

DIREITO DA ENERGIA E RECURSOS ENERGÉTICOS DO MAR

NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA

Professor associado convidado da FDULP
Investigador do I2J- Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto

1.Introdução

A presente investigação incide sobre os recursos energéticos do mar numa perspetiva jurídica. O vocabulário do trabalho utiliza os conceitos científicos habituais nesta matéria, como os conceitos de energia, combustíveis, produtos energéticos, os quais não adquirem na linguagem jurídica um conteúdo diferenciado. As formas primárias de energia que utilizam diretamente recursos naturais podem ser fontes não renováveis e portanto existentes em quantidades limitadas, predominantemente de origem fóssil, e as fontes renováveis provenientes de meios naturais inesgotáveis como o sol, o vento, a água, etc. As formas secundárias de energia derivam da transformação das formas primárias como a obtenção de gasolina derivada do petróleo.

A energia apresenta-se como energia solar, química, elétrica, térmica, geotérmica, hidráulica, eólica, proveniente do álcool, e a nuclear. Outras fontes alternativas podem ser a energia das marés, e a célula combustível (hidrogénio). As energias renováveis podem ser a hidroelétrica, a eólica, a solar, a geotérmica e a proveniente do mar. Neste , também se situam fontes não renováveis, como poços de petróleo. As várias energias limpas existentes são a solar, a eólica, das marés, o biogás, e o biocombustível (etanol e biodiesel).

O trabalho privilegia o tema das energias renováveis de origem marítima. Portugal até à data não dispõe de recursos petrolíferos próprios, nem de gás natural, e deve ter uma política energética adequada aos seus interesses específicos, apesar de ser membro da UE. A fatura energética pesa imenso nas importações.

A importância da questão energética tem acompanhado a evolução da indústria do petróleo, desde o séc. XIX. Desde então, a regulação do mercado energético é uma questão prioritária da política e geoestratégia internacionais. Recorde-se, por exemplo, a

crise europeia provocada pela disputa da região do Ruhr, e as várias crises internacionais desde a criação da OPEP em 1960, como a recente Guerra do Golfo, etc. Os países anglo-saxónicos têm desempenhado um papel importante nesta matéria por estarem muito bem apetrechados em termos da tecnologia energética. A segurança do abastecimento a nível mundial que condiciona o crescimento da economia do bem-estar depende de disponibilidades geológicas que são escassas no caso do petróleo e do gás natural. A existência de reservas energéticas seguras a nível mundial depende de opções geoestratégicas, políticas, económicas, ambientais, etc.

Uma primeira fase de industrialização crescente, acompanhada pela fixação duma economia de bem-estar e largamente consumista assentava na convicção do carácter inesgotável das fontes de origem fóssil. A regulação da segurança do abastecimento mundial cabia ao direito internacional e aos acordos entre Estados. Esta convicção fundava-se no surgimento regular de novas jazidas de petróleo, e no constante aperfeiçoamento tecnológico da indústria petrolífera nos aspetos da prospeção e captação.

Posteriormente, a situação energética alterou-se face às várias crises petrolíferas, às sucessivas crises financeiras como a de 2008, o maior consumo energético dos países BRIC, as preocupações ambientais, o Protocolo de Quioto, etc.¹

Como disse, o objeto da presente investigação são os recursos energéticos do mar em geral, atendendo-se sobretudo às energias renováveis. Este tema deve ser considerado como objeto do direito da energia, e não do direito do mar. Não é o mar que constitui o tema escolhido, mas a energia derivada ou produzida de fonte marítima. Também não é um tema de direito administrativo do mar, isto é, não se trata do regime da intervenção pública estadual no mar, mas do regime da prospeção, exploração e possível distribuição dos recursos energéticos do mar aos consumidores finais.

2. As Diferentes Fontes Energéticas

a) Petróleo e derivados

As “boas práticas da indústria petrolífera- *lex petrolea*” são normas importantes não estaduais que regem a atividade de prospeção, exploração e produção, aproximando-se por esta via as normas jurídicas dos vários países. Para a fase do *upstream* estão previstas as concessões de pesquisa e exploração no subsolo da plataforma continental.

¹ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito da Energia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.13ss.

Tem-se utilizado o contrato de concessão e o contrato de prestação de serviços. Pode-se agregar o regime das licenças e das concessões. Os países têm interesse em desburocratizar estes procedimentos que preveem investimentos de alto risco, onde cada país procura atrair empresas que arrisquem investir nas prospeções, existindo neste aspeto elevada concorrência internacional na captação de investimentos.

O regime jurídico atual consta do DL. n° 109/94, de 26-4. A Diretiva 94/227/CE, de 30-5 que foi transposta procurava flexibilizar as autorizações e o regime da concessão das atividades de prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos no leito e subsolo do mar territorial e na plataforma continental. São indicadas em Aviso no DR, pelo Gabinete para a pesquisa e exploração do petróleo as várias áreas para prospeção, incluindo *o offshore* profundo, havendo áreas destinadas a concurso público e outras a negociação direta. A legitimidade da intervenção reguladora estadual deriva da propriedade do petróleo no fundo dos oceanos se incluir no âmbito da soberania estadual. Porém, boa parte da regulação provém de *soft law* que concilia os interesses estaduais com os interesses empresariais e de organizações não-governamentais. Antes da concessão das atividades de prospeção podem ser emanadas pelo ministro da tutela as licenças de avaliação prévia para sondagens de pesquisa, e que garantem o uso privativo com exclusão para uma dada área da intervenção de terceiros. O contrato de concessão de prospeção e pesquisa, em regime de concessão de serviço público de exploração do domínio público, e por concurso público, consta da Portaria n° 790/94, de 5-9, com a duração de 8 anos, prorrogável por um ou dois anos. Apesar de ser um investimento de alto risco, existem elevados custos para os concessionários, como o bônus de assinatura, renda anual, e os bens afetos reverterem gratuitamente para o Estado no fim do contrato.

b) Biocombustíveis

A orientação para uma política de biocombustíveis resulta dum impulso dado ao nível da UE. Nesta matéria, deve atender-se ao DL. n° 117/2010, de 25-10 que transpõe a Diretiva n° 2009/28/CE, de 23-4, e a Diretiva n° 2009/29/CE, da mesma data. Para ser sustentável e compensadora em termos de escala, e para diminuir a fatia das importações, necessita-se de estimular os produtores desses biocombustíveis a nível interno. Designa-se por biocombustíveis de 1ª geração, os resultantes de matérias-primas como o óleo, amido e açúcar, e os biocombustíveis da 2ª geração os produzidos a partir de biomassa lenhosa-celulósica de plantas. Quanto ao aspeto da sustentabilidade dos biocombustíveis a lei atende à qualidade dos terrenos afetos à produção, à necessidade de redução do efeito

de estufa, à necessidade de manter estabilidade na disponibilidade do mercado alimentar, etc. Os títulos de biocombustíveis são transacionáveis entre produtores de biocombustíveis e incorporadores através do mercado dos títulos de biocombustíveis.

c) Eletricidade

A especificidade do setor elétrico resulta em parte da eletricidade como produto secundário ser produzida a partir de fontes primárias, e de ser importante compatibilizar sempre os níveis entre a produção e o consumo, pois a eletricidade não é um bem facilmente armazenável. A primeira menção importante é relacionada com seis candeeiros de arco voltaico importados de Paris pela Família Real em 1878, instalados na Cidadela de Cascais para comemorar o aniversário real e depois no Chiado em Lisboa. Como utilizações isoladas refiram-se a do Teatro S. Carlos em Lisboa (1886) e na Real Fábrica de Fiação em Tomar com aproveitamento duma queda de água (1884). As Companhias Reunidas de Gás e Eletricidade nascem em 1891, às quais o Município de Lisboa concedeu o direito de produzir, distribuir e vender gás e eletricidade destinados à iluminação pública e particular, a usos domésticos e industriais em Lisboa. Esta empresa resultou da fusão da Companhia Lisbonense de Iluminação a Gás e da Companhia Gás de Lisboa. Em 1893, ocorreu a iluminação da cidade de Braga. Foi instalada, em 1894, em Vila Real a primeira rede de iluminação pública através da energia hidráulica aproveitada do rio Corgo. O chamado Sistema Elétrico Nacional formou-se a partir de sistemas hidroelétricos e de pequenas unidades termoelétricas fornecedores das indústrias locais, de alguns consumidores domésticos e da iluminação pública. No início do séc. passado, o Governo concedeu alvarás para produção de energia elétrica, espalhando-se por todo o território pequenas centrais térmicas com aproveitamento de quedas de água. A 1ª concessão por alvará régio referiu-se ao aproveitamento das águas do rio Lima.

A partir de 1944, o Estado Novo decidiu dar prioridade ao desenvolvimento das centrais hidroelétricas, isto é, de fontes renováveis, ao incentivo do consumo de eletricidade, e à cooperação entre Estado e privados nos investimentos e concessões. A criação das primeiras grandes empresas nacionais foi possível a partir do negócio das concessões de grandes rios como a Hidroelétrica do Cávado, a Hidroelétrica do Douro e a Hidroelétrica do Zêzere. Nos anos 50, a Companhia Nacional de Eletricidade passou a ser responsável pela construção e exploração da rede de transporte. A Empresa Termoelétrica Portuguesa assumiu a responsabilidade da construção e exploração das principais centrais termoelétricas. No final dos anos 60, as empresas concessionárias de

produção e transporte da rede elétrica primária reuniram-se numa única empresa, a Companhia Portuguesa de Eletricidade. A EDP resultou em 1976 da união de todas as empresas de produção, transporte e distribuição do Continente nacionalizadas no ano anterior. A criação da EDP resultou de opções políticas socialistas, mas já havia um certo precedente no aspeto do aproveitamento de economias de escala na criação da Companhia Portuguesa de Eletricidade.

Relativamente à indústria elétrica em Portugal foi pioneira a Lei dos Correios, Telégrafos, Telefones e Fiscalização das Indústrias Elétricas de 24 de maio de 1911, em que o Estado não tinha um papel intervencionista.

Com a Lei de Eletrificação do País de 1944, o Estado assumiu um papel ativo na organização e promoção da instalação de centrais produtoras, incluindo a obtenção do crédito e a isenção de direitos de importação. Manteve -se o sistema das concessões de utilidade pública. A partir de 1960, a condução da política da eletricidade coube ao Estado, diminuindo o papel dos municípios.

As nacionalizações de 1975 substituíram o clássico modelo das concessões de serviço público por um monopólio de uma empresa pública em regime de exclusivo.

Desde 1995, iniciou-se o processo de privatização e liberalização do setor. A favor desta solução, contaram: a forte convicção de que no setor da eletricidade e do gás natural é mais eficiente um sistema de concorrência do que um sistema de operador único; os exemplos norte-americano e dos países nórdicos; o modelo da “Escola de Chicago” adotado pelo Banco Mundial ; e a política da União Europeia do mercado elétrico único que exige a harmonização das várias legislações europeias tendo em vista a sustentabilidade energética e a diminuição da dependência energética externa.

Quanto a este breve excuro sobre a história da eletricidade em Portugal, podemos ainda considerar o seguinte:

- A introdução da eletricidade em Portugal não surgiu desfasada do resto da Europa. Por exemplo, na Gare du Nord Paris apenas em 1875 se instalou um gerador capaz de abastecer as lâmpadas da estação. Aliás, só em 1879, T. Edison demonstrou as possibilidades da lâmpada de incandescência que substituiu a iluminação tradicional de chama de azeite ou gás.
- O papel dos privados foi importante nos primórdios da eletricidade em Portugal, mas também a partir de 1944 com o Sistema Elétrico Nacional.
- A aposta nas energias renováveis já vem pelo menos desde 1944 com a opção pelos grandes sistemas hidroelétricos.

- O papel dos municípios foi importante como se vê no caso das Companhias Reunidas de Gás e Eletricidade de Lisboa.
- O gás desde o início se mostrou como um parceiro importante da eletricidade.
- A EDP como empresa monopolista resultou dum processo político de socialização. Porém, tal não foi inédito, pois, nos anos 60, mediante a fusão das várias empresas concessionárias de produção e transporte da rede elétrica primária surgiu a Companhia Portuguesa de Eletricidade.

No âmbito europeu, o primeiro pacote de liberalização incluiu a Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro que preconizou a separação contabilística e jurídica das atividades e o acesso de terceiros à rede. Em 2003, foi apresentado o segundo pacote europeu sobre o tema da energia que incluiu as preocupações ambientais, incentivou a utilização das fontes de energia renovável e do processo de cogeração, e o mercado transfronteiriço de produtos energéticos. O terceiro pacote europeu contemplou a separação de atividades, o incentivo à produção local, e a proteção dos clientes vulneráveis. Criou-se a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia e a Rede Europeia dos Operadores da Rede de Transporte de Eletricidade.

Quanto ao Sistema Elétrico Nacional, a produção de eletricidade pode ser em regime ordinário ou em regime especial. A produção em regime especial estimula o uso de energias renováveis e a cogeração com produção mista de calor e eletricidade. Segundo o art. 15.º do DL. nº 29/2006, a produção em regime ordinário é uma atividade livre, em concorrência, sujeita a uma licença da DGEG (Direção Geral de Energia e Geologia) que terá de considerar as regras do licenciamento ambiental, industrial e do regulamento das instalações elétricas. Esta licença deve ponderar para a sua atribuição a compatibilidade com os objetivos da política energética e ambiental. O Estado Incentivador interfere na atividade de produção de energia elétrica, através de medidas de regulação ou fiscais.

No Programa Nacional de Barragens de Elevado Potencial Hidroelétrico, o Estado definiu os locais da instalação das barragens, mas deixa à iniciativa dos interessados a construção de barragens. Os interessados podem tomar a iniciativa de construir barragens. Através de concurso atribuem-se concessões de uso da água.²

² TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia* cit. pp. 43ss, 70ss, 73ss. *Ambiente e Energia- Atas do Colóquio- FDUL-20 e 21 outubro 2010- coorden. de CARLA AMADO GOMES e TIAGO ANTUNES- Lisboa, 2011. Rui LANCEIRO, O Novo Regime Jurídico da Cogeração, p.229ss. A. LEITÃO AMARO, Regime Jurídico da Microprodução, p. 249ss. M. ASSIS RAIMUNDO, Eficiência Energética, Setor Imobiliário e Ambiente, p. 179ss.; CARLA AMADO GOMES, Os Biocombustíveis na União europeia:*

d) Energias Renováveis

Segundo o art. 3.º do DL.n.º 172/2006 als. ff) consideram-se energias renováveis: as energias eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica, oceânica, hídrica, biomassa, e gás de aterro e de estações de tratamento de águas residuais e biogás. Necessita-se de licença se a potência de ligação à rede for superior a 1 MVA, se a central se situar em espaço marítimo sob jurisdição/soberania estadual, etc. Os restantes casos seguem o regime da comunicação prévia. O operador que adquira licença de produção tem ainda de conseguir uma licença de exploração. Os operadores que fizeram a comunicação prévia devem requerer um certificado de exploração. Para o deferimento do pedido exige-se o respeito por critérios ambientais, técnicos, sociais, etc.

A produção de energia elétrica através de fontes renováveis é considerada de regime especial. O Estado Incentivador tem dado uma preferência clara à energias renováveis a nível do direito europeu da energia, mas as energias renováveis não formam um ramo especial autónomo do direito da energia em geral.

Segundo a Agência Internacional de Energia, na 1ª geração de energias renováveis incluem-se a hidroelétrica, a biomassa e a geotérmica, na 2ª geração contam-se a energia eólica, a solar fotovoltaica, o aquecimento solar, a biomassa na cogeração, biodiesel, etc. Na 3ª geração, incluem-se formas integradas de bioenergia, outros modos de sistemas geotérmicos, a concentração solar, e a energia dos oceanos. Segundo o direito da UE, a energia oriunda de fontes renováveis inclui a “energia proveniente de fontes não fósseis renováveis, isto é, a eólica, a solar, a aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica e oceânica, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, das instalações de tratamento de gases residuais e biogases”. A importância das fontes renováveis não consiste só na poupança e na eficiência energéticas. Também se busca a política ambiental da redução dos gases com efeito estufa, o cumprimento do Protocolo de Quioto sobre alterações climáticas, a segurança das reservas energéticas, a proteção do emprego, e o desenvolvimento tecnológico e social. Cada Estado-membro aprova um Plano Nacional de Ação para as

uma outra natureza da natureza, p. 103 ss. VIEIRA DE ANDRADE, *Distribuição pelos municípios de energia elétrica em baixa tensão*, Separata da Colectânea de Jurisprudência, tomo I, 1989, p. 17ss. AMARAL, CLÁUDIO, “Para uma análise do tema eletricidade”, *Ver. Revista da Associação dos Engenheiros Cívicos Portugueses*, CEM nº2.

Energias Renováveis a apresentar à Comissão. Conforme a este Plano, em 2020, 60% da energia elétrica produzida em Portugal deverá basear-se em fontes renováveis.

O regime das energias renováveis consta do DL.n.º189/88, de 27-5 e do DL. n.º 312/2001, de 10-12. As fontes renováveis prioritárias são a hídrica e a eólica por terem menores custos de produção. Porém, a respeito das FER criticam-se os elevados custos financeiros desta técnicas. Os produtores em regime especial têm o direito de vender a eletricidade por si produzida a um comercializador, havendo uma obrigação de compra pela rede pública. Até à data a utilização das energias renováveis, face aos elevados investimentos necessários, tem contribuído para o elevado preço final da energia comercializada. As energias renováveis gozam de uma discriminação positiva, porém, o direito europeu se aceita uma política pública de incentivos económicos por parte do Estado incentivador, também proíbe os subsídios disfarçados que vão criar ineficiências e insegurança energética a longo prazo. A questão da remuneração das energias renováveis interessa a todos os Estados-membros, por isso foi aprovado um sistema tarifário harmonizador europeu.

Quanto ao produtor de eletricidade em regime especial com base em fontes renováveis, nos termos dos arts. 33.º-D/2 e 33.º-E/1 do DL.n.º 172/2006 prevê-se dois regimes, o de licença de produção e a comunicação prévia. Esta última tem a ver com a desburocratização necessária do novo procedimento administrativo nacional e comunitário.

O mar é um reservatório imenso de energia: geotérmica, marés, ondas, correntes, algas, e como local de produção de energia eólica.

A produção de eletricidade a partir da energia das ondas consta do DL.n.º 5/2008, de 8-1. Por se tratar de domínio público marítimo, a ocupação privativa depende de contratos de concessão de exploração em regime de serviço público. A lei delimitou uma zona piloto atribuída em 2010 por concessão à Enondas, Energia das Ondas, S.A., a qual, numa segunda etapa, emitirá as licenças de instalação dos engenhos eletroprodutores que poderão adotar os seguintes modelos: demonstração de conceito, pré-comercial e comercial. O êxito do projeto depende da viabilidade económica e financeira, dado o seu elevado custo, da conexão da zona piloto a uma estação recetora terrestre, que por sua vez se ligará à rede nacional distribuidora. O regime remuneratório depende de portaria ministerial e de parecer prévio da ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), com respeito pelo critério do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. Portugal tem obtido algum sucesso na necessária reconversão energética. Comparando vários

indicadores como o nível de emissões de CO₂, de produção de energias renováveis e de promoção de eficiência energética, o país atingiu em 2009 (38.4%) e 2010 (41.2%) as metas estipuladas para 2020 de produção de energia com base em fontes renováveis. Espera-se que a aposta forte nas energias renováveis retome em força após se resolverem os atuais constrangimentos financeiros do país.

As ondas do mar geram energia cinética devido ao movimento da água e da sua altura, isto é, o movimento oscilatório das ondas. Quer na maré alta, quer na maré baixa gera-se energia elétrica, ora enchendo ou esvaziando o reservatório, com passagem pela turbina. Este método, até à data tem a desvantagem de não se assegurar o fornecimento contínuo e com o mesmo rendimento.

As marés permitem produzir energia, mediante a construção de uma barragem junto ao mar, que inclui uma turbina e um gerador. As águas do mar incidem numa turbina que aciona um gerador de eletricidade tal como sucede com a energia eólica. A tecnologia para exploração comercial é ainda insuficiente, de outro modo seria possível levar energia a um grande número de cidades costeiras. Há, porém, um inconveniente relacionado com a diferença de nível das marés ao longo do dia o que provoca irregularidades do fornecimento.³

A cogeração pode integrar-se no quadro das energias renováveis, e junta a produção de energia térmica, elétrica e/ou mecânica. O acesso a esta atividade depende de licença emitida pelo membro do Governo responsável ou pelo Diretor-Geral da Energia, a qual pondera em termos regulatórios, entre outros aspetos, o cumprimento das normas urbanísticas e ambientais, e a viabilidade económica.

³ E-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público- Energias renováveis em Portugal, Evolução e perspectivas, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 12.07.2015, Carla Amado Gomes, Raquel Franco, Diogo Calado, 10/25, 17/25ss, 23/25 s. AMADO GOMES, Carla, Ondas Renováveis: sobre o DL.5/2008, 8 janeiro, p. 399ss, Direito Administrativo do Mar, coorden. Rui Guerra Fonseca e M. Assis Raimundo, Almedina, 2014. TAVARES DA SILVA, Suzana, Direito da Energia cit., p. 99ss.; SARAIVA, RUTE, ALEIXO, NUNO, Energia e Desenvolvimento Sustentado. O caso das energias renováveis e da eólica em especial em Portugal, in Cadernos O Direito, nº 3, 2008, p. 215 ss. ABECASIS, Duarte, VILHENA DE FREITAS, L., E-pública, Revista Eletrónica de Direito Público, nº1, 2014, Inconstitucionalidade e Ilegalidade da aplicação da portaria nº 243/2013, 2 agosto aos centros electroprodutores em regime especial sujeitos a regimes de remuneração garantida anteriores ao DL.215-B/2012.

3. O Desenvolvimento Do Direito Da Energia Em Portugal

As normas jurídicas do direito da energia vêm desde o Estado Novo, porém, só recentemente se pode falar da autonomização do direito da energia com a desregulamentação.

O Decreto nº 47 973 de 1967 regulou a prospeção, pesquisa e exploração de petróleo em Portugal e as concessões de pesquisa e exploração do petróleo na plataforma continental metropolitana. A Lei nº 1947 de 12 de fevereiro de 1937 tratava da importação e depósito de petróleos brutos, prevendo a constituição obrigatória de reservas. Adotava-se um regime de protecionismo económico às indústrias nacionais de refinaria.

Quanto à eletricidade, a Lei nº 2002, de 2-12-1944 estabeleceu várias concessões de infraestruturas elétricas, e o reconhecimento da utilidade pública das instalações. Tentou-se articular os meios já instalados de carácter municipal ou privado tendo em vista organizar um serviço público de eletricidade.

O gás natural foi regulado pelo DL.nº 237/89, de 25-10 na forma de concessão de serviço público.

A Revolução do 25 de abril procedeu à nacionalização das empresas energéticas devido à sua importância central para a economia através do DL. n.º 205-A/75, de 16 de abril. As empresas do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia elétrica foram nacionalizadas pelo DL.n.º 205-G/75, em regime de serviço público de direito administrativo.

Nesta fase, deparamo-nos com um sistema de "direito administrativo da energia", isto é, a partir essencialmente de 1975. A perspectiva vai alterar-se em parte após a revisão constitucional de 1982, em que o art. 81.º m. CRP considera prioritariamente incumbência do Estado adotar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico e a cooperação internacional.

A ideia de preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, e da cooperação internacional vai fomentar a conceção autonomizadora do "direito da energia".

A base para o mercado interno europeu de energia foi lançada no "Livro Branco sobre o Mercado Interno", de 1985, que visava neste campo terminar com os "monopólios naturais de natureza comercial". Porém, havia constrangimentos para acabar com os monopólios naturais no caso da eletricidade e do gás natural. A oportunidade para acabar

com os monopólios naturais vai surgir após o Tratado de Maastricht, em 1992, que previu a necessidade de redes transeuropeias, o que deu possibilidade ao surgimento de condições financeiras favoráveis para a criação das infraestruturas necessárias e as ligações transfronteiriças.

A política energética tornou-se europeia, sendo emanados três pacotes. Após a Diretiva 9/92/CE, de 19-12, separou-se da EDP a REN, empresa de capitais públicos, que ficou concessionária da rede de transporte de eletricidade. O segundo pacote foi marcado pelas preocupações ambientais, após as Conferências do Rio em 1992 e de Quioto em 1997, e pela escassez relativa das fontes primárias apontando-se para a promoção das fontes de energias renováveis, e para a utilização de biocombustíveis nos transportes. O terceiro pacote, que incluiu a Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, contém medidas de apoio à produção local e aos clientes vulneráveis. Os Estados-membros têm autonomia para aprovar as respetivas estratégias energéticas desde que conformes com as orientações das diretivas, podendo optar por posições pró ou contra a energia nuclear.

Foi aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24-10, a primeira estratégia nacional para a energia (ENE 2005). Apostava na liberalização dos mercados da eletricidade, do gás e dos combustíveis. A autoridade reguladora no caso da eletricidade e do gás natural é a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), mas nos combustíveis confiou-se a regulação à Autoridade da Concorrência. A meta nacional para 2010 quanto à utilização de energias renováveis foi de 39%. Deu-se preferência às vertentes hídrica e eólica por apresentarem menores custos de produção. Adotou-se uma política de eficiência energética.

A ENE 2020 contém as metas de 60% para a produção e de 31% do consumo de energia de FER (fontes de energia renovável), a diminuição em 25% do saldo importador de energia, e a instalação de um *cluster* energético no setor das renováveis. Em outros aspetos, continuou-se a orientação da ENE 2005, quanto à garantia da concorrência dos mercados, do incremento das renováveis e da eficiência energética.

A ideia de proteção dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico, a ligação do clima às energias renováveis, o mercado interno europeu de energia, a liberalização dos mercados, e a concorrência no mercado aberto da energia nacional e europeu permitem fundamentar a autonomização jurídica do “direito da energia”, superando-se deste modo a situação anterior dum “mero direito administrativo da energia como direito administrativo especial”. Parece-nos que não se deve confundir “direito administrativo da energia” e “direito da energia”, possuindo este um âmbito mais alargado. O direito

administrativo geral ou especial têm uma matriz identificativa garantística dos direitos dos particulares e de legitimação do poder administrativo, que poderá sair prejudicada pela multiplicação contínua dos setores especiais. Convém moderar a orientação de que “o direito administrativo é um ramo de direito expansivo e colonizador de todas as restantes disciplinas da ciência jurídica, mostrando uma intrínseca vocação imperialista”. Se num certo sentido esta afirmação é correta, porém se se compreende o intercâmbio direito privado-direito público, não se aceita a entrada direta desta dicotomia no plano museológico.⁴

4. Disciplinas Relacionadas com o Direito Da Energia

O direito da energia tem relações próximas com outros âmbitos normativos, porém, mantém especificidades, sendo autónomo, perante esses outros âmbitos. Ao direito da energia podem aplicar-se como direito comum algumas normas e regimes desses indicados âmbitos. O direito da energia não é apenas “direito administrativo especial” compreendido segundo uma dogmática jurídica tradicional, mas um setor normativo mais amplo. *O direito da energia é o conjunto das normas jurídicas relativas ao mercado e ao consumo em segurança da energia pelos cidadãos e empresas*, pelo que o seu objeto não se confunde, apesar dos pontos de intercâmbio, com os seguintes âmbitos normativos:⁵

⁴ *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Coord. Paulo Otero, Pedro Gonçalves, vol.IV, 2010, p. 5ss. TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito da Energia* cit., p. 30ss.

⁵ ZAMBONINO PULITO, María, *Manual de Derecho Administrativo Marítimo*, Cádiz, 2008, p. 3 ss.; AMADO GOMES, Carla e ANTUNES, TIAGO, “O Ambiente no Tratado de Lisboa, Uma relação sustentada”, in: *Textos Dispersos do Direito do Ambiente*, III, Lisboa, 2010, p. 355ss. F. LOUREIRO BASTOS, *O direito internacional do mar e os poderes dos Estados costeiros*, p. 15ss e M. ASSIS RAIMUNDO, “Título de utilização e exploração do domínio público marítimo”, p. 119ss, in: *Direito Administrativo do Mar*, ob.cit.; ALVES CORREIA, Fernando, *Manual de Direito do Urbanismo*, Almedina, 4ª ed. 2012, p. 51ss. ANTUNES, Luis Filipe Colaço, *Direito Público da Ambiente*, Almedina, 2008, p. 84ss.; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, *Direito Constitucional e Administrativo da Ambiente*, 2ª ed. Almedina, 2007, p. 43ss.; PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Verde Cor de Direito*, Almedina, 2003, p. 55ss.; SANTOS, A. Carlos, GONÇALVES, M. Eduarda, LEITÃO MARQUES, M. Manuel, 2011, Almedina, p. 9ss.

a) O direito administrativo geral tem como tarefa a proteção jurídica dos cidadãos em geral perante as medidas, normas e planos da Administração pública, e a proteção da igualdade, proporcionalidade, previsibilidade, o afastamento do arbítrio e da corrupção, e o controlo jurídico da atividade administrativa.

b) O direito do ambiente é a disciplina jurídica de proteção imediata do ambiente natural e humano, o que inclui a fauna, a flora, o combate à poluição das águas, do solo e do ar, etc.

c) O direito do ordenamento do território tem relações estreitas com o direito do urbanismo, podendo-se afirmar que o segundo tem mais uma expressão local da organização racional das cidades, ao passo que o primeiro se destina à ocupação e utilização do solo a nível regional e nacional.

d) O direito do urbanismo, quer seja um ramo autónomo do direito, quer seja apenas direito administrativo especial, é o conjunto de normas jurídicas relativas à ocupação, transformação e utilização dos solos para fins urbanísticos, isto é, fins diferentes da utilização agrícola, florestal, etc.

e) O direito do mar é o conjunto de normas jurídicas cujo objeto imediato é o mar, nos aspetos da navegação, segurança do trânsito, pesca e outras atividades económicas, etc. Num estudo dos recursos energéticos de fonte marítima interessam primordialmente o direito internacional do mar e o direito europeu do mar, como a seu tempo veremos, isto é, normalmente o direito da energia vai utilizar regimes jurídicos e conceitos de outras disciplinas jurídicas.

f) O direito administrativo do mar é direito administrativo especial que inclui os seguintes âmbitos: regime do domínio público marítimo-terrestre, a utilização das zonas costeiras e do domínio público marítimo-terrestre, o regime portuário, as autoridades portuárias, os serviços portuários, regime das instalações náuticas, regime da marinha mercante, a administração marítima, a segurança marítima, a prevenção da poluição, o controlo do transporte marítimo, as comunicações marítimas, o regime sancionador, e a proteção ambiental do mar.

5. Método Multidisciplinar

O levantamento das questões jurídicas sobre os recursos energéticos do mar exige uma abordagem pluridisciplinar, sendo de considerar o direito administrativo, o direito do mar e o direito do ambiente e ordenamento do território:⁶

a) O direito administrativo

A produção da energia das ondas no *inshore*, no *nearshore*, ou no *offshore* segue um regime de direito administrativo sem grandes especificidades face ao direito administrativo geral. Podia-se aplicar vários modelos como a administração direta, o contrato de prestação de serviços, etc. Como as atividades se situam em zona de domínio público marítimo, seja a localização em mar territorial ou na orla costeira, adotou-se o contrato de concessão de uso exclusivo de domínio público. As instalações diversas da de S. Pedro de Moel, em *nearshore* ou *offshore* seguem o regime especial da produção de eletricidade- DL. 172/2006, de 23-10 e DL. 215-B/2012 DE 8-10. O art. 11.º do RJEO - DL n.º 5/2008, de 8 de janeiro (produção de energia elétrica a partir da energia das ondas do mar) enumera as competências da entidade gestora e na cláusula 12ª do contrato de concessão, entre as quais as competências de licenciamento de instalações na zona piloto, de propor as tarifas a fixar ao membro do Governo competente, de definir as servidões e expropriações necessárias às infraestruturas de apoio da zona piloto, de controlar a atividade dos promotores licenciados para a zona piloto, etc. A concessionária como entidade gestora emana o regulamento de acesso à zona piloto. O RJEO configura três modelos de produção de energia: demonstração de conceito, pré-comercial e comercial (art.21º). O promotor deve solicitar licença de estabelecimento e licença de exploração à entidade gestora (art. 22º do RJEO). Os promotores de projetos pagam anualmente uma renda à entidade gestora. O prazo máximo das licenças de exploração é de 5 anos,

⁶ VILHENA DE FREITAS, L., *Direito Administrativo da Energia, Introdução*, Lisboa, 2013, p. 76ss. DL.nº 38/2015, 12 março, Bases da Política do Ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo Nacional. Lei 17/2014, 10 abril, Bases da Política do ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo Nacional. Resolução do Conselho de Ministros nº 12/2014, 12 fevereiro, Estratégia Nacional para o Mar, 2013-2020. II Fórum Marítimo do Eixo Atlântico, A maritimidade, uma abordagem territorial, Almodovar, Margarida- A maritimidade como estratégia de competitividade sustentável. Debate Mar Português: Contributo para o Ordenamento Espacial, 16 janeiro 2015- FSCH-UNL, Lisboa, FERREIRA,M.A., CALADO,H., PEREIRA DA SILVA,C.. CHILÃO, J. Góis, A construção da maritimidade portuguesa no limiar do séc. XXI, I Congresso Internacional do Observare, 18 novembro, 2011, UAL. ALVES CORREIA, Fernando, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Estudo sobre os Regimes Jurídicos das Zonas Costeiras da RA dos Açores”, CEDOUA, Coimbra 2014.PACHECO DE AMORIM, João, *Direito Administrativo da Economia*, Almedina, 2014, p. 221ss.

prorrogável até sete nas explorações em regime de demonstração de conceito, e de 25 anos para as outras explorações, prorrogável por mais 10 anos (art. 25º do RJEO). Apenas se exige às explorações em regime comercial o requisito do concurso de licenciamento da instalação-exploração (art. 30º do RJEO). Para o estabelecimento ser licenciado os interessados acompanham o requerimento de um estudo de incidências ambientais que terá de obter decisão favorável ou favorável com condições (art. 29º do RJEO).

b)O direito internacional do mar

A instalação das estruturas à superfície do mar e dos cabos submarinos de condução da energia produzida para a instalação de recepção terrestre são objeto de atenção pela Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (CNUDM). A situação diverge consoante se trate de mar territorial ou da zona económica exclusiva. No mar territorial, o Estado costeiro exerce poderes de soberania, considerando-se o domínio público marítimo. Vd. arts. 84º1.a) CRP e 2º1 da CNUDM. O estado costeiro pode não permitir a instalação de equipamentos no mar territorial, mesmo os destinados a investigação científica. Os navios que se ocupem de investigação científica, não se considera que estejam a praticar o direito de passagem inofensiva. A instalação de cabos submarinos sujeita-se a autorização do Estado costeiro. Vd. arts. 19º2.j., e 79º4 da CNUDM.

Na zona económica exclusiva, os poderes de soberania diminuem. Distingue-se entre os direitos de soberania do Estado costeiro para a utilização energética da água, correntes e ventos, e os meros poderes de jurisdição do Estado costeiro quanto às instalações ou estruturas. O Estado costeiro exerce o direito exclusivo de construir e regulamentar a construção de estruturas. Quanto a cabos e ductos submarinos, reconhece-se liberdade a Estados terceiros de colocação desses cabos na zona económica exclusiva, sem prejuízo da liberdade de navegação. O Estado costeiro mantém o poder de fixar o traçado dos cabos e tem o dever de acautelar a boa utilização de cabos pré-existentes. A investigação científica marinha para fins pacíficos, como é o caso das energias renováveis, é estimulada, tendo neste aspeto o Estado costeiro um espaço de livre apreciação mais reduzido se desejar eventualmente opor-se a algum projeto de investigação científica. Vd. arts. 56º, 58º1, 60º1,79º3, 246º3 da CNUDM.

c) O direito do ambiente e o direito do ordenamento do território

É importante o relacionamento direito do ambiente - direito da energia. Um caso de energia limpa quanto a emissões de CO2 é a energia das ondas. Porém, as instalações no mar produtoras de energia produzem ruído e sombra, o que pode alterar os *habitats* piscícolas ou a flora e a atividade piscatória em geral. O ambiente marítimo deve ser

acautelado pelos Estados. Ver art. 66º2.a. da CRP. Art. 3ºc. da Lei de Bases do Ambiente. Art. 191º2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Parte XII da CNUDM, art. 192º. Deve proceder-se à avaliação dos impactos ambientais na zona piloto que tem de coincidir com um espaço de muito bom potencial energético das ondas, e também fazer a avaliação da instalação das estruturas e engenhos previstas pelos promotores dos projetos. Os arts. 32º e 33º do RJEIO preveem a avaliação dos impactos ambientais. Se para além dos impactos, ocorrerem danos ambientais ou ecológicos pode aplicar-se o DL.nº 147/2008, de 29-7. Prevê-se a necessária reconstituição da situação anterior à verificação dos danos e a proteção de todos os lesados no caso de colisão ou interferência de atividades, como a pesca, o turismo ou o desporto. O art. 45º do RJEIO responsabiliza os promotores dos projetos que têm a licença de estabelecimento e não a entidade gestora da zona piloto. Conforme as circunstâncias, poderá existir responsabilidade solidária da concessionária e do promotor por motivo da cláusula 16ª do contrato de concessão, segundo a qual a concessionária cobre “integral e exclusivamente todos os riscos inerentes à concessão no âmbito das respetivas atribuições”.⁷

6. Considerações Finais

I Objetivos do Direito da Energia

Os objetivos atuais do direito da energia constam da estratégia nacional para a energia (ENE 2020)- Vd. Resolução do Conselho de Ministros nº 29/2010, 15 abril. O art. 82.º m) da CRP prevê uma política nacional de energia, o que não significa que tenha de ser exclusivamente estatal, no quadro duma cooperação internacional, e que preserve os recursos naturais e o equilíbrio ecológico.

O direito da energia visa permitir o bem-estar dos cidadãos, no que concerne o abastecimento da energia a preços sociais razoáveis. A energia é condição do bem-estar social das populações.

O direito da energia tem em vista assegurar o desenvolvimento económico do país, num plano de cooperação internacional e europeia crescente. Num momento em que a economia do bem-estar ainda depende bastante de fontes não renováveis de energia fóssil, o objetivo é diversificar para outras fontes.

⁷ AMADO GOMES, Carla, *Direito Administrativo do Mar*, coord., ob.cit., pp. 406ss, 408ss, 414ss, 418ss, 420ss.

Face às deficiências do mercado, a tarefa é assegurar a regulação do mercado. O Estado não produz energia através de serviços públicos monopolistas. O Estado-garantia, deixa de assegurar diretamente a produção da energia através de empresas públicas monopolistas, e passa a ser considerado como Estado-garantia do funcionamento eficiente do mercado competitivo e liberalizado, no quadro duma economia social de mercado, sem a vertente duma economia socialista dirigente e intervencionista no mercado. O mercado é organizado na base de serviços de interesse económico geral, onde não é relevante se a gestão é pública ou privatizada, abandonando-se a ideia dos clássicos serviços públicos estaduais de carácter monopolista. Neste ponto da intervenção reguladora do “Estado-garantia” situa-se, hoje, o aspeto central do “direito administrativo da energia”.

Sendo Portugal tão deficitário em termos de produção de energia de fonte fóssil, o direito da energia regula o mercado tendo em vista o abastecimento seguro de produtos energéticos primários, com o sentido dum maior equilíbrio da balança comercial energética, e dum posicionamento geoestratégico protetor da soberania nacional no quadro da União Europeia.

O direito da energia articula as vertentes do bem-estar dos cidadãos, com preferência pelo consumo de energia limpa e a preço razoável, do desenvolvimento económico, do mercado competitivo da energia, da proteção do ambiente e do clima. Não pode haver “Estado-ambiental” sem a sustentabilidade económica e ambiental que aposte nas energias renováveis, na eficiência energética, através, por exemplo, da venda de licenças CO₂ e da mobilidade elétrica, etc. O direito da energia regula normativamente um mercado energético seguro em termos de abastecimento, um mercado competitivo, eficiente e transparente, no sentido alargado do mercado ibérico e europeu. Um regime energético a preço justo e amigo dos consumidores e do ambiente. A desregulação deve favorecer a concorrência do mercado para se obter uma energia abundante e a preço competitivo, sendo importante haver concorrência desde a produção até ao consumo.

Não existe apenas o “direito da energia”, mas também o “direito à energia” como direito fundamental do tipo dos direitos económicos, sociais e culturais, Título III CRP. O direito à energia é corretivo das capacidades económicas individuais, condiciona aspetos essenciais da vida das pessoas como o direito a uma habitação digna e a qualidade da alimentação, e pode diminuir o fosso entre populações e regiões ricas e pobres. O direito da energia tem uma vertente económica e social. Um modelo assente em fontes renováveis permite a descentralização da produção e do abastecimento e o acesso

generalizado dos cidadãos a essas fontes renováveis, sendo um sistema que não se baseia na distribuição e produção por grandes empresas, e certamente diminuirá as rivalidades geoestratégicas entre Estados.⁸

II Autonomização Relativa do Direito Da Energia

O direito da energia ganhou relevância com a desregulamentação e é um instrumento da política económica. Este direito possui uma certa unidade jurídico-sistemática. É uma matéria jurídica complexa composta por normas de direito público e direito privado que se estende por várias matérias como o direito do ambiente, o direito económico do mercado energético, o direito da concorrência, o direito dos consumidores, etc., podendo considerar-se um direito transversal. Julga-se que a autonomização relativa do direito da energia não tem um carácter essencialmente diferente dos casos do direito do ordenamento do território e do urbanismo, do direito do ambiente, do direito do *e-government*, do direito do petróleo, ou do direito dos resíduos, etc.⁹

Aspetos peculiares do direito da energia são: - A conexão com os progressos tecnológicos permanentes (ex. a mobilidade elétrica), o condicionamento da economia pela política energética (se o preço da energia for maior em Portugal do que em Espanha, as nossas empresas têm desvantagens competitivas nos investimentos), a participação de todos na definição da política nacional de energia, a dimensão europeia e do direito global, e a relevância de princípios como o da *prevenção* (diante dos riscos da dependência de fontes de origem fóssil ou da opção nuclear) e o princípio da *precaução* (disponibilidade permanente de fontes energéticas abundantes, de preferência renováveis, num mercado transparente). O direito da energia não é apenas um direito de “políticas públicas energéticas” orientado pela ideia de *governance* desligada do critério da

⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito da Energia* cit., pp. 17,18,19. Resolução CM nº 20/2013, 10 abril, Plano Nacional Ação para a Eficiência Energética e Plano Nacional Ação para as Energias Renováveis. TORCHIA, Luisa, *Lezioni di Diritto Amministrativo Progredito*, il Mulino, Bologna, 2010, 97ss, 127ss. MORRIS, Ian, *O Domínio do Ocidente*, Bertrand, 2014, p.612.

⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 39ss, e *Direito da Energia*, cit. p. 26ss. CABRAL DE MONCADA, Luis S., *Direito Económico*, 6ª ed. Coimbra Editora, 2012, p. 15s. EKARAT, Felix, VALENTIN, Florian, *Das Neue Energierecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014. HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN-VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2ª Auf., 2012, p. 15s.

legalidade, pelo contrário, julga-se que a regulação dum mercado competitivo e transparente exige os princípios da legalidade e juridicidade, a qual abrange as normas de direito europeu e do direito global.

Não se trata apenas de direito administrativo da energia, centrado no regime da intervenção pública no setor energético, mas do direito da energia pluridisciplinar de direito público e de direito privado. O direito da energia é um direito administrativo, mas também é um direito económico regulador do mercado energético. O direito da energia inclui-se no âmbito da “nova ciência do direito administrativo” em que a perspectiva da “direção” através do direito completa o ponto de vista dogmático do método jurídico. O direito da energia alargou a sua perspectiva às disciplinas afins do direito administrativo, e não se basta com uma teoria do ato jurídico, mas completa-a com um ponto de vista de efeitos e consequências sociais e económicas.

Igualmente em termos de direito comparado, face ao desenvolvimento do “Energy Law”, do “Energierecht”, do “droit de l’énergie”, do “derecho de la energía, e do “International Energy Law”, não se pode duvidar da autonomia científica e pedagógica do direito da energia. Porém, não se trata dum novo ramo de direito autónomo, por exemplo, como o direito fiscal ou o direito do trabalho, porque utiliza as regras e princípios do direito administrativo geral, do direito do ambiente, do direito económico, do direito comercial, etc, sem uma suficiente particularização.