

REVISÃO DAS TARIFAS DE VENDA DE ENERGIA ELÉCTRICA EM ALTA TENSÃO

1. — A Base XXVI da Lei n.º 2002 de 26 de Dezembro de 1944 dispõe que:

— «O Governo fixará as fórmulas tarifárias para a venda de energia em alta tensão, uniformemente em cada concessão e tanto quanto possível em todo o País, tendo designadamente em conta, para cada tipo de consumidor:

- a) — a potência de ponta;
- b) — o consumo expresso em utilização de ponta;
- c) — o factor de potência;
- d) — os meses de consumo, natureza deste e horário respectivo;
- e) — o não agravamento do preço do custo para o consumidor que tenha produção própria.

.....
— «As tarifas serão expressas em moeda corrente e o regime tarifário revisto periodicamente por uma comissão, que proporá ao Governo as alterações que julgar convenientes, e constituída por representantes do Estado, dos concessionários, das federações, dos municípios não federados e dos consumidores».

Analisando esta base vê-se que a sua técnica distingue três expressões:

- 1.º Fórmula tarifária.
- 2.º Tarifa.
- 3.º Regime tarifário.

Essas expressões não foram empregadas por mero acaso. Na verdade, a mesma técnica se encontra na Base XXVIII, onde de novo se preceitua que o Governo fixará as fórmulas tarifárias a aplicar pelos fornecedores, dentro de critérios variáveis segundo a aplicação da energia, e que as tarifas máximas serão expressas em moeda corrente.

E que o emprego das expressões foi intencional, resulta também dos trabalhos preparatórios da lei.

Na proposta de lei apresentada à Assembleia Nacional, a base XXVI (que então tinha o número XXVII) autorizava o Governo a fixar as tarifas de venda de energia em alta tensão («Diário das Sessões», III legislatura, sessão extraordinária de 1944, n.º 79, página 443).

A Câmara Corporativa, ao emitir o seu parecer, observou que o Governo não deveria ter a liberdade de fixar tarifas mas unicamente a faculdade de estabelecer fórmulas tarifárias (Diário das Sessões n.º citado, pág. 456).

E explicou assim o seu pensamento:

— «A Câmara Corporativa, receando que a redacção desta base possa dar lugar a uma falsa interpretação, julgou dever sugerir a substituição das palavras «tarifas de venda» por «fórmulas tarifárias de venda».

«Não se trata, com efeito, de fixar em cada concessão um preço único de venda de electricidade, mas antes uma ou mais fórmulas tarifárias para serem aplicadas uniformemente aos diversos tipos de consumidores, de tal modo que dois consumidores em igualdade de condições — condições a que já na base se faz alusão — paguem a energia pelo mesmo preço.

Tal ponto de vista resulta de se considerar justo o princípio de repartir por todos, em proporção dependente das características do consumo de cada um, as despesas de transporte e de distribuição da electricidade».

O texto do Parecer, relatado por um distinto professor de engenharia, dá conta sobretudo das razões técnicas da substituição das expressões. Mas, como signatário do Parecer e interveniente na discussão dele, posso assegurar que nessa substituição pesou também a preocupação de não se perder de vista a função da tarifa nas relações entre concedente e concessionário. Adiante veremos este ponto.

Foi também da iniciativa da Câmara a alteração da redacção da base XXIX da proposta, convertida depois na base XXVIII da lei.

Discutida a proposta na Assembleia Nacional, um grupo de deputados de que fazia parte o próprio Ministro que a apresentara, Dr. Rafael Duque, perfilhou essas sugestões da Câmara Corporativa (Diário, cit., pág. 551), sendo afinal aprovadas (pág. 580) e passando assim à redacção definitiva, já com nova numeração (Diário, n.º 105, pág. 24).

2. — Para determinar a competência conferida por lei ao Governo é necessário, por conseguinte, assentar na distinção entre tarifas e fórmulas tarifárias.

Distinção que não é só a lei n.º 2002 a fazer, mas que se encontra noutros textos. Basta citar o art.º 10.º do Caderno de Encargos da Companhia Nacional de Electricidade aprovado pelo Decreto n.º 36 286 de 17 de Maio de 1947, em cujo 3.º período se lê:

— «As tarifas aplicáveis aos concessionários da grande distribuição serão obtidas por meio de uma ou mais fórmulas tarifárias tendo em conta...» (etc.).

A discriminação do sentido destes dois termos nem sempre é fácil, porém, porque não há uma definição oficial deles e a doutrina, nacional ou estrangeira, contenta-se geralmente com noções elementares, partindo do pressuposto de que se trata de conceitos de todos conhecidos.

O que é uma tarifa?

Na 2.ª edição do Dicionário de Morais (Lisboa, 1813) o vocábulo figura com o significado de «pauta», abonado pela expressão «a tarifa da Alfândega». E ao definir pauta, nesta acepção, Morais dá-lhe o sentido de «catálogo dos géneros... com os direitos que se levam na Alfândega». Isto é: uma lista de mercadorias elaborada para se estabelecer a quantia

a pagar ao Estado por unidade de espécie ou de medida a importar ou a exportar do País.

Daí por diante a palavra vai sendo empregada ora no significado aduaneiro, ora em linguagem administrativa, sempre para designar um sistema de preços unitários ou de taxas unitárias estabelecido com permanência e aplicado por igual a quantos se encontram em condições iguais.

É nos caminhos de ferro que as tarifas aparecem na sua nova acepção de sistema das taxas a pagar pela utilização dum serviço público. Mas nas actividades particulares, sempre que há tabelas de preços unitários, fixos ou máximos, estabelecidas com generalidade e permanência, a tarifa surge também, como sucede com as tarifas de prémios de seguros. O emprego da palavra nas concessões relativas ao gás e à electricidade, começou a fazer-se já numa época em que a palavra tinha a sua tradição estabelecida. E ainda aqui, o sentido fundamental se conserva intacto.

a) — A tarifa é um sistema de preços fixos ou máximos, mas sempre unitários, adaptados às diversas circunstâncias previsíveis da procura pelo consumidor e da oferta que convém fazer do serviço;

b) — Esses preços são estabelecidos para vigorarem em termos de generalidade (para consumos em condições iguais, preços iguais) e de permanência (enquanto a tarifa não for substituída, é obrigatório aplicá-la);

c) — Correspondendo a tarifa a um sistema onde se prevêem as diversas condições ou circunstâncias em que é possível dar-se a oferta e a procura da mercadoria ou do serviço, torna-se indispensável definir rigorosamente essas circunstâncias, para assegurar a generalidade ou igualdade da sua aplicação, donde resulta a necessidade de completar a pauta das taxas ou dos preços com as definições e as regras que permitam uma aplicação fácil e justa.

Deste modo, talvez não se fique longe da verdade definindo as tarifas dos serviços públicos nos termos seguintes:

— *tabela obrigatória de preços unitários fixados em moeda corrente para as diversas modalidades da prestação dum serviço, contendo as normas regulamentares necessárias à sua justa aplicação.*

Construída de acordo com a observação dos factos, esta definição não se afasta da noção dada no livro clássico de SIEGEL e NISSEL, *La tarification de l'énergie électrique* (ed. francesa, 1938, pág. 130):

— «...si l'on ne veut négliger ni le point de vue du producteur d'énergie électrique, ni celui du consommateur, il n'est pas possible, sauf dans des cas extrêmement rares, d'envisager pour les différents usages de cette énergie un prix unique, basé sur un facteur quelconque de la puissance ou de la consommation. On doit toujours tenter de tenir compte des diverses circonstances par des réglementations spéciales et par des gradations appropriées. L'ensemble de ces réglementations et de ces gradations s'appelle «tarif».

Por outro lado, esta definição vem de encontro aos preceitos legais que, mais de uma vez, prescrevem deverem as tarifas ser «expressas em moeda corrente».

3. — Vejamos agora o que é a *fórmula tarifária*.

Esta frase pode ser tomada fundamentalmente em dois sentidos.

a) — Num primeiro sentido, *fórmula tarifária* será toda a expressão algébrica que, a partir de certos parâmetros, é estabelecida em termos de permitir determinar os preços justos para a fixação da tarifa.

b) — Mas em matéria de electricidade, a frase pode ter uma acepção mais restrita. Nesse segundo sentido a fórmula tarifária traduzirá o método de cálculo usado para obter a tarifa.

No livro citado de SIEGEL e NISSEL emprega-se o termo *fórmula* no primeiro sentido (v. g. pág. 131), e traduz-se a ideia que está no segundo sentido pela expressão *formas fundamentais das tarifas*. Essas formas, para os mesmos autores, vêm a ser a tarifa por avença, a tarifa monómia e a tarifa binómia.

Mas já no livro, também tão divulgado, de JEANNENEY e COLLIARD, *Economie et Droit de l'Electricité* (1950) esses mesmos tipos de tarifação são denominados *formules de tarification* (pág. 178).

Num dos raros estudos portugueses sobre o assunto, o artigo do Eng. PAULO DE BARROS intitulado *Bases para o estabelecimento de um sistema tarifário de venda de energia eléctrica em alta tensão*, publicado na revista «Electricidade», n.º 1 e 2, embora não se possa encontrar o rigor terminológico que buscamos para a interpretação das leis portuguesas, o ilustre presidente do Comité de estudos de tarifação da União Internacional dos Produtores e Distribuidores de Energia Eléctrica afirma que «*existem diversas fórmulas tarifárias*» seguidamente enumeradas: de avença, monómia, de escalões, binómia e trinómia (n.º 10).

Para distinguirmos as fórmulas no segundo sentido das que correspondem ao primeiro, poderemos chamar àquelas *fórmulas tarifárias típicas*.

4. — Finalmente, há que procurar determinar o significado da expressão *regime tarifário*.

Entendendo por regime o conjunto de regras que define certo comportamento constante, o regime tarifário será constituído pelas regras que dominam o cálculo das tarifas. Essas regras não são apenas as fórmulas tarifárias-típicas, mas também os princípios que as completam para permitirem a transformação dos seus resultados em tarifas. No livro de SIEGEL-NISSEL, após o estudo das fórmulas fundamentais, vem o largo exame das *gradações* que tem necessariamente de revestir o preço obtido pela resolução da fórmula fundamental a fim de o adaptar às «circunstâncias variadas em que se dá a procura».

Tais são os princípios relativos à variação dos preços de energia de acordo com os usos a que a energia se destina (usos domésticos, força motriz industrial, agricultura, iluminação pública, etc.), o factor de potência, o horário da utilização, as condições económicas gerais, etc.

O regime tarifário será, por conseguinte, constituído pelos princípios a que obedece, em certo serviço de produção, transporte ou distribuição, o estabelecimento das respectivas tarifas. Destes, uns podem ser de ordem contratual ou jurídica, outros meramente técnicos.

5. — Tentada esta precisão terminológica, passemos agora ao estudo do que, numa concessão de produção, de transporte ou de distribuição de electricidade operada por contrato deve ser matéria contratual no capítulo de tarifas.

Mas haverá matéria contratual relativamente às tarifas? A minha posição doutrinal a esse respeito está tomada há muito. Ao contrário da opinião defendida noutros tempos por JÉZE, mas em meu entender insuficientemente funda-

mentada, sustentei em 1942 que as tarifas nos serviços públicos concedidos por contrato são objecto de estipulação contratual, resultando a sua fixação do acordo das partes e só mediante novo acordo podendo ser modificadas ou alteradas.

Na verdade, o concessionário toma a seu cargo o serviço público com todos os encargos do respectivo estabelecimento e financiamento tendo em vista uma remuneração razoavelmente suficiente para amortizar investimentos, pagar a exploração e dar a expectativa de um lucro.

Não pode, portanto, desinteressar-se dos termos em que essa remuneração lhe será atribuída. Pode a cláusula do respectivo contrato referir-se apenas aos factores variáveis de cuja determinação resultará em cada momento a fixação do preço que ao concessionário é facultado cobrar pelas prestações do serviço público: mas tem de haver uma base jurídica definida no instrumento da concessão. Sem essa base o concessionário assumirá todos os encargos sem nenhuns direitos, ficando à mercê do concedente que lhe pagará mais ou menos, ou até nada, se lhe aprouver.

Nem é verosímil que haja um particular de tão boa fé que se entregue em condições discricionárias nas mãos do Estado ou da Administração concedente, nem a estes conviria enveredar por tal caminho, pois a concessão assenta na ideia de que é útil ao interesse público aproveitar para a sua realização os méritos da iniciativa privada e do estímulo do lucro, sendo contraditório e paradoxal, portanto, suprimi-los.

Se o Estado entende que o concessionário é um estorvo e a sua remuneração uma superfluidade, tem na sua mão os poderes necessários para eliminar tudo isso, resgatando os serviços e socializando as empresas.

Mas se o concessionário subsiste, está claro que a cláusula de que depende a sua remuneração e, portanto, a satisfação dos encargos do estabelecimento e da exploração do serviço, não pode deixar de ser um elemento essencial do acordo entre o concedente e concessionário, constante de uma cláusula contratual.

6. — A tese que defendemos neste sentido na revista *O Direito*, ano 74, n.º 2 (Fevereiro de 1942), tem sido a perfilhada pelo Supremo Tribunal Administrativo, como se pode ver no Acórdão da 1.ª secção de 7 de Novembro de 1941 (*Colecção*, vol. VII, pág. 604) e no Acórdão do Tribunal Pleno de 9 de Janeiro de 1950 (*Colecção, Pleno*, vol. VI, pág. 291).

Neste último Acórdão consideram-se cláusulas contratuais as referentes «à economia financeira do contrato de concessão» e acentua-se ser «por demais evidente que os aumentos de tarifas, por via de alterações, revisões ou ajustamentos previstos nos contratos de concessão têm relação adequada, não com a organização e funcionamento do serviço, mas sim com a situação financeira do concessionário».

Tenho mantido essa doutrina no *Manual do Direito Administrativo*, 2.ª ed., pág. 134; 3.ª ed., pág. 555; 4.ª ed., pág. 543, e 5.ª ed., pág. 539; depois de a ter já esboçado na 1.ª ed., pág. 86, alínea c).

Em França, onde a influência de JÈZE foi avassaladora em matéria de contratos administrativos, o carácter puramente regulamentar das cláusulas de remuneração dos concessionários e, portanto, das tarifas, não foi aceite pelo Conselho de Estado.

Na decisão do caso da Comuna du Vésinet, de 23 de Maio de 1936, tratava-se justamente da aplicação de uma fórmula tarifária estabelecida no contrato de concessão celebrado entre a comuna e um particular. O Conselho de Estado,

atendendo a que os elementos dessa fórmula podiam ser concretizados (*chiffres*) sem a intervenção do município e que este não podia impor uma tarifa que não estivesse de acordo com a fórmula, considerou irregularmente estabelecida a tarifa que a Comuna tinha unilateralmente decidido e anulou a respectiva deliberação.

A mesma ideia, de que a Administração está vinculada às tarifas estabelecidas nos contratos de concessão e não as pode modificar unilateralmente, inspira as decisões do Conselho de Estado de 16 de Maio de 1941 (*Commune de Vizille*) e de 19 de Janeiro de 1946 (*Ville de Limoges*).

O prof. LAUBADERE que refere estas decisões no seu *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, (tomo 2.º, pág. 287), conclui que o Conselho de Estado «parece» consagrar a ideia de que a tarifa do serviço concedido, embora tenha para os utentes a natureza regulamentar, possui, nas relações entre concedente e concessionário, carácter contratual. As reticências do autor, o seu cauteloso «parece», são motivadas pelo facto de ele ser pessoalmente contrário a esse modo de ver, e quedar fiel à doutrina de JÈZE que, aliás, não fundamenta melhor que o mestre.

O princípio segundo o qual, na concessão, as cláusulas financeiras, incluindo as relativas à tarifa, têm carácter contratual nas relações entre concedente e concessionário encontra-se, de resto, em HAURIOU (*Précis de droit administratif*, 12.ª ed., pág. 1015). Foi mais recentemente defendido por TESTE, no seu livro sobre *Les concessions de service public de distribution de l'électricité*, pág. 90. E o actual Conselheiro de Estado LETOURNEUR, considerado um dos mais autorizados expositores da jurisprudência administrativa francesa, defendeu-a quando, como Comissário do Governo, expôs nas conclusões do caso «Journal l'Aurore» a doutrina de que «nas relações entre concedente e concessionário o caderno de encargos é um contrato; embora tenha valor de regulamento no que respeita aos utentes...».

Doutrina mais uma vez perfilhada pelo Conselho de Estado, na decisão desse caso, proferida em 25 de Junho de 1948 e que se pode ler no *Recueil Sirey*, 1948, 3.ª parte, pág. 71, juntamente com as referidas conclusões.

7. — Deve notar-se que, como sublinhei no artigo sobre *Natureza jurídica das tarifas dos serviços públicos concedidos* publicado em 1942 e a que atrás fiz referência, a posição de JÈZE é particularmente vulnerável porque assenta na conveniência político-social da liberdade da Administração em matéria de tarifas (e não numa argumentação lógico-jurídica), mas não pode deixar de reconhecer o que há de ilógico nessa liberdade, deixada sem limites.

E então estabelece a doutrina que vamos encontrar definitivamente formulada no vol. 5.º do seu tratado *Les principes généraux du Droit Administratif*, e que é a seguinte: O particular só colabora como concessionário no estabelecimento e na exploração do serviço público por causa da remuneração pecuniária, de tal modo que «a remuneração é elemento essencial do contrato administrativo» (pág. 544). Mas, a seguir, afirma que a tarifa do serviço concedido tem carácter regulamentar porque, tendo-o para o público, não é concebível que revista outro para o concessionário, e porque «sob o ponto de vista económico, político e social o funcionamento regular do serviço público fica melhor defendido considerando-se a tarifa regulamentar do que se a tarifa for contratual» (pág. 550). Sendo a tarifa um regulamento, o concedente pode alterá-la quando quiser. Mas, nesta altura, JÈZE pergunta se tal faculdade não é contraditória com o que havia dito primeiro: se o concessionário é um empresário que trabalha para obter lucros legítimos

e que deve poder contar com a estabilidade da retribuição do seu trabalho, como conciliar o princípio jurídico da variabilidade das tarifas, com a necessidade económica dessa estabilidade? E a resposta é a seguinte: como para o concessionário tanto faz ser remunerado por taxas como por subsídios, e como para a Administração pública «é manifesto que o poder inalienável de fazer variar as taxas de acordo com o interesse geral não pode analisar-se num poder de arruinar o concessionário, privando-o duma parte da remuneração pecuniária a que tem incontestável direito, pois seria uma verdadeira espoliação», o concedente pode reduzir as tarifas, mas se essa redução envolver uma diminuição do lucro normal do concessionário tal como haja sido previsto no momento da concessão, cabe-lhe a obrigação de o indemnizar (pág. 559). De modo que a teoria do carácter regulamentar da tarifa, sustentada por Jêze e pelos seus discípulos, assenta nestas bases:

a) — a remuneração do concessionário é um elemento essencial da concessão;

b) — não se trata apenas do princípio da remuneração, mas de certa e determinada retribuição que assegure um lucro normal ao concessionário;

c) — seria uma iniquidade e até uma espoliação se o concedente, no decorrer da concessão, reduzisse as tarifas de modo a privar o concessionário duma parte da remuneração a que tem «incontestável direito» e, porventura, a arruiná-lo;

d) — portanto, o concedente só pode reduzir as tarifas de modo a causar prejuízos ao concessionário, desde que o indemnize, normalmente por via de subsídio.

Há aqui dois pontos muito importantes para nós: primeiro, o de que Jêze reconhece e afirma energicamente que a remuneração do concessionário é elemento essencial do contrato, que o concessionário tem incontestável direito à remuneração estipulada e que só pode ser privado do lucro «normal» previsto na concessão mediante indemnização; segundo, é que num contrato não se vê como possam ficar dessa maneira vinculados os contraentes e estabelecer-se direitos e obrigações tão perentórios, sem ser por cláusula contratual...

Que desse contrato nasça um regulamento para terceiros, nada tem de extraordinário, nem isso afecta o carácter do acto contratual. Pelo acordo das duas partes fica estipulado que uma delas (o concessionário) nas suas relações com o público observará certas normas.

As taxas que constituem a sua remuneração serão cobradas de acordo com essas normas gerais. Não se vê que haja alguma impossibilidade jurídica em estabelecer por contrato as bases de um regulamento a aplicar por um dos contraentes.

No caso de a concessão ser feita por acto administrativo, e não por contrato, então a doutrina de Jêze tem mais razão de ser, mas com a condição de ser enquadrada na teoria da irrevogabilidade do acto constitutivo, salvo mediante indemnização.

Essa teoria, que expomos no *Manual de Direito Administrativo*, pág. 250 da 4.^a edição e a pág. 256-7 da 5.^a edição (nesta já de acordo com a mais recente legislação), conduz, porém, pelo que respeita aos direitos subjectivos constituídos pelo acto administrativo, a situação análoga à do contraente garantido por cláusula contratual. E a remuneração do concessionário está admitida por todos ser um direito dele.

8. — Mas toda a matéria tarifária terá de ter carácter contratual, nas concessões de serviço público?

Para não alargar demasiadamente este estudo vamos examinar o problema apenas em relação às concessões referentes à electricidade e mais em especial à face da lei n.º 2002.

Ao analisar a base XXVI desta lei (que de início se transcreveu) verifica-se que o legislador determinou que o Governo fixasse as fórmulas tarifárias para a venda de energia em alta tensão tendo designadamente em conta, para cada tipo de consumidor, a potência de ponta, o consumo (quantidades, meses, natureza, horário) e o factor de potência.

Quer dizer: o legislador preocupou-se com os parâmetros que podem ter influência na utilização de energia, em razão de cada tipo de consumidor, de modo a barateá-la mais ou menos consoante o interesse económico das aplicações. O fim da lei é visivelmente o *fomento do consumo da energia*. É para esse fim que se justifica a intervenção do Governo. A lei nada diz a respeito do elemento fundamental do preço da energia eléctrica, que é o respectivo custo de produção. Ora o que interessa ao concessionário é que os preços de venda de energia não sejam fixados abaixo do custo e que neste esteja incluída uma margem, ainda que modesta, mas razoável, destinada a permitir que, em condições de boa organização e administração da empresa, esta possa auferir lucro.

Desde que ao concessionário esteja garantida a cobertura do custo da energia, é perfeitamente legítimo que o concedente solicite a sua colaboração numa política de fomento de consumo, mediante a adopção de certos tipos de tarifação em vez de outros.

Daqui resulta uma conclusão: nas relações entre concedente e concessionário o que tem de estar sujeito à rigidez contratual (ou à intangibilidade do acto constitutivo) é a garantia de que a remuneração do concessionário cobrirá o custo do serviço prestado, incluindo a margem razoável donde possa auferir lucro.

Estabelecida esta garantia, todo o resto pode ficar dependente de resolução unilateral do concedente (neste caso o Governo), embora com audiência e colaboração do concessionário.

9. — Mas terá o Direito português consagrado tal modo de ver?

Se distinguirmos na tarifa a sua *estrutura*, constituída pelo custo da produção de energia (incluindo nesta maneira de dizer, já consagrada, o custo do transporte e da distribuição, quando seja caso disso) das *fórmulas* ou *adaptações funcionais* que consistem nas variações ou modalidades dadas à tarifa, a partir da sua estrutura e respeitada esta fundamentalmente, a fim de serem alcançados determinados objectivos — de conquista do mercado, de orientação dos consumos, de fomento económico — verificaremos que a lei n.º 2002 não se refere à estrutura e apenas se preocupa com as fórmulas funcionais.

Mas passa-se aos cadernos de encargos, instrumentos dos contratos de concessão. E aí do que se trata é, pelo contrário, de clausular as garantias referentes à própria estrutura.

Assim sucede no art.º 10.º do Caderno da Companhia Nacional de Electricidade (encargos do transporte e remuneração do capital accionista); no art.º 13.º dos Cadernos dos aproveitamentos do Zêzere e do Cávado (encargos de produção e remuneração do capital accionista); no art.º 16.º do Caderno do aproveitamento do Douro (encargos anuais de exploração, incluindo os do capital investido).

Estes elementos estruturais são, pois, objecto do contrato, ou matéria constitutiva de direitos, o que quer dizer que não podem ser alterados sem ser por acordo das partes, salvo ocorrendo alguma das circunstâncias justificativas da intervenção unilateral do concedente nas condições que a doutrina e a lei para essas circunstâncias prevejam.

10. — Desçamos mais de perto à análise dos cadernos de encargos da concessão dos grandes aproveitamentos hidroeléctricos portugueses. E consideremos os casos do Cávado e do Douro.

No caderno de encargos do Cávado, o art.º 13.º dispõe o seguinte:

— «As tarifas de venda de energia permanente tomada nas barras de saída serão fixadas pelo Governo tendo em atenção o disposto na base XXVI da lei n.º 2002 e por forma a compensar os encargos de produção e a remuneração do capital accionista».

Segue-se a definição do modo do cálculo da remuneração do capital accionista e a enumeração dos principais encargos de produção.

O primeiro ponto a sublinhar é que o Governo, para além do que autoriza a lei n.º 2002, se arrogou o direito de fixar as tarifas e não apenas as fórmulas tarifárias.

Mas esse direito de fixar as tarifas está longe de ser um poder discricionário.

O principal objecto da cláusula 13.^a é, efectivamente, o de garantir os elementos da *estrutura* da tarifa: os encargos de produção e a remuneração do capital accionista.

Nesses pontos o Governo só pode exigir os dados da empresa e controlá-los. E, conforme se disse atrás, o enunciado e a definição dos elementos estruturais da tarifa são imodificáveis unilateralmente pelo Governo.

Determinado o custo unitário da energia produzida, pode, depois, o Governo proceder de acordo com a base XXVI da lei n.º 2002, isto é, fixar as fórmulas tarifárias mais convenientes à sua política de fomento. Mas essas fórmulas têm sempre de ser calculadas de modo que a média de receita correspondente ao preço teórico obtido segundo o custo de produção não seja prejudicada.

11. — Passemos ao Caderno de Encargos mais recente: o do aproveitamento do Douro.

No art.º 16.º desse caderno lê-se:

— «As tarifas de venda da energia permanente, nas barras de saída, serão fixadas pelo Governo, tendo em atenção o disposto na base XXVI da lei n.º 2002 e tomando como base o valor definido pela expressão:

— (segue-se uma fórmula algébrica para dar o valor de *p*, que é «o valor médio a atribuir à energia permanente», e a definição de cada um dos símbolos da expressão).

O numerador da expressão é justamente constituído pela «soma de todos os encargos anuais de exploração, incluindo os do capital investido», e na respectiva definição manda-se tomar em conta «designadamente» os elementos fundamentais do custo de produção, em termos, diferentes na forma, mas análogos na essência aos que na concessão do Cávado se indica como «encargos de produção».

Da mesma maneira que na concessão do Cávado, o Governo arroga-se o direito de fixar tarifas. E também, como nessa outra concessão, restringe o seu direito aos preços de venda da *energia permanente*.

A tarifa da venda da energia temporária, diz o § 1.º do mesmo artigo que será, *em principio*, da ordem de 50% do valor médio atribuído à energia permanente. Quem a fixa? Como o corpo do artigo só se refere a esta última, parece que aqui terá de ser respeitada integralmente a lei n.º 2002, deixando ao concessionário a fixação da tarifa com a indicação de que, *em principio* (o que mostra a flexibilidade da regra), deve regular por 50% do *valor médio* atribuído à energia permanente.

E o mesmo sucede com as tarifas de venda da energia sobrança, essas variáveis com a regularidade do fornecimento contratado e com os compromissos assumidos, podendo ainda variar segundo a época do ano e as horas do dia em que a energia for entregue.

Pelo que se refere à energia permanente, notar-se-á que a diferença fundamental entre a redacção das cláusulas sobre tarifas nas concessões do Cávado e do Douro está em que, no primeiro, a *estrutura* da tarifa está garantida pelo enunciado e definição dos encargos de produção e da remuneração do capital accionista; ao passo que no segundo, correspondente a um aproveitamento a fio de água, se foi mais longe, definindo o que se deve considerar por energia permanente *produtiva*.

Os cadernos de encargos são, pois, perfeitamente compatíveis com os princípios que deduzimos: o que neles está estipulado é o referente à estrutura da tarifa, ou seja, à determinação do custo de produção da energia, e essa matéria é imodificável por simples decisão do Poder. O Governo tem, porém, liberdade de, respeitada essa estrutura, impor as fórmulas mais convenientes à sua política de fomento.

12. — Os cadernos de encargos prevêm, todavia, a revisão das tarifas. Vejamos em que termos e com que latitude. Continuemos a estudar o Caderno de Encargos do Douro, cujo art.º 16.º, no § 3.º admite que a revisão se faça em duas hipóteses:

1.ª — Após a conclusão de cada um dos diferentes escalões do empreendimento;

2.ª — periodicamente, nos termos da base XXVI da lei n.º 2002.

1.ª hipótese — Concluído cada um dos diferentes escalões do aproveitamento, prescreve o referido § 3.º que «as tarifas, a exprimir em moeda corrente, e as taxas de que dependem poderão ser sujeitas a revisão...».

Qual a extensão da revisão? Está cuidadosamente determinada: não se trata da revisão da cláusula do caderno de encargos, não está em causa o processo de determinação do custo de produção, mas apenas *as tarifas a exprimir em moeda corrente*.

Quer dizer: a revisão deve incidir na resolução das fórmulas segundo os novos valores porventura assumidos pelas suas variáveis, nas margens de desvio permitidas em relação ao valor médio tomado por base, e, sem dúbida, nas fórmulas tarifárias que servem a política de energia.

Que assim é, que a revisão unilateral decidida pelo Governo não pode tocar nos elementos estruturais garantidos no Caderno de Encargos (onde só por acordo são admissíveis modificações) resulta da necessidade de uma autorização expressa para o único caso em que se prevê a revisão de um desses elementos: a revisão das taxas de capitalização das anuidades de reconstituição do custo do empreendimento, de remuneração do capital investido e de renovação dos equipamentos.

São estas, na verdade, as únicas taxas de que dependem as tarifas no referido art.º 16.º e às quais se pode referir o disposto no § 3.º.

Fixadas na cláusula (em 3 e 6%), entendeu-se que seriam intangíveis se não ficasse expresso que, ao rever as tarifas, elas podiam ser revistas também.

Eis uma confirmação da exactidão da doutrina que temos desenvolvido.

2.ª hipótese — A lei n.º 2002 admite a revisão do regime tarifário periodicamente por comissões mistas em que participem representantes dos vários interessados (Estado, concessionário, municípios e consumidores).

Já atrás tentámos definir o que se entende por regime tarifário. E dessa tentativa resultou apurar-se que nesse regime há uma constante contratual — a determinação do custo de produção — e princípios de tarifação cuja adopção depende da escolha que se fizer segundo os objectivos a atingir.

A base XXVI da lei n.º 2002 não se refere ao custo de produção, mas apenas aos elementos funcionais das tarifas, porque só esses estão ligados à política de fomento. Cada um dos períodos da base da lei tem de ser interpretado dentro do espírito dela e à luz das ideias gerais que a inspiram.

Se a base XXVI não se refere à estrutura da tarifa a revisão prevista não a pode abranger.

Uma coisa é, porém, o estabelecimento dos elementos estruturais em abstrato, outra a determinação dos seus valores, em concreto: e a respeito desta, já ficou dito que assiste ao concedente o direito de verificação da sua exactidão e da sua razoabilidade.

A revisão periódica, por conseguinte, pode consistir: a) — na nova determinação dos valores que, respeitada a cláusula que garante ao concessionário a estrutura da tarifa, conduzirão ao apuramento do custo de produção; e b) — na revisão das fórmulas tarifárias de carácter funcional.

13. — Em conclusão:

a) — Numa concessão de serviço público, como é a de produção de energia eléctrica, a remuneração do concessionário é elemento essencial do acto ou contrato

e, sendo a causa das obrigações do concessionário, traduz-se num direito para ele constituído;

b) — Essa remuneração é atribuída mediante a faculdade de cobrar os preços ou taxas estabelecidos numa tarifa;

c) — em matéria de produção de electricidade a tarifa é construída a partir do preço da energia determinado pelo custo de produção, correspondendo este custo à estrutura da tarifa;

d) — a forma de calcular o preço da energia pelo custo da produção é que é objecto de cláusula contratual ou de acto constitutivo, imodificáveis por mera decisão duma das partes, sem ofensa de direitos geradora da obrigação de indemnizar;

e) — o concedente tem direito, porém, a intervir no cálculo desse preço e a examinar e a discutir os valores a utilizar para determinação do custo de produção, mas sem alterar os elementos de cálculo garantidos no acto ou contrato de concessão;

f) — fixado o custo da energia, pode o concedente determinar que as tarifas sejam calculadas segundo as fórmulas tarifárias típicas que considere mais idóneas para a consecução de certos fins de interesse público;

g) — as revisões que não resultem de acordo expresso entre concedente e concessionário terão sempre de respeitar o que estiver estipulado acerca da forma de calcular o custo da produção, podendo incidir apenas sobre os valores achados de acordo com as normas dessa estipulação, sobre as fórmulas tarifárias e sobre outros elementos das tarifas que não afectem as estipulações do acto ou contrato de concessão.

MARCELLO CAETANO

*Professor catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa*

Reitor da Universidade de Lisboa