os reguladores sectoriais".

A avaliação dos sobrecustos associados aos CMECs, estipulado em 5.6 do respectivo Memorando, vem claramente plasmar esta necessidade "da renegociação ou de revisão

¹¹⁹ Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010 de 11 de Maio de 2010 que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (European Financial Stabilisation Mechanism - EFSM).

em baixa", dos custos a estes contratos associados pagos a produtores em regime ordinário.

Ora, são os CMECs que constituem a *fatia de leão*¹²⁰ das chamadas "rendas excessivas"¹²¹ no sector da electricidade. Com efeito, a remuneração que para estes custos é atribuída pelo Estado constitui a maior despesa de entre as várias componentes de que são globalizadas estas rendas, perfazendo, e segundo o Relatório da Secretaria de Estado da Energia¹²², um total de 165 milhões de euros, contra os 54 milhões de euros atribuídos às eólicas e os 42 milhões de euros da cogeração.

Assim, estima-se que ao não serem alteradas estas remunerações com os encargos atrás descritos, assistiremos a um aumento das tarifas de electricidade na ordem dos 4% a 5% até 2020, sem contar ainda com a inflação e a crescente oscilação de preços do petróleo nos mercados internacionais.

A par do Memorando de Entendimento, faz também parte do actual Programa do XIX Governo Constitucional, "garantir um modelo energético de racionalidade económica e incentivos verdadeiros aos agentes de mercado, adoptando uma trajectória de redução dos défices tarifários visando no médio prazo a sua eliminação e procedendo a uma sistemática e rigorosa reavaliação dos projectos de investimento existentes".¹²³

Nesta medida, é clara e fundamentada a necessidade de se proceder a uma alteração das rendas atribuídas em sede de CMECs, utilizando, e de entre várias alternativas possíveis e facultadas ao ente público, os critérios utilizados para fixação de uma solução com base numa situação de *hardship* para *renegociação*, o que de resto, constitui propósito do presente trabalho, enquanto mera construção teórica para resposta ao problema em questão.

¹²⁰ Dos 299 milhões de euros de rendas anuais que são transferidos dos consumidores para os produtores, 165 milhões são para CMECs.

¹²¹ Do inglês "*excessive rent*" e que corresponde à vantagem comparativa atribuída por remuneração, permitindo uma superioridade de lucros que não se verificariam se a empresa actuasse por si só em mercado concorrencial.

¹²² Disponível em: <http://www.ionline.pt/sites/default/files/discurso-do-ex-secretario-de-estado.pdf>

¹²³ Programa do XIX Governo Constitucional, disponível em:
http://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf

Do Memorando de Entendimento das Condicionalidades de Política Económica não resulta a necessidade de rescisão por parte do Estado, dos sobrecustos associados aos contratos com produtores em PRO, mas sim uma alteração das suas condições remuneratórias ou compensatórias. Ora, é possível percorrer três opções para tratar da questão da "quota-parte" de "rendas excessivas" atribuídas aos CMECs, cada uma delas com as necessárias e singulares consequências.

A primeira é a rescisão unilateral. Aqui, o Estado demite-se de continuar a remunerar estes custos, não os configurando mais como Custos de Interesse Económico Geral (CIEGs). Teria de acarretar, no entanto, as necessárias consequências que daí poderiam advir, tais como, o eventual abandono de investimentos e projectos em curso ligados à electricidade, a frustração da confiança e de expectativas de outros contratos paralelos ou a si subordinados, a possível escassez de carga eléctrica em rede e o aumento exponencial dos preços de electricidade, bem como, a possível falta de cumprimento das metas de Garantia de Potência traçadas para o MIBEL e para a estratégia 20-20-20 no âmbito da política energética europeia. Não tem qualquer viabilidade esta opção tendo de estar afastada em absoluto.

Uma segunda alternativa seria a manutenção dos termos remuneratórios nas mesmas condições até agora vigentes. O problema é que em nome da segurança jurídica e política que à primeira vista pode transparecer, a manutenção da assunção destes custos por via compensatória trará um contínuo crescimento do "défice tarifário"¹²⁴ aliado à necessidade de um aumento dos preços da electricidade para fazer face, entre outras razões, a essa exponencial dívida energética, com a conseqüente necessidade de canalização de mais recursos (através de uma maior carga fiscal) para responder a estas remunerações. Por fim, as consequências da não adopção das medidas impostas e aceites pelo Memorando de Entendimento e pelo Programa de Governo seriam totalmente negativas dentro de um quadro económico e financeiro já de si bastante incerto. Nestes termos, é imperativo demarcar também uma posição que não consubstancie esta escolha.

Por fim, à terceira, podemos abrir caminho para possibilitar a *renegociação* destes Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual. E é neste sentido que vai, tendo em

¹²⁴ O défice tarifário corresponde à diferença que fica em dívida pela venda de electricidade abaixo do preço real.

conta por um lado os interesses do País e por outro a posição que também por sua incumbência tem de ser garantida aos *players* que actuam ao seu abrigo, a opinião e doutrina maioritária de todos os que se têm debruçado sobre o tema. Pois a *renegociação* permite, não só atingir uma maior justiça de resultado remuneratório, como também, a existência de uma defesa pela contraparte, em consonância com os princípio da confiança e da "paridade de armas" ou do contraditório como expoente máximo de uma maior justiça constituída. Mais se acrescenta, se não for por intermédio da *renegociação*, mais problemas serão levantados, tanto a nível jurídico como político, tais como a questão dos direitos adquiridos e a alteração unilateral das medidas a ser tomadas enquanto Estado regulador, com inúmeras repercussões na confiança de investimentos e em novas decisões económicas. A resposta vemos assim, não poderá ser levantada de forma isolada, mas sim em conjunto com os parceiros que ao abrigo destes sobrecustos viabilizaram novos padrões negociais traduzidos em capital de risco.

Desta forma, e aproveitando o facto do direito a esta compensação pecuniária para a manutenção do equilíbrio contratual constituir um efeito nascido de uma causa que foi a existência dos CAEs entretanto cessados, não existe razão, ainda que apenas em teoria, para que a mesma (compensação) não possa ser renegociada com base no espírito desse sistema, aproveitando a lógica àqueles atinente no tratamento da alteração de circunstâncias para alcançar assim não só uma maior justiça "contratual", mas também um nível mais elevado de equidade e segurança jurídica *inter partes*. O mesmo será dizer, que não há razão, e dada a sensibilidade do tratamento para o sector em causa, que não possa existir como fundamento para esta renegociação, uma verdadeira equiparação jurídica aos contratos anteriormente existentes.

Porque no fim, sendo a lógica dos CMECs uma manifestação concreta da extensão do vigor dos CAEs mas sob a égide de uma protecção de "Custos de Transição para a Concorrência (lembrando a lógica dos CTCs), a sua remuneração simplesmente transitou de directa para indirecta inserido-se na tarifa global do sistema.

Em bom rigor, o que é procurado nesta linha de raciocínio é o alcance de uma "legitimidade contratual" que possibilite um maior equilíbrio económico que no fundo é pretendido para ambas as partes, através de um criativo *modus operandi* que fundamente uma possível linha de orientação para a *renegociação*.

Face o exposto, e analisadas as circunstâncias e características que justificam a necessidade de renegociar com base na alteração das circunstâncias por onerosidade excessiva em prejuízo de uma das partes, facilmente se chegará à conclusão que no caso dos custos associados para a manutenção do equilíbrio contratual dos produtores ao abrigo deste regime, consubstancia uma autêntica situação de *hardship*, cujo resultado tem sido altamente lesivo para o Estado Português.

Pois como verificámos pela estrutura que integra a sua aplicação, tem de existir uma situação em que uma das partes (embora há quem entenda que o Estado não é por si uma verdadeira parte em sentido estrito) sofra um "desequilíbrio económico-financeiro excepcional e desproporcional, causado por factores externos, supervenientes e imprevisíveis, cujo resultado não pode ser imputável"¹²⁵ a qualquer uma delas. E só o facto do Estado estar sujeito a um programa de ajuda financeira externa, ou seja, encontrar-se sob uma verdadeira e excepcional emergência financeira nacional, legitima toda e qualquer necessidade de mudança que tem de ser operada até à exaustão de modo a permitir uma redução da sua dívida pública.

Ora, nesta medida, e como visto anteriormente, estando perante uma situação de *hardship* não tem de existir necessariamente uma resolução dos efeitos que a partir da alteração das circunstâncias passaram a ocorrer. Refugiando-nos na renegociação necessária e urgente como instrumento para que os CMECs possam continuar a vigorar, a verdade manda, porém, ter que admitir que o sector eléctrico apesar das muitas ineficiências que apresenta tanto a nível formal como material, vive num estado de "superconsumo" de recursos públicos, que um País em total dependência de ajuda financeira externa não pode mais suportar.

Com efeito, a alteração que tem de ser introduzida baseia-se num misto de *interesse público e privado* onde a excessiva onerosidade nos mesmos termos que têm operado, não pode mais ser conformada como Custos de Interesse Económico Geral. Mas por outro lado, também não pode ser lícito ao ente público, até por uma questão da sua própria moralidade a maior parte das vezes de exigência de execução de planos que consubstanciam investimentos por parte dos privados, executar medidas de modificação unilateral sob contratos que foram por si antecipadamente cessados e que estavam legalmente protegidos para actividades de execução continuada que integram o sector

¹²⁵ Cfr. "2. Características da Hardship" pp. 32.

mais vital da sociedade. É no fundo fazer convergir diferentes interesses através de um método pautado pelo princípio da confiança e da igualdade.

Cumpra assim às partes delimitar, e só possível ao longo de toda a renegociação, os próprios moldes da utilização da *hardship* enquanto mecanismo de procura de um novo equilíbrio que proclame o máximo de justiça e segurança, não só entre si, mas também em nome da própria sociedade.

CONCLUSÃO

O futuro que se avizinhará para o mercado da electricidade em Portugal, embora se encontre neste momento sob uma espécie de letargia económica fruto da ausência de investimentos e da inexistência da mesma vontade política para a continuidade da aposta que foi inicialmente pretendida aquando do processo de liberalização, fará correr nos próximos anos, muita tinta que se destinará quase única e exclusivamente à necessidade de corrigir as imperfeições e as arestas que foram dilatadas no tempo, mas que surgiram desde o início de toda esta construção.

Com efeito, se as mudanças operadas no sector constituíram motivo de orgulho, virtude e um certo exibicionismo político com efeitos eleitoralistas num passado recente, hoje, poderemos estar a viver o lado negro que de forma (in)consciente procurámos prorrogar no tempo, e que se traduz numa pesada factura que durante longos anos será debitada da esfera financeira do Estado, isto é, de todos os cidadãos portugueses.

O propósito desta dissertação constitui mais um apelo e uma linha de raciocínio que procura trazer a mudança. As opções políticas já foram tomadas e com elas existem actualmente um conjunto de posições que têm de ser protegidas, tanto particulares como também públicas. Nestes termos, e porque nunca esteve tão em voga a necessidade de resolver as chamadas "rendas excessivas" do sector da electricidade, o que procurei foi tão só encontrar uma base ou uma justificação jurídica que possibilitasse encontrar um novo equilíbrio das prestações a ser efectuadas por ambas as partes na pendência de uma opção tomada no tempo em que a mudança a ser operada para este sector se encontrava em toda a sua pujança.

Assim, tendo em conta que todo este problema pode ser inserido, porque verdadeiramente perfaz os requisitos necessários da existência de uma situação de *hardship* para a renegociação das posições jurídicas dos agentes de mercado, permite arregar este poderoso instrumento para encontrar critérios inovadores dentro de toda a imensidão de escolhas políticas e legislativas possíveis, sem esquecer contudo, que a renegociação é a forma mais transparente e igualitária no tratamento destas relações face à actuação e discricionariedade públicas. É assim necessário sacudir o

conformismo e agir mais e melhor na medida de ambas as possibilidades, ambas as competências e ambas as responsabilidades.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Almeida, Roberto Fernandes - *A cláusula Pacta Sunt Servanda e a Teoria da Imprecisão*, 2010, Coimbra Editora;

Araújo, Fernando - *Introdução à economia*, Vol. 1º, 2ª edição], 2004;

Ascensão, José de Oliveira - *Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*, 2009;

- *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no novo Código Civil*;

Bauman, Zygmunt - *Liquid modernity*, Cambridge, Polity Press, 2000;

Boletim da Ordem dos Advogados, Mensal n.º 95, Outubro 2012;

Carvalho, Américo Taipa de - *Direito Penal Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra editora;

Casquinha, Pedro Miguel Vieira - *Curso de Mestrado e Aperfeiçoamento 2003- 2004, Direito Comercial V - Contratos Internacionais*;

Chevalier, Jean-Marie - *Les grandes batailles de l'énergie*, 2010;

Cordeiro, António Menezes - *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral Tomo I*, 3ª Edição, 2005;

- *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*] Tomo IV, ed. 2010;

Feitosa, Maria Luiza - *O novo direito dos contratos entre as regras de common law e de civil law: influências recíprocas ou dominação?* XI Seminário APEC, Barcelona, 2006;

Fucci, Frederik R. - *Hardship & Changed Circumstances as Grounds For Non-Performance or Adjustment of Contract*, 2006;

Glitz, Frederico Eduardo Zenedin - *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*;

Gonçalves, Pedro Costa - *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, 2008;

- *Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública) - Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*;

Hein, Amanda Rosales Gonçalves - *A Cláusula hardship como mecanismo de adaptação e funcionalização do Contrato Internacional*;

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações Vol. II*, 7.^a Edição, Almedina;

Lourenço, Mariana Isabel Dias - *O sector da electricidade em Portugal - O papel da EDP Soluções Comerciais*, Coimbra, 2010;

Macaulay, Stewart - *Elegant models, empirical pictures, and the complexities of contract*;

Martins, Ana Maria Guerra - *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, edição de 2004, Almedina;

Martorell, Juan Terraza - *Modificación y resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, 1951;

Monteiro, António Pinto - *Rebus Sic Stantibus - Hardship Clauses in Portuguese Law*, *European Review of Private law*, 1998;

- *"Hardship Clause" e o problema da alteração de circunstâncias ("Breve Apontamento")*, 1998;

Moreira, Vital Martins - *Os caminhos da privatização da Administração Pública - Serviço Público e Concorrência. A Regulação do sector eléctrico*, Coimbra Editora, 2001;

Nogueira, Teresa Alexandra F. Mourão Pinto - *Estabelecimento de preços no mercado da electricidade* Porto, Dezembro de 2001;

Pinheiro, Luís de Lima - *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Almedina;

Schwenzer, Ingeborg - *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, 2008;

Simone, Carmen Amalla - *El hardship en la contratación comercial internacional*, revista de derecho, n.5, 2006;

Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo, José Carlos Gomes Santos - *Economia e Finanças Públicas*, 3.^a Edição, Escolar Editora;

Luís Silva Morais, Eduardo Paz Ferreira - *Regulação em Portugal - Novos Tempos, Novo Modelo?*, Editora Almedina, 2009.

Fontes computadorizadas

www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_3032.doc;

http://europa.eu/regulation_summaries/institutional_affaires/treaties/treaties_eec_pt.htm
em 28 de Outubro de 2012;

http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/tarifario/Documents/RT%20SE_Articulado_vs%20Internet.pdf;

http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf;

http://en.wikipedia.org/wiki/Fossil_fuels_lobby

http://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf

<http://www.galpenenergia.com/PT/agalpenenergia/os-nossos-negocios/Gas-Power/Power/Paginas/Negocio-da-electricidade-em-Portugal.aspx>.

: <http://www.ionline.pt/sites/default/files/discurso-do-ex-secretario-de-estado.pdf>

<https://provedordocliente.edp.pt/Files/PDF/Regulamento%20de%20Rela%c3%a7%c3%b5es%20Comerciais%20do%20Sector%20do%20G%c3%a1s%20Natural.pdf>.

