

5.

O USO DE RECURSOS RENOVÁVEIS NA ENERGIA

A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA
PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES A
PRETEXTO DOS MODELOS DE FINANCIAMENTO DA PRODUÇÃO DE
ENERGIA ELÉCTRICA A PARTIR DE FER

SUZANA TAVARES DA SILVA

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
Investigadora do Instituto Jurídico*

Sumário: I. INTRODUÇÃO. II. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA OS INVESTIDORES. 2.1. *A protecção constitucional dos investidores ao abrigo de regimes legais de promoção do investimento.* 2.2. *O enquadramento jurídico-constitucional dos regimes legais de revisão dos benefícios outorgados.* 2.3. *Fundamento jurídico-político do poder de modulação legislativa dos benefícios.* 2.4. *O status constitucional do investidor.* III. A METÓDICA DO PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES

I. INTRODUÇÃO

No estudo jurídico das energias renováveis, os problemas suscitados pelos regimes de financiamento da geração eléctrica a partir de FER têm assumido um relevo especial. Em síntese, a questão principal tem-se baseado na necessidade de assegurar formas de incentivo à geração eléctrica a

partir de fontes renováveis para que estas não só possam competir em mercado com as instalações tradicionais que utilizam combustíveis fósseis (em especial, o carvão, o fuel e mais recentemente o gás natural)¹, como ainda venham a ser instalados centros electroprodutores em número suficiente para responder às exigências da política europeia, e, simultaneamente, procurar que esses incentivos financeiros, ao serem suportados pelos consumidores de energia eléctrica, não agravem excessivamente as facturas a pagar, não só por razões sociais (vulnerabilidade financeira de uma parte importante dos consumidores deste serviço essencial²), mas também por razões políticas (não exceder o limite máximo que os consumidores-cidadãos estão dispostos a pagar em nome da sustentabilidade ambiental e da promoção de uma política de combate às alterações climáticas³).

As insuficiências do Direito na resposta a este problema têm vindo a ser evidenciadas pelos legisladores e pelos tribunais em quase todo o mundo⁴. No plano legislativo, as propostas procuram acompanhar os novos

¹ Importa lembrar que em matéria de investimento a estrutura de custos entre as instalações que utilizam combustíveis fósseis e as que utilizam fontes renováveis é muito distinta, pois as primeiras associam baixos custos fixos a elevados custos de operação, derivados da aquisição do gás, do carvão, do fuelóleo e das licenças de emissão de CO₂, ao passo que às segundas correspondem elevados custos fixos, em especial em tecnologias menos maduras (ondas e marés) ou que envolvem custos de fabrico elevados (fotovoltaica) e baixos custos operacionais – v. José Ignacio MORALES PLAZA, *Las Claves del Éxito de la Inversión en Energías Renovables*, CIFF, Universidad de Alcalá, Marcial Pons, Madrid, 2012.

² Esta é, de resto, uma das novas formas de pobreza – a *pobreza energética* – que justifica a criação de apoios sociais específicos para os denominados consumidores vulneráveis – v. FRANCISCO SILVA ARDANUY, *Pobreza Energética en España. Alcance y Protección Constitucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; Isabel GONZÁLEZ RÍOS, «Del “servicio universal” y “las obligaciones de servicio público” en el sector eléctrico a la protección del cliente vulnerable frente a la pobreza energética: regulación comunitaria y derecho español», *Estudios de Derecho da Energia N.º 0* (Org. Suzana Tavares da Silva), DaeDe – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, pp. 67ss.

³ A repartição social dos custos da mudança de paradigma energético depende também de alguns aspectos sociológicos, pois só com um apoio estrutural da Sociedade, que aceite participar no financiamento, será possível prosseguir estas políticas – v. René MONO, «Umsetzung der Energiewende durch Bürgerbeteiligung», in Degenhart / Schomerus (Hrsg.), *Recht und Finanzierung von Erneuerbaren Energien: Bürgerbeteiligungsmodelle*, NomosBaden-Baden, 2014, pp. 17-31.

⁴ São já algumas as decisões judiciais em que recentemente se vem discutindo a compatibilidade das alterações legislativas em matéria de incentivos à produção de energias renováveis a partir de FER e à cogeração com o princípio constitucional da protecção da confiança (v., por exemplo, acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 48/2015 e acórdão do Tribunal Supremo STS 1116/2015), com o *standard ‘fair and equal treatment’* do direito do investimento estrangeiro (v. por exemplo, *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19), com o regime dos auxílios

desenvolvimentos que vêm surgindo na área tecnológica – as quais representam reduções significativas nos custos – e as novas propostas no plano económico e financeiro – que buscam soluções eficientes para este sector; mas são cada vez mais complexas, abandonando os institutos tradicionais dos benefícios fiscais e das subvenções directas (o tradicional *feed-in-tariff*), para passarem a integrar novas fórmulas articuladas com os mercados (ex. prémios que acrescem aos preços de mercado, também denominados *feed-in-premium*, mercados ou leilões de capacidade, novas formas de financiamento das reservas de capacidade)⁵. Acresce ainda que os modelos legais têm vindo a sofrer constantes modificações que afectam a previsibilidade e minam o necessário ambiente regulatório de confiança para os investidores, ao mesmo tempo que a estabilização dos regimes jurídicos ou a proibição de retrospectividade das novas soluções corre o risco de se traduzir em ‘rendas’ para os operadores económicos e/ou encargos excessivos para os consumidores, a que se somam ainda assimetrias normativas prejudiciais ao financiamento da inovação e da investigação científica na área⁶.

No plano judicial, o problema assenta, maioritariamente, na duc-

de Estado da União Europeia (acórdãos do TJUE *PreussenElektra*, Proc. C-379/98 e *ÅlandsVindkraftAB*, Proc. C-573/12, §57) e até situações em que a revogação dos benefícios é necessária para cumprir o direito europeu, o que tem como consequência uma condenação pela arbitragem internacional do investimento, seguida de uma condenação no âmbito do direito europeu pela execução da sentença condenatória no âmbito do investimento estrangeiro (*v. caso Micula v Romania* - C(2014) 6848 final).

⁵ Economistas e decisores políticos têm encontrado muitas dificuldades em construir um modelo adequado para a integração da produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis nos esquemas de mercados grossistas marginais. As soluções apresentadas são variadas, desde a transição para regimes de *real-time pricing*, à conjugação com leilões de capacidade, sendo certo que existe uma quase unanimidade em relação às dificuldades que o actual modelo representa – *v. Maria KOPSAKANGAS-SAVOLAINEN / Rauli SVENTO, Modern Energy Markets. Real-Time Pricing, Renewable Resources and Efficient Distribution*, Springer, London, 2012; Lev BELYAEV, *Electricity Market Reforms. Economic and Policy Challenges*, Springer, London, 2011.

O modelo alemão para a transição (*‘electricity market 2.0’*) busca a construção de um esquema que permita articular, em regime de mercado, a garantia de uma reserva de capacidade apta a responder de forma segura às intermitências da geração eléctrica a partir de fontes renováveis (o que entre nós se denomina como garantia de potência) e a optimização do despacho, ou seja, do serviço que dá as indicações para cada centro electroprodutor entrar no sistema, mas a experiência tem revelado que a criação de mercados de capacidade leva muito tempo, pelo que a solução transitória passa pelo correcto financiamento da reserva de capacidade – *v. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), An electricity market for Germany’s energy transition*, 2015.

⁶ Sobre estas questões *v. o nosso*, «O princípio da sustentabilidade económico e financeira do sistema eléctrico liberalizado sob regulação especial», *XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2015 (em publicação).

tilidade da metódica aplicativa do *princípio da protecção da confiança* em diferentes jurisdições (judicial, administrativa, constitucional, europeia, internacional) e culturas jurídicas (*common law* e *administrative law*), abrindo espaço a uma litigiosidade crescente, ultra especializada e que, em última instância, acarreta não só mais densidade do que clareza à solução destes problemas, como ainda aumenta os custos finais deste serviço essencial ao bem-estar nas sociedades actuais.

E a questão agrava-se quando a orientação política europeia aponta para a necessidade de cumprir metas quantitativas obrigatórias em matéria de incorporação de energias renováveis na quota nacional de energia (27% de energias renováveis em 2030), que alguns países tornaram ainda mais ambiciosas, como Portugal, que previu uma meta de 35% até 2020⁷, ou a Alemanha, que pretende liderar este sector, apostando numa meta de 45% a 55% em 2025, 55% a 69% em 2035 e 80% em 2050⁸.

A directriz normativa para os regimes jurídicos que hão-de regular os instrumentos de incentivo às energias renováveis é serem “*tão flexíveis quanto necessário e tão estáveis quanto possível*”⁹, o que revela bem a especificidade que os caracteriza em relação à directriz da protecção da confiança legítima, onde a orientação principal é a continuidade dos regimes jurídicos que geram situações de confiança legítima, salvo casos de necessidade na promoção de interesses superiores¹⁰.

⁷ Referimo-nos à estimativa constante do PNAER 2020, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2013, de 10 de Abril, que estipula uma quota de electricidade de base renovável de cerca de 60% (por contraposição aos 55% que constavam do PNAER 2010) tal como a meta global de cerca de 35% (face à meta de 31% do PNAER 2010).

⁸ Na Alemanha a questão tem sido especialmente discutida desde a decisão de promover uma mudança radical no modelo energético nacional (*Energiewende*), que abandonará o nuclear para se concentrar essencialmente na geração a partir de fontes renováveis. Para uma visão global da política *v.* Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *The energy transition – a great piece of work. Making a success of the energy transition. On the road to a secure, clean and affordable energy supply*, 2015 (documento disponível *on-line*); para uma percepção das diversas críticas no plano jurídico *v.* Michael QUAAAS & DEUTSCHES DEUTSCHES ANWALTSINSTITUT E.V. (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Energiewende*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

⁹ Markus KAHLES / Jana LUTZ / Philipp SCHÜTTER, «Grundlagen der EEG-Vergütung», in Müller (Hrsg.), *20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien*, Nomos, 2012, pp. 538 *apud* Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 162.

¹⁰ Maria Lúcia AMARAL, «A protecção da confiança», *V Encontro de Professores de Direito Público* (Carla Amado Gomes Org.), ICJP, 2012, pp. 21-29; Federico CASTILLO BLANCO, *Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Mesmo a revisitação deste princípio entre nós no contexto da crise económica e financeira apenas permitiu sublinhar que o “respeito pela estabilidade das situações constituídas ao abrigo de regimes jurídicos anteriores” só deve ser perturbado perante “a necessidade de prevalência de um interesse público superior e na medida dessa prevalência”¹¹. Mas a influência da crise no princípio da protecção da confiança não foi sequer interpretado de modo unânime pela doutrina internacional¹², pelo que não podemos retirar daqui soluções para o nosso problema.

Aliás, a questão que nos ocupa prende-se com a necessidade de criação de regimes jurídicos flexíveis para regular novas relações jurídicas económicas, e não com a flexibilização de normas que outorgam direitos em situações de crise. A diferença fundamental está na *dicotomia* da normalidade da relativa instabilidade da regulação fundamentada na necessidade de permanente ajustabilidade a novas condicionantes técnicas e políticas, *versus* a excepcionalidade da revisibilidade fundamentada em condicionantes inesperadas, mas preponderantes. O sucesso da política das energias renováveis depende da boa construção normativa destes regimes jurídicos¹³.

Ora, um primeiro elemento que importa esclarecer na construção normativa destes novos regimes jurídicos é a sua ancoragem jurídico-constitucional. Em outras palavras, buscar um *estatuto jurídico-constitucional para os investidores em produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis*, que, em

¹¹ Entre nós, por todos, Paulo MOTA PINTO, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 133ss.

¹² Para alguns, o contexto da crise não podia sequer ser invocado como razão suficiente para o ‘retrocesso’ em algumas áreas da socialidade, como o aumento de taxas moderadoras na saúde ou a redução das prestações no desemprego – Andreas FISCHER-LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU Institutions and the Conclusions of Memoranda of Understanding*, Nomos, Baden-Baden, 2014 (pp.72-73) – enquanto outros vêm neste contexto o fundamento para o fim da distinção entre “expectativas normativas” e “expectativas cognitivas”, propondo que as soluções se baseiam mais na equidade e menos na normatividade típica de uma regulação social sistémica – Moritz RENNERT, «Death By Complexity – The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society», in Kjaer/Teubner/Febraro (Hrsg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford University Press, 2011, pp. 93-111.

¹³ A doutrina germânica tem discutido intensamente os riscos, as desvantagens e os benefícios associados ao novo modelo energético centrado no encerramento da produção nuclear e na ‘viragem’ para as renováveis e a verdade é que política e tecnicamente não tem sido possível construir os modelos sustentáveis que a doutrina imaginava no contexto de um modelo regulatório complexo, baseado na conjugação do planeamento, com incentivos financeiros e alguns expedientes de mercado, mais ou menos artificiais – v. Michael FEHLING, «Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende», *Die Verwaltung*, 2014/27, pp. 313-348.

nosso entender, não pode deixar de ser comum, pelo menos nos seus aspectos essenciais, a todos os investidores/operadores económicos que actuam em sectores que o legislador premeia com a outorga de incentivos financeiros.

II. UM ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA OS INVESTIDORES

No contexto do actual modelo económico global, que aqui não iremos analisar nem discutir, o investimento privado é considerado um dos principais *'drivers'* do crescimento sustentável e os auxílios públicos um *'driver'* desse investimento privado¹⁴, o que significa que os instrumentos económicos tradicionais de estímulo ao investimento, como as subvenções públicas¹⁵ e os benefícios fiscais¹⁶, bem como os novos instrumentos financeiros deste tipo, entre os quais devemos incluir, desde logo, as tarifas dos produtores de energia eléctrica a partir de fontes renováveis¹⁷, devem ser

¹⁴ Estas premissas constam de quase todos os documentos produzidos pelos principais *fora* económicos mundiais – V., a título de exemplo, OCDE, *Investment for Sustainable Development*, Element 11, Paper 3, OECD and POST-2015 Reflections, 2015 (disponível *on-line*); United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Public Aid as a Driver for Private Investment*, 2013 (disponível *on-line*).

¹⁵ O regime jurídico das subvenções públicas em Portugal consta do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 64/2013, de 27 de Agosto.

¹⁶ Para além do regime jurídico geral dos benefícios fiscais, previsto entre nós no Estatuto dos Benefícios Fiscais, importa destacar, para este efeito, o Novo Código Fiscal do Investimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de Outubro.

¹⁷ Referimo-nos, obviamente, ao que no modelo português corresponde ao regime de remuneração garantida dos produtores em regime especial, actualmente previsto no artigo 33.º-G/1 *b*, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto [“a electricidade produzida é entregue ao comercializador de último recurso, contra o pagamento da remuneração atribuída ao centro electroprodutor”], na sua redacção actualizada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de Setembro, e na Portaria n.º 243/13, de 2 de Agosto. Para os centros electroprodutores que utilizam fontes renováveis e que foram instalados antes da entrada em vigor deste regime jurídico, prevê-se um regime remuneratório garantido e diferenciado em função da tecnologia, cujos montantes são calculados segundo o disposto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 313/95, de 24 de Novembro, 56/97, de 14 de Março, 168/99, de 18 de Maio, 312/2001, de 10 de Dezembro, 339-C/2001, de 29 de Dezembro, 33-A/2005, de 16 de Fevereiro e 225/2007, de 31 de Maio, a que se junta ainda, o Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, respeitante à tecnologia eólica.

Em termos gerais, o sistema reconduz-se ao modelo de *feed-in-tariff*, ou seja, as tarifas são suportadas pelo Comercializador de Último Recurso, sendo depois reflectidas nas despesas de Uso Geral do Sistema, que por sua vez é reflectido na tarifa de venda de electricidade aos consumidores e suportada por estes.

orientados para o cumprimento dos referidos objectivos.

As instituições económicas internacionais e os autores destacam que o sucesso destas políticas de *incentivo ao investimento* assentam fundamentalmente na criação de um *clima jurídico de confiança*, que seja capaz de atrair os investidores. Um *'ambiente regulatório'* que no domínio do investimento estrangeiro conta com um instrumentário normativo – os denominados *standards de protecção do investimento estrangeiro* – e institucional – referimo-nos, em particular, ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, instituído pela Convenção de Washington, que também consagra um conjunto de regras processuais específicas – próprio¹⁸, mas que no plano do direito interno e da protecção jurídico-constitucional dos investidores não tem sido especialmente estudado, para lá do que sejam os regimes de garantias no quadro dos contratos públicos e do princípio da protecção da confiança legítima em matéria de limites à livre revogação de benefícios fiscais, em especial no caso de benefícios fiscais temporários¹⁹.

Ora, o que nos propomos neste escrito breve é precisamente tratar o regime de protecção dos investidores no plano do direito constitucional, pois, como veremos, até agora as questões têm, maioritariamente, sido tratadas sob a metódica tradicional do *princípio da protecção da confiança legítima*²⁰, mas, tal como sucedeu a propósito da crise financeira, existem especificidades relevantes que justificam a (re)construção deste *standard* de protecção aplicado ao investimento, *i. e.* aos investidores, de forma a assegurar, em geral, o que no domínio dos sistemas de incentivo econó-

¹⁸ Para uma visão geral dos instrumentos normativos e institucionais da protecção dos investidores no sistema de protecção do investimento estrangeiro *v.*, por todos, Thomas ROE / Matthew HAPPOLD, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charters Treaty*, Cambridge University Press, 2011; Rudolf DOLZER / Christoph SCHEUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008; Fulvio Maria PALOMBINO, *Il Trattamento «giuste ed equo» degli investimenti stranieri*, il Mulino, Bologna, 2012; Roland KLÄGER, *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011 e, entre nós, Tiago DUARTE, «As fronteiras do Direito Público e a Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos», *Scientia Iuridica*, 2011, pp. 293-301.

¹⁹ Neste sentido, por todos, Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, polycopiado, Lisboa, 1981 pp. 144. A jurisprudência, contudo, não tem sido unânime da aplicação deste 'princípio' – *v.* acórdão do Tribunal Constitucional n.º 410/95; acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de Março de 1998 (Proc. 16580); e acórdãos da arbitragem fiscal n.ºs 107/2012, 120/2012, 150/2012, 2/2013 e 4/2013.

²⁰ Sobre este tema em geral *v.* João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*, Coimbra Editora, 2010; José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 257ss.

mico-financeiro às energias renováveis já se tornou evidente: que o regime jurídico de protecção do investimento seja “*tão flexível quanto necessário*”, para neutralizar fenómenos económicos perniciosos como a captura de ‘rendas’ por força de circunstâncias como a aceleração das curvas de aprendizagem, a introdução de inovações tecnológicas ou efeitos de situações conjunturais que representem uma redução significativa nos custos; e “*tão estável quanto possível*”, para evitar que os investidores possam ser confrontados com fenómenos atentatórios da necessária confiança²¹, como alterações arbitrárias e inesperadas de regimes jurídicos sem razão justificativa preponderante e fora das dinâmicas típicas do exercício da livre conformação do legislador, a adopção de novas soluções legais lesivas sem negociação e ou audição prévia²² ou até a sucessão de modificações legislativas que se traduzam numa ‘expropriação (indirecta) dos investimentos’²³.

2.1. A protecção constitucional dos investidores ao abrigo de regimes legais de promoção do investimento

Apesar de todos estes agentes económicos privados que realizam investimentos ao abrigo de regimes jurídico-legais de promoção dos mesmos (incluindo o produtor de electricidade a partir de fontes renováveis) efectuarem essas actividades no âmbito da sua liberdade de iniciativa económica e empresarial (artigos 61.º/1 e 80.º/c da CRP), a instituição de um regime legal especial de fomento desses investimentos deve ser interpretado como uma nova forma de intervenção do poder público na economia (artigo 80.º/a e 83.º da CRP).

Trata-se de uma forma de intervenção pública na economia típica

²¹ Beatrice WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1983 e Guido BÖMER, «Amtshaftung und Vertrauensschutz», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 8/1996, pp.749-753.

²² O modelo anglo-saxónico reconhece um valor jurídico essencial à protecção das *legitimate expectations* enquanto concretização da justiça, o que em termos metódicos se reconduz à combinação de três dimensões fundamentais: a *procedimental* (a forma como a mudança normativa é adoptada), a *substantiva* (a medida em que as expectativas são afectadas e a densidade que lhes é atribuída) e a *compensatória* (as medidas adoptadas para permitir a transição de regime causando a menor lesão possível) – Søren SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2003

²³ Para uma visão global da articulação entre a protecção de legítimas expectativas fundadas em um investimento e as diversas modificações legislativas posteriores que se podem reconduzir a actos de ilegítima privação dos resultados económicos desses investimentos *v.* Rudolf DOLZER, «Indirect Expropriations: New Developments?», *New York University Environmental Law Journal*, 2002, pp. 64-93 (78ss).

do *Estado incentivador*²⁴, que por essa razão não tem entre nós um tratamento constitucional explícito, uma vez que a última revisão constitucional ordinária que abrangeu a parte económica da constituição portuguesa data já de 1997 e nos quase vinte anos entretanto decorridos registaram-se inúmeras alterações importantes na estrutura económica, social e empresarial do país²⁵. Entre as principais modificações conta-se a privatização de vários sectores dos tradicionais serviços públicos – electricidade, telecomunicações, transportes – e uma aposta no crescimento a partir do investimento privado²⁶.

Neste novo contexto político económico, as normas que visam incentivar o investimento privado – sobretudo o investimento em sectores de reconhecido interesse público, como a prestação de serviços públicos – são aptas a constituir na esfera jurídica do investidor uma *expectativa legítima* à *continuidade* das condições económicas subjacentes ao regime normativo incentivador²⁷. Este princípio (constitucional) da continuidade fundamenta-se, por um lado, na essencialidade dos serviços prestados ou dos bens fornecidos pelos investidores ao bem-estar das populações, que justifica a permanência do interesse público na garantia da efectiva prestação do serviço (dimensão do *Estado garantidor*²⁸), independentemente da margem de livre conformação do legislador quanto ao modo de efectivação daquela

²⁴ O *Estado Incentivador* é a designação dada a um modelo que abandona os instrumentos típicos de uma economia pública, como a planificação económica ou a limitação de certos sectores à iniciativa privada, para, na esteira dos ensinamentos dos novos princípios económicos, passar a trabalhar com todos os agentes económicos na prossecução do interesse público através de instrumentos de estímulo às actuações de base privada (*Anreize*), o que inclui estímulos financeiros (ex. subvenções), estímulos comportamentais (ex. reconhecimentos de sistemas de auto-regulação em matéria de certificação ambiental) e estímulos éticos ou meritórios (ex. *rankings*, atribuição de títulos) – sobre o tema, por todos, Ute SACKSOFKY, «Anreize», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 1459-1516.

²⁵ Cf. Luciano AMARAL, *Economia Portuguesa, as últimas décadas*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

²⁶ Alfredo MARVÃO PEREIRA, *Os Investimentos Públicos*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013; Joaquim MIRANDA SARMENTO, *Parcerias Público-Privadas*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

²⁷ Markus MÖSTL, *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004 e Anna LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

²⁸ Sobre o conceito de *Estado Garantidor* em geral v., por todos, Matthias KNAUFF, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge.: Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV*, Duncker & Humblot, 2004 e, mais recentemente, no contexto da sua operacionalização em tempos de crise, v. Matthias KNAUFF, «Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2009, pp. 581ss.

garantia, e, por outro, na circunstância de muitas destas actividades as-sentarem em investimentos de capital intensivo, deixando os investidores numa situação de especial vulnerabilidade em relação à amortização desses investimentos, incluindo a remuneração do respectivo capital²⁹. Um capital que muitas vezes não é próprio do investidor, mas sim fruto do recurso ao crédito, envolvendo, por isso, também uma dimensão de garantia do aforro captado pelo sistema financeiro e, por conseguinte, de ‘risco sistémico’³⁰.

A *especial situação de vulnerabilidade* ou *dependência económica* em que fica instituído o investidor que responde positivamente aos estímulos públicos accionados pelos referidos regimes jurídicos há-de traduzir-se, no plano constitucional, em uma (nova) forma de *limitação intencional da liberdade económica privada*, não por via restritiva, mas sim por via *moduladora*, ao instigar o investidor a desenvolver aquela actividade considerada de interesse público, em vez de outras que não são subvencionadas.

Com efeito, no contexto de uma economia fechada, regimes normativos como a lei de delimitação dos sectores, que impedia o investimento privado em certas áreas, reconduziam-se constitucionalmente à categoria de *restrições legais* ao exercício de actividades económicas privadas; restrições que eram consideradas conformes à constituição com base no reconhecimento de um poder público de ingerência do Estado na economia para assegurar a prossecução de certos interesses públicos no contexto do Estado de bem-estar³¹. Por identidade de razão, no contexto de uma economia aberta, aquela intervenção pública faz-se igualmente necessária para a prossecução dos mesmos objectivos de interesse público – em especial o de assegurar os princípios do serviço público em sectores privatizados –, mas os instrumentos normativos utilizados é que são distintos, pois em vez da restrição,

²⁹ A ‘nova estrutura da economia’ influencia e é influenciada pelo direito público, ou seja, pelo papel que o Estado, através dos processos políticos próprios, entende dever assumir neste campo, onde as principais novidades têm surgido na regulação dos tradicionais serviços públicos, agora privatizados, entre as quais assumem destaque as formas de subvencionar a produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis, maioritariamente através de soluções que oscilam entre os instrumentos de mercado, a fixação de preços e os instrumentos tributários – v. Michael FEHLING, «Struktur und Entwicklungslinien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts», *Juristische Schulung*, 2014, pp. 1057-1064 (1059); Martin ALTROCK, «Subventionierende» Preisregelung. *Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG*, Beck, München, 2002 e Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

³⁰ Conceito que aqui é empregado no sentido que lhe é atribuído pelo *Bank for International Settlements (BIS)* “risk that the failure of a participant to meet its contractual obligations may in turn cause other participants to default” – v. Steven L. SCHWARCZ, «Systemic Risk», *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, Issue 1 (November 2008), pp. 193-250 (197).

³¹ Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/85.

o legislador opta pelo ‘condicionamento’ da liberdade económica dos privados a partir de normas incentivadoras, *i. e.*, de *normas* que promovem a constituição de direitos subjectivos de substrato económico, como o direito a uma subvenção, a uma remuneração garantida dentro de um sistema de preços regulados ou fixos ou a um crédito de imposto.

Trata-se, por conseguinte, de normas que no plano legal *modulam* a liberdade económica fundamental dos privados sem se reconduzirem a restrições da mesma³². A doutrina há muito nos diz que grande parte das normas legais não visam restringir os direitos fundamentais, mas apenas “completar, complementar, densificar ou concretizar o conteúdo fragmentário, vago aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos fundamentais garantidores de direitos fundamentais³³; ou ainda ser apenas “ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protectoras, promotoras e ampliativas dos direitos fundamentais”³⁴. O que caracteriza estas leis é a inexistência de uma intenção de reduzir o conteúdo de um direito fundamental e a circunstância de não afectar o seu núcleo essencial. No mais, a tarefa de corporizar em cada momento o conteúdo desse direito cabe ao legislador.

Ora, é exactamente isso que sucede com a liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º/1 da CRP), cujo exercício, de resto, o próprio texto constitucional circunscreve aos quadros definidos pela Constituição e pela lei “*tendo em conta o interesse geral*”. Por aqui se depreende que existe uma certa ‘*funcionalização da liberdade de iniciativa privada à prossecução do interesse geral*’, o que justifica a necessidade de uma permanente *modulação legislativa* do conteúdo da mesma, seja no sentido de desincentivar comportamentos e/ou actividades económicas (ex. tributação do tabaco e, mais recentemente em alguns países, a tributação de alguns ingredientes alimentares ou alimentos, no contexto da denominada *fat tax*³⁵), seja no sentido de a estimular ou

³² Para maiores desenvolvimentos sobre a diferença entre as normas *moduladoras* ou *conformadoras* dos direitos fundamentais e as normas restritivas *v.* MAUNZ / DÜRIG, «Grundrechtsschranken», *Grundgesetz-Kommentar*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015); José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1263ss e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 208ss.

³³ Cf. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1263.

³⁴ Cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 208.

³⁵ Cf. Katherine PRATT, «A Constructive Critique of Public Health Arguments for Anti-Obesity Soda Taxes and Food Taxes», *Tulane Law Review*, Vol. 87, N.º 73, 2012 (<http://>

promover (ex. concessão de benefícios fiscais ou subvenções).

É bem certo que uma parte significativa da ‘promoção’ ou incentivo das actividades de reconhecido interesse público acaba por se reconduzir a formas clássicas no contexto da *contratualização de tarefas públicas* (contratos de concessão de serviço público, de aquisição de bens e serviços ou de atribuição de subvenções) ou a institutos mais recentes no contexto de uma tendência para a fungibilidade no uso do acto e do contrato no contexto das formas típicas da actividade administrativa (contratos de associação no caso do ensino, a delegação de poderes públicos em privados, os contratos de concepção, financiamento, produção e gestão de serviços e obras públicas, as parcerias público-privadas de natureza contratual), mas que em última instância permitem reconduzir estas entidades a uma relação jurídico-administrativa³⁶, e localizá-las dentro da organização administrativa (cessionários, co-contratantes), no âmbito de uma relação especial com o Estado e, nessa medida, ao abrigo da protecção do regime do direito à reposição do equilíbrio económico e financeiro³⁷, seja no caso dos contratos, seja hoje também, expressamente, no caso dos actos administrativos em caso de revogação ou anulação administrativa³⁸.

Mas essa protecção já não abrange os investidores que são atraídos por regimes legais ao abrigo dos quais não se constitui qualquer regime contratual ou que não pressupõem nenhum acto administrativo prévio, como sucede entre nós, por exemplo, com alguns benefícios fiscais ao investimento (ex. o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento, actualmente previsto no Decreto-Lei n.º 162/2014 de 31 de Outubro, que permite às empresas deduzir à colecta apurada uma percentagem do investimento realizado em activos não correntes, tangíveis e intangíveis) e com uma parte dos investimentos em energias renováveis, que beneficiam de tarifas fixas e da obrigação de compra da totalidade da energia produzida ao abrigo de regimes legais, mas onde não existe um contrato que regule essa relação³⁹. Esta é, de resto,

ssrn.com/abstract=2171493); Laura CORNELSEN / Angela CARREIDO, «Health-related taxes on foods and beverages», *Food Research Collaboration*, 2015 (recurso on-line).

³⁶ Sobre o estudo destas figuras entre nós *v.* Pedro GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005 e *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013.

³⁷ Sobre o tema aplicado às empreitadas de obras públicas – *v.*, entre nós, por último, Licínio LOPES MARTINS, *As Empreitadas de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2014.

³⁸ Cf. artigos 167.º e 168.º do Novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro,

³⁹ A questão que se pode suscitar neste caso é a de saber se a posição jurídica destes produtores de energia eléctrica se pode considerar inteiramente desprovida de

a tendência nos regimes de simplificação administrativa, onde a desburocratização pressupõe menos controlos preventivos, acompanhados de regimes jurídicos mais claros e previsíveis e de uma maior responsabilidade dos operadores privados, também imposta por regimes contra-ordenacionais.

Em relação aos investidores que respondem positivamente a estes incentivos podemos então formular duas questões: existe entre eles e o Estado-Administração algum tipo de relação jurídica? Que tipo de protecção jurídica há-de ser reconhecida aos investimentos por eles realizados?

Quanto à primeira questão, a resposta deve em nosso entender apontar para a constituição de um *tipo especial de relação económica jurídico-pública*, decorrente da *constituição do privado investidor*, por efeito da realização do investimento, ou seja, em decorrência e por efeito da reacção positiva ao estímulo público, *de um estatuto de relativa dependência económica* perante os efeitos ‘prometidos’ pelo regime jurídico promotor do investimento.

Em boa verdade, não se trata de uma verdadeira relação jurídico-administrativa, pois do que cuidamos não é de alargar o espectro das categorias dos auxiliares na promoção das tarefas públicas, reconduzindo a esta categoria os sujeitos que actuam em actividades hoje privatizadas, mas sujeitas a uma intensa regulação pública⁴⁰, e sim o de buscar uma *nova tipologia de relações jurídico-públicas*, de base económica e não administrativa, na qual ficam inseridas as pessoas privadas que exercem actividades económicas privadas ao abrigo de regimes jurídicos de incentivo ao investimento.

Esta *relação jurídico-pública de dependência económica* caracteriza-se: *i)* pela livre adesão do sujeito económico (sem dependência de acto prévio habilitador ou de reconhecimento) a um regime jurídico do qual resultam imediata e objectivamente direitos de natureza patrimonial, ainda que de conteúdo modulável; *ii)* pela colocação do privado numa situação de vulnerabilidade (dependência) económica temporária (até à amortização e remuneração do capital investido) por mero efeito da realização do investimento, sobretudo porque a maior destes investimentos é de capital intensivo e em

‘administratividade’ também nos casos em que os centros electroprodutores são construído ao abrigo de concursos públicos para atribuição de potência (de instalação e de injeção na rede) e quando a licença de exploração incorpora o prazo de duração da remuneração garantida. Apesar destes ‘momentos administrativos’ que, a seu modo, representaram um instrumento para a promoção da política de fomento às energias renováveis, parece-nos ser mais correcto reconduzir a posição jurídica destes produtores a uma tutela jurídica de base essencialmente legal.

⁴⁰ Ainda que assim fosse haveria dúvidas quanto a integrar aqui os produtores de energias renováveis, pois esta categoria, na actual configuração do sector eléctrico, parece estar limitada aos gestores das redes.

regra “one-shot”; iii) pela inexistência de qualquer vínculo contratual ou administrativo entre o investidor e as entidades administrativas⁴¹.

A posição jurídica que caracteriza a situação deste tipo de investidor uma vez realizado o investimento não se reconduz a um verdadeiro direito adquirido a uma prestação pública de montante pré-determinado⁴², mas antes à de titularidade de um direito patrimonial de natureza *sui generis*, que pode ser *modulado pelo legislador*, desde que essa modulação não se reconduza a uma intencionalidade de anulação do referido direito patrimonial já constituído. Em outras palavras, o direito patrimonial de natureza *sui generis* de que o investidor é titular por efeito da realização do investimento não significa que ele tenha adquirido um direito patrimonial certo e líquido, ou seja, um direito a um certo montante, um tal efeito não se coadunaria com a *natureza jurídico-económica* deste regime jurídico, que responde prioritariamente a critérios de justiça e de equidade dentro de um esquema de flexibilidade que opera no âmbito de uma margem circunscrita de segurança jurídica (o direito a não ser privado arbitrariamente do investimento e da respectiva remuneração razoável).

Assim, a margem de *modulação* deste direito por parte do legislador significa que o valor do benefício legalmente previsto no momento da realização do investimento pode vir a ser efectivamente diminuído em razão da adopção de outras medidas de política económica e financeira de carácter geral ou mesmo sectorial que resultem colateralmente numa diminuição do respectivo valor⁴³.

⁴¹ Mais uma vez destacamos que o regime português de incentivo às energias renováveis, ao promover a diferença entre a produção em regime especial com direito a remuneração garantida atribuída por concurso e a restante produção que apenas pode beneficiar de um regime de remuneração em mercado, assegura um nível de protecção jurídica diferenciada aos primeiros.

⁴² Neste particular, podemos encontrar algumas semelhanças entre a posição jurídica do investidor e a do contribuinte-beneficiário dos regimes públicos de segurança social – v. João Carlos LOUREIRO, *Direito da Segurança Social Entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora, 2014.

⁴³ Vale a pena lembrar duas decisões judiciais em matéria de energia onde o tribunal aceitou que medidas posteriores pudessem afectar a remuneração de certos investidores: i) em primeiro lugar a anulação do regime de isenção fiscal dos biocombustíveis antes do prazo esperado, tendo o legislador alemão optado pela substituição desta medida por outras, com a justificação de que esta seria a melhor forma de promover aquela política, tendo o TJUE considerado que a referida decisão não violava o disposto na Directiva dos Biocombustíveis (Directiva n.º 2003/30) – caso *Plantanol* (Proc. C-201/08); ii) mais recentemente, o mesmo legislador alemão, com o objectivo de promover a já mencionada alteração do modelo energético daquele país, decidiu criar um imposto sobre combustível nuclear, e mais uma vez o TJUE, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade desta medida com o mercado interno, concluiu que a medida não vio-

O que já se afigura mais duvidoso sob o ponto de vista constitucional é a adopção pelo legislador de *medidas especiais e/ou concretas* que afectem *significativamente* o direito patrimonial constituído na esfera jurídica do investidor, *i. e.*, medidas que ponham em causa a amortização do investimento e o direito a uma taxa de retorno adequada, especialmente quando estas medidas não se destinem, de forma evidente, a cumprir outros objectivos ou finalidades político-económicas. Nestes casos, impõem-se dois critérios para a avaliação da constitucionalidade das medidas: a *intencionalidade expropriativa* e *intensidade da redução dos benefícios*.

2.2. O enquadramento jurídico-constitucional dos regimes legais de revisão dos benefícios outorgados

A circunstância de estarmos perante direitos patrimoniais de natureza *sui generis* significa que a revisão pelo legislador dos montantes dos incentivos financeiros ou da respectiva forma de cálculo ou ainda de outras condicionantes do regime jurídico que se repercutam nestas, mesmo que tenha eficácia retrospectiva, deve reconduzir-se a uma *modulação legislativa do mencionado direito patrimonial* de natureza *sui generis* e não a uma restrição de um direito subjectivo de natureza patrimonial constitucionalmente tutelado pelo 62.º da CRP⁴⁴.

Contrariamente ao que sucede num direito patrimonial *tout court*, em que o valor patrimonial integra *ab initio* a esfera dos direitos subjectivos do respectivo titular⁴⁵, nos direitos patrimoniais de natureza *sui generis*

lava a Directiva n.º 2003/96/CE, que reestrutura o quadro comunitário de tributação dos produtos energéticos e da electricidade, nem a Directiva n.º 2008/118/CE, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo – *caso Kernkraftwerke* (Proc. C-5/14).

Entre nós, o tribunal arbitral fiscal, no processo n.º 702/2014-T, também considerou que o artigo 92.º do CIRC, ao impor a obrigação de pagamento de uma colecta mínima não violava o direito de liberdade económica do investidor nem o princípio da protecção da confiança legítima, mesmo que este, por efeito dessa medida, viesse a estar colocado numa posição de impossibilidade de recuperação do crédito fiscal obtido por via da realização do investimento, por considerar que a norma posterior do artigo 92.º do CIRC se limitava a conformar o exercício daquele direito crédito, no contexto de emergência económica e financeira que o país atravessava.

⁴⁴ Mesmo a ‘generosa’ jurisprudência do Tribunal Constitucional Português na interpretação do conteúdo normativo do artigo 62.º/1 da CRP (*Cf.* acórdãos 491/02, 273/04 e 620/04) não deverá abranger este tipo de direitos patrimoniais de natureza *sui generis*.

⁴⁵ É, de resto, esta característica que explica que em caso de expropriação a indemnização justa seja “aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o *sacrifício especial* suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente

aqui em apreço, designadamente nos direitos patrimoniais adquiridos ao abrigo de regimes legais de incentivo ao investimento, o valor patrimonial não integra *ab initio* a esfera dos direitos subjectivos do investidor, nem se constitui como tal na mesma uma vez realizado o investimento. Tal como dissemos, não se trata neste caso de um direito adquirido e sim de um *direito patrimonial imperfeito*, que se vai periodicamente tornando certo e líquido (nos períodos de vencimento e ou de exercício dos direitos de crédito), sem prejuízo de o legislador, que é responsável pela condução geral das políticas económicas, poder ir modulando o respectivo conteúdo ao longo do tempo, sempre que essa modulação se não traduza numa anulação arbitrária daquele.

A faculdade de *modulação legislativa* do benefício económico do investidor explica-se pela circunstância de este ser, antes de mais, um benefício associado a uma actividade económica privada que, em si, já comporta algum risco e que a atribuição dos benefícios não pode nem deve pretender neutralizar. A finalidade dos benefícios é atrair o investimento para estas actividades, mas isso não significa nem pode significar que o exercício das mesmas se passe a realizar em condições económicas isentas de risco, ou ainda que o investidor passe a beneficiar de um estatuto ‘protegido’ pelo contexto de uma relação jurídico-administrativa típica de natureza contratual ou equivalente.

Por essa razão, alguns destes benefícios podem até pressupor o preenchimento de certas condições económicas por parte do sujeito passivo para o respectivo exercício – é o que sucede com as modalidades das deduções à colecta que pressupõem que o sujeito passivo tenha resultados económicos positivos, susceptíveis de constituir uma obrigação de imposto, para que os benefícios possam ser deduzidos⁴⁶.

Isto significa que o investidor-beneficiário realiza o investimento ao abrigo do regime especial de incentivo motivado pela existência do benefício económico que irá receber, mas que essa condicionante, para ser válida,

repartida entre todos os cidadãos” – v. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 150-151.

⁴⁶ Referimo-nos, por exemplo, ao regime do crédito para dedução à colecta do IRC decorrente dos investimentos realizados ao abrigo do RFAI ou do SIFIDE II (artigos 23.º e 38.º do Novo Código Fiscal do Investimento aprovado pelo Decreto-Lei nº 162/2014, de 31 de Outubro, respectivamente), que apenas serão efectivamente fruídos pelo respectivo titular se este obtiver resultados positivos que permitam fixar um montante de colecta a pagar. Caso o investidor não venha a obter resultados económicos positivos durante os anos em que a lei permite o exercício do direito à dedução, o direito ao crédito de imposto acaba por não poder ser efectivado. Para além disso, o legislador impõe ainda outras condições económicas para a fruição do benefício fiscal, como a inexistência de dívidas ao Estado e à segurança social.

há-de fundar-se igualmente em *razões económicas*. Ou seja, a consagração legal do benefício instiga o investimento, mas um *investimento que se baseia em razões económicas válidas*, não podendo estas esgotar-se na percepção do benefício. Primeiramente, é importante traçar uma fronteira entre o incentivo de uma iniciativa económica privada e a aquisição de serviços a privados ou a outorga de condições económicas especiais decorrentes, por exemplo, do direito de exclusivo para a exploração de uma certa actividade. Em seguida, é fundamental analisar se comportamento do investidor se reconduz a uma racionalidade económica, *i. e.*, se se trata efectivamente de uma reacção normal a estímulo económico razoável, distinguindo este comportamento de casos de outorga de privilégios economicamente desrazoáveis, provenientes de casos de corrupção ou de erros grosseiros de política económica, que não devem merecer tutela⁴⁷. Em outras palavras, *o benefício estimula o investimento, mas a realização do investimento é ainda uma decisão que se inscreve no exercício da liberdade económica privada*.

Assim, na avaliação da conformidade constitucional da modulação legislativa desses benefícios pode e deve ponderar-se, por exemplo, a intensidade *da dependência económica* do investidor em relação ao benefício em cada circunstância concreta, podendo aquela intervenção legislativa, sempre que fundamentada em razões económicas válidas, ser mais ‘agressiva’ se a referida relação de dependência for (ou entretanto se tornar) pouco significativa – *i. e.*, se o investidor tivesse realizado aquele investimento independentemente do benefício ou se entretanto as condições de mercado lhe permitirem alcançar os resultados que ele só esperaria alcançar no momento da realização do investimento através do benefício.

2.3. Fundamento jurídico-político do poder de *modulação* legislativa dos benefícios

Para alguns autores, esta (re)compreensão da metódica do princípio da protecção da confiança aplicado aos direitos patrimoniais *sui generis* constituídos ao abrigo de regimes legais de incentivo ao investimento em cer-

⁴⁷ Aplicamos aqui o critério europeu para avaliação do carácter legítimo das expectativas dignas de tutela jurídica, que pressupõem a exigência de um grau de prudência e diligência aos operadores económicos, pois é suposto eles conhecerem as situações do mercado onde operam e as margens de lucro razoáveis aí praticadas (*caso Irish Farmers*, Proc. C-22/94 e *caso Emesa Sugar* Proc. C-17/98,§36), devem contar com um certo grau de risco no contexto de regimes legais de subvenções (*Caso Agrargenossenschaft*, Proc. C-545/11,§26-31 e *Caso Union Malt*, Proc. C-51/77,§34-36), devem saber que não são tutelados se adoptarem comportamentos especulativos (*caso Azienda Agricola*, Proc. C-495/00,§55).

tas actividades ou sectores económicos está também associada, em muitos casos, a um novo modelo de financiamento dos benefícios atribuídos, que põe em evidência os novos postulados da igualdade na contribuição para os encargos públicos e da cidadania financeira.

Com efeito, uma parte significativa de alguns dos novos instrumentos económicos de fomento ao abrigo dos quais se geram estes tipos de direitos patrimoniais *sui generis* dos investidores, que se materializa em direitos de crédito, repousa sobre novas relações jurídico-financeiras mediadas pelo Estado em moldes diferentes do tradicional sistema fiscal. Referimo-nos à generalização de novas formas de intervenção pública económico-financeira que visam alcançar uma *função de perequação* de benefícios e encargos no âmbito dos *custos da privatização* – é o caso das contribuições financeiras que sustentam as obrigações de serviço universal⁴⁸ e também do mecanismo de repercussão tarifária utilizado para repercutir sobre os consumidores finais de electricidade os sobrecustos da mudança de paradigma energético no cumprimento dos objectivos da política global do ambiente e do clima⁴⁹.

⁴⁸ É caso das contribuições pagas pelas empresas de comunicações para o fundo de compensação previsto no artigo 97.º da Lei das Comunicações (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro) e regulado pela Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 149/2015, de 10 de Setembro.

⁴⁹ Referimo-nos, no caso português, à repercussão tarifária sobre o consumidor final dos custos com a produção de electricidade a partir de fontes renováveis (*feed-in-tariff*), ou seja, à obrigação de compra da electricidade produzida pelos produtores em regime especial que beneficiem de remuneração garantida por parte do comercializador de último recurso, que depois repercute na tarifa de uso global de sistema, nos termos previstos no Regulamento Tarifário a diferença entre os custos reais incorridos na aquisição de energia produzida pelos produtores de electricidade em regime especial com remuneração garantida e o custo real incorrido nas restantes formas de aquisição – v. artigo 55.º/1a e 6, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na sua redacção actualizada, e Regulamento ERSE Regulamento n.º 551/2014, publicado no DR, II.ª Série de 15 de Dezembro.

Um modelo semelhante de *feed-in-tariff* foi instituído na Alemanha, embora um pouco mais complexo atendendo à existência de mais operadores. Na *Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012*, a obrigação legal de compra aos produtores de electricidade renovável, a preços fixados na lei, impedia sobre os operadores das redes de distribuição, que depois repercutiam esse sobrecusto sobre os operadores da rede de transporte, que por seu turno colocavam essa electricidade no mercado e exigiam aos fornecedores o valor do sobrecusto suportado, admitindo a lei, posteriormente, que estes repercutissem esse custo sobre os consumidores finais (à excepção dos consumidores industriais de sectores especialmente expostos à concorrência), de modo discriminado nas respectivas facturas. Importa destacar que a partir de 2009 a transmissão da energia renovável adquirida pelos distribuidores deixou de ser física, passando apenas a operar um regime financeiro de repercussão do sobrecusto, qualificado como um encargo especial (*EEG Abgabe*) – v. Marian PASCHKE, «The German “Energiewende” – A National Concept in the Framework

Nestes casos, o direito ao crédito (ao montante da subvenção) é exercido de *forma intersubjectiva e intrasistémica* – diferentemente do que acontece nas subvenções públicas típicas, que são suportadas pelo orçamento geral do Estado⁵⁰ – perante os outros operadores económicos do sector, que a repercutem juridicamente até ao consumidor final do serviço (ex. por via de repercussão tarifária) ou perante novas entidades (ex. fundos de estabilização tarifária) ou ainda directamente perante os outros regulados, no caso das obrigações de solidariedade no financiamento (ex. contribuições para o fundo de resolução⁵¹ e o sistema de protecção dos investidores⁵²).

Assim, este direito de crédito do investidor tem como correspondente um especial *dever de pagar* que impende sobre outros agentes económicos, incluindo consumidores, o que originou um intenso debate na doutrina alemã quanto à sua natureza tributária ou não – designadamente, para saber se os encargos financeiros acrescidos que são impostos aos consumidores de energia eléctrica se inscrevem ou não no contexto do novo universo tributário das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas (as contribuições financeiras de financiamento ou de solidariedade⁵³). A

of the EU», *TLQ* 1/2015, pp. 3-21 (recurso on-line).

Contudo, nem sempre é fácil encontrar e desenhar soluções financeiro-tributárias deste tipo que se coadunem com as regras e os princípios do direito europeu, seja no plano das liberdades consagradas nos tratados, seja no contexto do direito emanado das Instituições Europeias, como atesta o longo e controverso litígio a propósito da violação ou não das regras europeias em matéria de auxílios de Estado, em especial após as alterações introduzida pela *Erneuerbare-Energien-Gesetz* 2014 (C(2014) 8786 final)

Um dos últimos casos de ‘fracasso’ deste tipo de iniciativas foi a tentativa de criação de um tributo sobre as emissões de CO₂ (*CO₂-Abgabe*) pelo Governo alemão destinado a financiar a mudança de paradigma energético daquele país – v. Wolf Friedrich SPIETH, «Europarechtliche Unzulässigkeit des „nationalen Klimabeitrags“ für die Braunkohleverstromung», *NVwZ*, 2015, pp.1173-1178.

⁵⁰ Veja-se o caso, por exemplo, das compensações financeiras pagas às empresas de transportes (ex. artigo 8.º da Portaria n.º 241-A/2013) e outras “indemnizações compensatórias”, definidas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, como “quaisquer pagamentos efectuados com verbas do orçamento do Estado a entidades públicas e privadas (...) que se destinem a compensar custos de exploração resultantes de prestação de serviços de interesse geral”.

⁵¹ Cf. artigos 15.º e ss do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro.

⁵² Cf. artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro e pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de Julho.

⁵³ Sobre a natureza jurídica destas categorias tributárias v. Paul KIRCHHOF, «Nichtsteuerliche Abgaben», Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staats Rechts*, 3.ª ed., Band V, Müller, Heidelberg, 2007, pp.1101ss e o nosso *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2013, pp. 82ss.

doutrina considera que neste caso não estamos perante verdadeiras contribuições (*Abgaben*), uma vez que o universo que suporta o encargo não é homogéneo e não recebe qualquer contrapartida, pelo que se trata apenas de um esquema complexo de regulação de preços que fica ‘fora’ do universo tributário constitucional, na medida em que as receitas não ingressam no orçamento público⁵⁴.

Apesar de localizadas fora do universo tributário, estas novas soluções, assentes num *financiamento intersubjectivo e intrassistémico*, constituem uma *triangulação* entre *dois direitos subjectivos de natureza patrimonial sui generis* – ao já mencionado e caracterizado direito do investidor ao benefício legalmente instituído opõe-se agora, de forma indissociável, um direito subjectivo patrimonial dos consumidores onerados com o encargo financeiro do sobrecusto das renováveis, a que este se limite ao necessário para cumprir a função económico-social que o legitima – e o *dever do legislador* em assegurar o *funcionamento eficiente e justo* deste subsistema financeiro, ou seja, um dever que se traduz em garantir o cumprimento dos objectivos através da efectividade dos benefícios, a que indissociavelmente se liga o dever de neutralizar ganhos excessivos por parte dos investidores à custa de um sacrifício patrimonial excessivo e desnecessário dos consumidores de energia eléctrica. É ao abrigo deste dever que se fundamenta o regime legal de modulação dos benefícios.

Os autores falam neste caso de uma certa correspondência com o instituto germânico do “*Indienstnahme Privater*”⁵⁵. No essencial, o que importa destacar é que o modelo de economia livre e aberta em que nos localizamos permite um aumento do número de casos em que privados, fundamentalmente agentes económicos, podem ser incumbidos do cumprimento de certas tarefas para a prossecução do interesse público, sem que dessa incumbência (em regra por lei ou por acto administrativo) resulte qualquer dever de com-

⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 14. Mai 2013 – 19 U 180/12; Erik GAWEL, «Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?», *DVBl*, 2013, pp. 409-417 e James KRÖGER, «Die EEG-Umlage ist keine Sonderabgabe», *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2013, pp. 480-483.

⁵⁵ Por todos, Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 99ss. Sobre o instituto do “*Indienstnahme Privater*” em geral, a sua distinção face a outras figuras, como os privados encarregados de funções públicas (*Beleihung*) e os que auxiliam na prossecução das tarefas públicas, em regra mediante uma relação (vínculo) de base contratual (*Verwaltungshilfe*), e os respectivos limites constitucionais v. Helmuth SCHULZE-FIELITZ, «Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, C.H. Beck, München, 2006, pp. 808-810; MAUNZ / DÜRIG, «Indienstnahme Privater», *Grundgesetz-Kommentar*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015) e SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, «Indienstnahme Privater», *Verwaltungsgerichtsordnung*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015).

pensação económica, pois trata-se de uma decorrência natural, no contexto deste novo modelo, do incremento das responsabilidades (sociais) dos privados⁵⁶. Mas como muitas vezes o interesse público que se procura alcançar só pode resultar de uma colaboração entre os agentes económicos e os cidadãos (económicos), é pensável que esta partilha de responsabilidade assente num regime financeiro próprio, baseado em encargos financeiros acrescidos. O equilíbrio que o Estado está então obrigado a garantir consiste em assegurar a eficiência da actuação dos privados, para que o encargo financeiro dos sujeitos passivos seja justo e equilibrado à luz da finalidade que se procura atingir – no caso do financiamento das energias renováveis, essa finalidade está associada às metas em matéria de ambiente e clima⁵⁷.

O carácter fechado destes subsistemas financeiros permite, no contexto da nova *cidadania financeira*, uma maior *accountability* de meios e resultados, que se traduz também em maior peso da democracia directa e participativa⁵⁸, que o poder judicial não pode nem deve perturbar através de controlos baseados na metódica tradicional do princípio da protecção da confiança legítima.

2.4. O status constitucional do investidor

Perante as entidades públicas, estes operadores económicos privados que investem em actividades ou sectores legislativamente abrangidos por regimes de incentivos financeiros não contratuais são titulares de um *status*, que não lhes assegurando um lugar na organização administrativa tradicional – diferenciam-se, já o dissemos, dos concessionários, dos privados que exercem poderes de autoridades e até dos auxiliares em tarefas

⁵⁶ Por todos, Hanno KUBE, «Öffentliche Aufgaben in Privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast», *Die Verwaltung*, 2008/41, pp. 1-30. Incluem-se, neste universo, a imposição de obrigações de serviço público às empresas prestadoras dos mesmos, com ou sem direito a compensação.

⁵⁷ Os fundamentos que sustentam o poder de modulação legal dos benefícios financiados no âmbito destes subsistemas contributivos são igualmente válidos e operativos no contexto dos benefícios fiscais que se reconduzem a mera despesa fiscal, pois o dever de assegurar uma gestão eficiente desta despesa é também exercido pelo Estado legislador em nome dos contribuintes.

⁵⁸ Não está excluído que este possa ser um domínio relevante no contexto da instituição de instrumentos de participação democrática directa, incluindo o referendo, pois tratando-se de matéria extra-tributária não está abrangida pelas limitações do 115.º/4b da CRP. Para uma visão actual das novas potencialidades da cidadania financeira *v.* Renaud BOURGET, «Prolégomènes à L'Étude de L'Émergence de la Notion de Participation en Finances Publiques», Guglielmi / Zoller, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2014, pp. 163-197.

públicas sob vínculo contratual –, ainda assim constitui-os num conjunto de *direitos* – à informação, à participação nas decisões regulatórias, ao sigilo e à confidencialidade económica e empresarial, etc.) e de *deveres* (lealdade perante as entidades públicas e os outros agentes económicos privados, de cooperação, de participação construtiva, de informação atempada, etc.) a partir dos quais se pode (re)construir a metódica do princípio da protecção da confiança legítima aplicada a este tipo de situações.

III. A METÓDICA DO PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES

Em suma, do reconhecimento do *status* dos operadores económicos privados que investem ao abrigo de regimes legais de incentivos ao investimento resultam algumas premissas complementares para a *metódica aplicativa do princípio da protecção da confiança legítima* que tem vindo a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional Português.

No acórdão n.º 128/2009 encontramos uma síntese da referida metódica, baseada, fundamentalmente, em quatro testes: *i*) a existência de um acto poder público capaz de gerar no privado a situação de confiança legítima; *ii*) teste à legitimidade das expectativas, avaliando se as mesmas estão ou não fundamentadas no direito⁵⁹; *iii*) o desenvolvimento de acções e relações jurídicas por parte do destinatário das medidas que atestam a sua confiança na continuidade das medidas, bem como a existência de uma situação de irreversibilidade; *iv*) inexistência de um interesse público prevalente segundo um juízo de proporcionalidade.

Ora, as considerações anteriores permitem-nos agora complementar estes testes com algumas exigências adicionais e ou densificadoras, ajustadas à especial situação em que se encontram os investidores que beneficiam de regimes de incentivos financeiros não titulados por qualquer instrumento contratual e/ou administrativo.

Assim, a existência de uma situação digna de ser tutelada pelo princípio da protecção da confiança legítima deve, nestes casos, ser avaliada de acordo com as seguintes premissas ou testes:

⁵⁹ Vale, neste caso, um critério semelhante ao que é empregue na metódica da aplicação do princípio da protecção da confiança legítima para a revogação dos actos administrativos, ou seja, considera-se que a confiança não é legítima se a mesma se encontrar fundamentada em falsas promessas, em situações jurídicas inviáveis face ao direito vigente – v. Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.^a ed., Beck, München, 2009, pp. 293.

1. Comportamentos encetados pelo Estado (mormente pelo legislador) capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade
 - a. *Manutenção do benefício consagrado na lei pelo período de tempo adequado à amortização do investimento e à obtenção de uma remuneração razoável*
2. As expectativas devem ser legítimas, fundadas em boas razões
 - a. *Os benefícios outorgados como contraprestação do investimento devem ser razoáveis e equilibrados segundo um juízo económico (devem ter-se por ilegítimas as expectativas quando os ganhos proporcionados pelo benefício sejam desrazoáveis e estes sejam o único motivo para a realização do investimento), fundados em motivos preponderantes de política social ou ambiental e não podem neutralizar o risco económico típico da actividade a desenvolver*
3. Existência de planos de vida, por parte dos privados, que atestem a sua confiança na continuidade da norma (investimento da confiança) e a constituição de situações de irreversibilidade
 - a. *Realização de investimentos de capital intensivo e/ou “one shot” onde a influência do incentivo económico seja determinante para a realização do investimento, mas não seja a única razão para a realização do investimento*
 - b. *Constituição do investidor numa relação de dependência económica*
4. Inexistência de um interesse público prevalecente segundo um juízo de proporcionalidade
 - a. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício devem assentar em fundamentos económicos, sociais e/ou ambientais preponderantes e não podem ser arbitrárias;*
 - b. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício devem ser objecto de diálogo e negociação com o investidor no quadro de uma ‘fair change of politics’;*
 - c. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício não podem traduzir-se, na prática, numa expropriação do benefício, considerando-se como tal a intencionalidade na privação do investidor de benefícios que sejam essenciais à amortização do investimento e respectiva remuneração razoável.*