

**“UNS SÃO FILHOS, OUTROS SÃO ENTEADOS”
SOBRE A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE
DO REGIME DO AUTO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA
DO DECRETO-LEI N.º 162/2019 DE 25 DE OUTUBRO**

Gustavo Rochette • Manuel Santiago

www.cedipre.fd.uc.pt

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**“UNS SÃO FILHOS, OUTROS SÃO ENTEADOS”
SOBRE A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE
DO REGIME DO AUTO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA
DO DECRETO-LEI N.º 162/2019 DE 25 DE OUTUBRO**

Gustavo Rochette · Manuel Santiago



| | |
|------------------------|---|
| TÍTULO | “Uns são filhos, outros são enteados” Sobre a eventual inconstitucionalidade do regime do auto consumo de energia elétrica do Decreto-lei n.º 162/2019 de 25 de outubro |
| AUTOR(ES) | Gustavo Rochette • Manuel Santiago |
| IMAGEM DA CAPA | Coimbra Editora |
| COMPOSIÇÃO GRÁFICA | Ana Paula Silva |
| EDIÇÃO | CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt |
| PARA CITAR ESTE ESTUDO | “Uns são filhos, outros são enteados” Sobre a eventual inconstitucionalidade do regime do auto consumo de energia elétrica do Decreto-lei n.º 162/2019 de 25 de outubro, Publicações, CEDIPRE Online — 41, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, junho de 2021 |

“UNS SÃO FILHOS, OUTROS SÃO ENTEADOS”

SOBRE A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DO AUTOCONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA DO DECRETO-LEI N.º 162/2019 DE 25 DE OUTUBRO

Resumo: O autoconsumo de energia elétrica não é novidade na ordem jurídica europeia. As decisões de promoção do autoconsumo nacionais e europeias têm sido sustentadas pela redução dos preços para a produção de energias renováveis, sendo dirigidas à alteração do comportamento dos consumidores finais de energia. Neste sentido, o Governo Português publicou o Decreto-Lei n.º 162/2019, de 25 de outubro, com o qual conta impulsionar o desenvolvimento do autoconsumo em Portugal. Esta intenção implica que abordagens diferentes sejam pensadas para acesso ao autoconsumo, proporcionando acesso a todos os cidadãos. Porém, o regime proposto pelo legislador nacional, apenas garante o direito ao acesso a esta figura jurídica a alguns cidadãos. O presente artigo pretende dar nota de situações não consideradas pelo legislador português no referido decreto-lei e levantar algumas dúvidas constitucionais consequentes dessas omissões.

Palavras-chave: Autoconsumo – Energias Renováveis – Comunidades de Energia Renovável – Consumidores Economicamente Vulneráveis – Arrendamento – Princípio da Igualdade.

I. Introdução¹

O autoconsumo de energia elétrica, cujo regime jurídico foi revisitado no recentemente publicado Decreto-Lei n.º 162/2019, de 25 de outubro (doravante, "Decreto-Lei 162/2019") destina-se a promover a produção descentralizada de eletricidade a partir de fontes renováveis,² transformando o consumidor final num *prosumer*,³ ao dar-lhe o papel central em todo o processo de produção de eletricidade. Esta figura implica a utilização da energia produzida pelo próprio consumidor.

Embora já tenha sido legislado no passado,⁴ o regime jurídico do autoconsumo de energia foi recentemente atualizado em virtude da publicação da Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis (doravante, "Diretiva 2018/2001"), cujos objetivos são maioritariamente "assegurar a segurança do aprovisionamento

¹ As opiniões expressas no presente artigo são da exclusiva responsabilidade dos seus autores, não vinculando as suas entidades empregadoras. Os autores gostariam de agradecer à Dra. Marta Nunes Vicente pelos comentários e correções realizadas ao presente texto.

² O regime anterior mantém-se aplicável para a produção descentralizada de eletricidade a partir de fontes não renováveis *já existentes*, assim como para as instalações de produção de eletricidade produzida a partir fontes renováveis para autoconsumo, quando os seus titulares tenham celebrado um contrato com o Comercializador de Último Recurso (*vide* n.º 1 e 3 do artigo 29.º do Decreto-Lei 162/2019). No primeiro caso, o legislador optou por não rever as regras para os autoconsumidores de energia não renovável em funcionamento, mas não há qualquer menção a regras aplicáveis a futuras unidades de autoconsumo de energia *não renovável*. Embora se entenda que a expectativa do legislador seja a do desaparecimento deste tipo de autoconsumidores, a verdade é que o vazio legal pode criar dúvidas no futuro.

³ De acordo com Sharon Jacobs, um *prosumer* é um "consumidor no sentido tradicional e passivo, que também gera bens e serviços para venda no mercado energético." In Sharon B. JACOBS, "The Energy Prosumer", in *Ecology Law Quarterly*, 2016, n.º 43, p. 519. Por outro lado, a Comissão Europeia, num estudo de 2017, sugere uma definição limitada à produção: "consumidores de energia que também produzem a sua própria energia através de uma gama de diferentes geradores locais." In GfK Belgium Consortium, Study on "Residential Prosumers in the European Energy Union" JUST/2015/CONS/FW/C006/0127 Framework Contract EAHC/2013/CP/04, 2017, disponível em https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/study-residential-prosumers-energy-union_en.pdf.

⁴ Decreto-Lei n.º 153/2013, de 20 de outubro.

energético da União⁵ e combater as alterações climáticas.⁶

O autoconsumo de energia é assim uma aposta do Estado Português para a descarbonização e transição energética no país. Porém, em virtude da forma como foi construído o âmbito de aplicação do Decreto-Lei 162/2019, notamos duas lacunas relevantes para o desenvolvimento das atividades de autoconsumo no sector energético nacional e que levantam dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

Da seção II do presente artigo constará uma análise do regime e dos âmbitos de aplicação possíveis do Decreto-Lei 162/2019. A seção III desenvolverá as lacunas encontradas pelos autores e a seção IV discorrerá sobre eventual inconstitucionalidade dessas lacunas.

II. O novo regime do autoconsumo de energia elétrica do Decreto-lei 162/2019

O autoconsumo de energia é definido como "o consumo assegurado por energia elétrica produzida por Unidades de Produção de Autoconsumo (UPAC) e realizado por um ou mais autoconsumidores de energia renovável." Existe, por isso uma *obrigação* de constituição de uma UPAC para autoconsumir energia, independentemente da potência instalada.⁷

Estas consistem em unidades de produção para autoconsumo em que a fonte primária é a energia renovável⁸ associada a instalações elétricas de utilização ("IU"), cujo fim é primordialmente "a satisfação de necessidades próprias de abastecimento de energia elétrica."⁹ Estas podem ser detidas ou geridas por entidades terceiras do autoconsumidor, desde

⁵ Cfr. Alínea b) do n.º 1 do artigo 194.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante, "TFUE"). O mesmo é referido nos parágrafos 3 e 65 do preâmbulo do Decreto-Lei 162/2019.

⁶ Cfr. Alínea d) do n.º 1 do artigo 191.º do TFUE.

⁷ Cfr Artigo 3º do Decreto-lei 162/2019. Embora o legislador não estabeleça qualquer limite à instalação de unidades de produção para autoconsumo, este artigo determina que, consoante a potência instalada, as UPAC podem ficar sujeitos a diferentes níveis controlos administrativos.

⁸ O Regulamento n.º 373/2021, de 5 de maio, da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (doravante, "ERSE"), relativo ao do Autoconsumo de Energia Elétrica, equipara instalações para armazenamento de energia passassem a UPAC. Estas disposições não são contrárias ao requisito de a fonte primária ser energia renovável nem a apreciação incluída na nota 10 *infra*, já que a energia não perde a sua origem renovável, sendo a sua utilização apenas *diferida* para momento posterior, mantendo-se a origem da fonte primária.

⁹ Vide Alínea cc) do artigo 2º do Decreto-lei 162/2019.

que os terceiros não sejam considerados autoconsumidores de energia e a IU continue sujeita às instruções do autoconsumidor.¹⁰

Destas duas definições fica evidente a ideia de exclusão das fontes de energia *não renovável* do âmbito de aplicação do autoconsumo de energia, a qual foi uma escolha tanto de âmbito nacional como europeu.¹¹ Embora se entenda a escolha em virtude dos ambiciosos objetivos de neutralidade carbónica de Portugal e da União Europeia, sem medidas de promoção de energias renováveis e mecanismos de apoio financeiro direcionados para quem mais precisa, esta opção pode levantar problemas tanto de segurança de abastecimento,¹² como de igualdade no acesso a estas tecnologias por consumidores economicamente mais vulneráveis.¹³

a. Tipos de autoconsumo

O legislador (europeu como nacional) criou três figuras de autoconsumidores, com características distintas.

i. Autoconsumidor individual

A primeira figura, chamada de autoconsumidor individual, consiste num “consumidor final que produz energia renovável para consumo próprio, nas suas instalações situadas no território nacional, e que pode armazenar ou vender eletricidade com origem renovável de produção própria, desde que, para os autoconsumidores de energia renovável não-domésticos, essas atividades não constituam a sua principal atividade comercial ou profissional.”¹⁴

¹⁰ Cfr. Alínea cc) do artigo 2.º do Decreto-lei 162/2019.

¹¹ Entende-se que apenas podem ser tomados em conta, para o âmbito da Diretiva (UE) 2018/2001 e do Decreto-Lei 162/2019 aqueles autoconsumidores cujas fontes de produção de energia estejam incluídas na definição de “Energia Renovável” constante do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2018/2001 e da alínea q) do Decreto-Lei 162/2019 (i.e. “energia eólica, solar (térmica e fotovoltaica) e geotérmica, energia ambiente, das marés, das ondas e outras formas de energia oceânica, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de águas residuais, e biogás”). Esta limitação pode colocar em causa a utilização de *novas tecnologias* de energia renovável que possam eventualmente surgir durante a vigência desta legislação.

¹² Cfr. Alínea b) do n.º 1 do artigo 194.º do TFUE.

¹³ Vide Artigo 8.º do TFUE e artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, “CRP”).

¹⁴ Cfr. Alínea e) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019.

É possível identificar três elementos constitutivos da noção de autoconsumo individual: 1) é *sempre* um consumidor final; 2) produz eletricidade *renovável* para consumo próprio;¹⁵ 3) pode armazenar¹⁶ ou vender a eletricidade por si produzida.¹⁷ Acresce ainda, no caso de autoconsumidores não-domésticos (*i.e.* pessoas coletivas), o requisito impeditivo de esta atividade *não ser* a principal atividade comercial ou profissional. Se assim fosse, enquadrar-se-ia como exercício da atividade de produção de energia elétrica, com requisitos e obrigações distintas do autoconsumo de energia.¹⁸

A estas entidades (assim como aos restantes autoconsumidores) é permitido vender a eletricidade não consumida através dos instrumentos de mercado energético existentes,¹⁹ tais como contratos de aquisição de eletricidade,²⁰ comercializadores de eletricidade²¹ ou regimes de comercialização entre pares.²²

¹⁵ Ver também alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei 162/2019.

¹⁶ *Vide* nota n.º 7. Embora só agora esteja a ser desenvolvida pela ERSE, esta hipótese encontra-se prevista no Decreto-Lei 162/2019 desde a sua publicação.

¹⁷ Ver também alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei 162/2019.

¹⁸ Sobre os requisitos e obrigações para acesso à atividade de produção de energia elétrica, *vide* artigos 4.º a 27.º-A (regime geral) e 27.º-B a 27.º-D (para os casos de produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, baseadas em uma só tecnologia de produção, com capacidade até 1MW e destinada à venda total de energia à rede) do Decreto-Lei 172/2006, de 23 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei 76/2019, de 3 de junho (doravante, "Decreto-Lei 172/2006").

¹⁹ *Cfr.* Alínea d) do artigo 7.º do Decreto-Lei 162/2019.

²⁰ Um *contrato de aquisição de eletricidade* consiste num "contrato por força do qual uma pessoa singular ou coletiva se compromete a adquirir eletricidade renovável diretamente a um produtor" (alínea k) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019).

²¹ Um *comercializador* é uma "entidade registada para a comercialização de eletricidade [nos termos dos artigos 45.º, 46.º e 47.º do Decreto-Lei 162/2019], cuja atividade consiste na compra a grosso e na venda a grosso e a retalho de eletricidade" (alínea i) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019). Este também pode ser um *facilitador de mercado*, ou seja, um "comercializador que estiver sujeito à obrigação de aquisição da energia produzida pelos produtores em regime especial com remuneração de mercado" (alínea r) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019; de acordo com o n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei 29/2006, de 15 de fevereiro, na versão dada pelo Decreto-Lei 78/2015, de 27 de agosto, a "produção de eletricidade em regime especial [consiste na] atividade licenciada ao abrigo de regimes jurídicos especiais, no âmbito da adoção de políticas destinadas a incentivar a produção de eletricidade", como é o caso do autoconsumo de eletricidade).

²² A *comercialização entre pares* consiste na "venda de energia renovável entre participantes no mercado mediante um contrato com condições predeterminadas que regem a execução e liquidação automatizadas da transação diretamente entre os participantes no mercado ou indiretamente por intermédio de um terceiro participan-

Considerando a possibilidade de venda da eletricidade remanescente e as conseqüentes relações comerciais dos autoconsumidores, cumpre-nos fazer uma curta apreciação da aplicabilidade da contribuição extraordinária sobre o setor energético²³ ("CESE") ao autoconsumo de energia. Através desta taxa o Governo português pretendeu financiar mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica do sector energético. Esta intenção exprime-se pela constituição de um fundo para a redução da dívida tarifária e para o financiamento de políticas sociais e ambientais do setor energético.

Embora o autoconsumo se enquadre como parte do setor energético, parece estar isento do pagamento da CESE, uma vez que o seu objetivo principal é o "reforço da produção de energia a partir de fontes renováveis e de redução de dependência energética do país."²⁴ Este interliga-se com a exceção prevista para a CESE de garantir a transição energética e a produção de energia através de fontes renováveis, permitindo ganhos ambientais e sociais, assim como a redução de custos de obtenção energia para o consumidor final.²⁵

As remanescentes figuras propostas têm como base a definição de autoconsumidores individuais e os seus elementos constitutivos, acrescentando-lhe complexidade.

ii. Autoconsumidor colectivo

A segunda figura prevista no Decreto-lei 162/2019 é a de autoconsumidores coletivos. Parece pretender-se que esta figura tenha alguma liberdade de organização, sendo inicialmente definida apenas como

te no mercado" (alínea h) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019), como *agregadores independentes*, ou seja, um participante no mercado que não se encontra associado a um comercializador e "que combina a eletricidade produzida, consumida ou armazenada de múltiplos clientes para compra ou venda em mercados de energia ou de serviços de sistema" (alínea a) e b) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019).

²³ Aprovada pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, alterada e prorrogada pelo artigo 237.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, Lei n.º 33/2015 de 27 de abril, artigo 264.º da Lei n.º 42/2016 de 28 de dezembro, artigo 280.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, artigo 313.º Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, e artigo 276.º do Lei n.º 2/2020 de 31 de março.

²⁴ Preâmbulo do Decreto-Lei 162/2019.

²⁵ Vide alínea f) do artigo 4.º do regime jurídico que cria a contribuição extraordinária sobre o setor energético, incluído no artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro. Este parece ser o caso aplicável ao autoconsumo com injeção na Rede Elétrica e Serviço Público (doravante, "RESP"). No caso do autoconsumo sem injeção na RESP, aplica-se também a alínea g) do mesmo artigo.

"um grupo de pelo menos dois autoconsumidores organizados.²⁶" Nestes termos e para o seu desenvolvimento, a lei define quatro requisitos *gerais obrigatórios* para se formar um autoconsumo coletivo, para além dos elementos constitutivos do autoconsumo individual:

1. Ser composto por pelo menos dois autoconsumidores organizados;
2. A criação de um regulamento interno para definir pelo menos os temas deixados em aberto pela lei,²⁷ como os critérios para a liberdade de entrada e saída no autoconsumo, as maiorias deliberativas, regras de partilha de energia e do pagamento de tarifas, o destino do excedente e as relações comerciais;
3. A designação de um técnico responsável e de uma entidade gestora de autoconsumo coletivo,²⁸ incumbidos de assegurar que os equipamentos a instalar estão devidamente certificados²⁹ assim como a gestão dos requisitos burocráticos para cada tipo de instalação junto das entidades competentes;³⁰
4. A contagem da energia elétrica total produzida por UPAC, por telecontagem³¹ obrigatoriamente através de um contador inteligente nos pontos de interligação com a RESP e de cada instalação elétrica de utilização associada.³²

Embora prevendo liberdade de organização, o Decreto-Lei 162/2019 tenta concretizar esta definição, especificando o seu âmbito de aplicação. Estabelece, assim, quem pode assumir a forma de autoconsumidores coletivos,³³ definindo diferentes categorias.

A primeira categoria é composta pelos autoconsumidores *organizados em condomínios de edifícios em regime de propriedade horizontal*. Este é o único caso para qual legislador definiu regras especiais, devido

²⁶ Cfr. Alínea f) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019.

²⁷ Vide n.º 4 do artigo 6.º do Decreto-Lei 162/2019.

²⁸ Vide n.º 5 do artigo 6.º do Decreto-Lei 162/2019. As entidades gestoras de autoconsumo coletivo têm que ser certificadas como entidades instaladoras de instalações elétricas e os técnicos responsáveis têm que técnicos responsáveis pela execução de instalações elétricas, nos termos da Lei n.º 14/2015, e 16 de fevereiro, e do Decreto-Lei n.º 96/2017, de 10 de agosto, na sua redação atual (n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei 162/2019).

²⁹ Vide n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei 162/2019.

³⁰ Vide n.º 3 e 4 do artigo 15.º e n.º 11 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019.

³¹ Vide n.º 1 e 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019.

³² Vide n.º 8 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019.

³³ Vide alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei 162/2019.

à especificidade do regime jurídico da propriedade horizontal³⁴ e das relações jurídicas criadas pelos condomínios.³⁵

Para os condomínios,³⁶ as UPAC são categorizadas como *inovações*,³⁷ exigindo-se uma maioria de dois terços para sua instalação ou para o eventual recurso a financiamento para esse efeito.³⁸ Foi também determinada a necessidade de autorização, por deliberação com maioria simples, para a instalação de UPAC em parte comum do edifício ou a sua utilização para passagem de cablagem necessária para a sua utilização.³⁹

Decorrente da inclusão das palavras *ou não* após a formulação da categoria anterior, existir uma segunda categoria de difícil interpretação e, por esse motivo, com abrangências diametralmente opostas. O nosso melhor entendimento dá-nos a ideia de que pode variar entre duas hipóteses.

A primeira consiste em autoconsumidores *não organizados* em condomínios de edifícios em regime de propriedade horizontal. Esta definição abarcaria todos os restantes casos de autoconsumo coletivo que não aqueles organizados em condomínios de edifícios em regime de propriedade horizontal.⁴⁰ Se for esta a interpretação correta, esta categoria inclui os autoconsumidores organizados em edifícios em regime de propriedade total (i.e. em regime de arrendamento nas suas diversas modalidades), direito de superfície, ou até incluir a categoria seguinte. Esta amplitude, porém, não parece fazer sentido, em virtude de uma terceira categoria ser expressamente distinguida no texto da lei.

A segunda interpretação possível, e que nos parece mais plausível face

³⁴ Artigos 1414.º a 1438.º do Código Civil.

³⁵ Artigos 1420.º a 1429.º-A do Código Civil.

³⁶ Os condomínios são definidos por Sandra Passinhas como "situação em que uma coisa materialmente indivisa ou com estrutura unitária pertence a vários titulares, mas tendo cada um deles direitos privativos ou exclusivos de natureza domínial – daí a expressão condomínio – sobre frações determinadas. *In* Sandra PASSINHAS, "Desafios jurídicos específicos à eficiência energética em propriedade comum e/ou de terceiros: da geração térmica ou elétrica ao carregamento de veículos elétricos," *in* *Direito da Eficiência Energética*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 268.

³⁷ No âmbito dos artigos 1425.º a 1426.º do Código Civil.

³⁸ *Vide* n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei 162/2019.

³⁹ *Vide* n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei 162/2019. O n.º 3 do mesmo artigo define regras para a convocatória das reuniões onde tais temas serão discutidos, algo que nos parece redundante face às regras já existentes no regime constante no Código Civil.

⁴⁰ Esta hipótese acabaria também por excluir os edifícios em propriedade horizontal onde não seja necessária a existência de condomínio por ter menos de quatro condóminos, e efetivamente não este exista, como sugerido nos termos o artigo 1429.º-A do Código Civil, *ad contrário*.

ao texto do Decreto-Lei 162/2019, mas cuja realidade legislativa impossibilita, é a de autoconsumidores organizados em condomínios de edifícios *que não* em regime de propriedade horizontal. Em virtude da necessidade da existência de um condomínio para que esta hipótese seja viável e reconhecendo que esta figura jurídica é *exclusiva* dos edifícios em regime de propriedade horizontal, esta hipótese não parece fazer sentido.

Parece, por isso, face ao exposto e à não existência de qualquer tipo de esclarecimento do legislador, esta categoria parece ser vazia de conteúdo.

Por último, a terceira categoria de autoconsumo coletivo parece centrar-se num critério territorial de proximidade, o qual depende de apreciação prévia das entidades competentes. É, assim, nosso entendimento que esta permite que um autoconsumo coletivo possa incluir um grupo de autoconsumidores situados no mesmo edifício (quando não em relação de condomínio), numa zona de apartamentos e zona de apartamentos ou moradias, em relação de vizinhança próxima,⁴¹ assim como unidades industriais, comerciais ou agrícolas, e demais infraestruturas localizadas numa área delimitada.

Embora possa existir a visão de esta compartimentação ser estanque, não permitindo a sua integração de várias categorias num único autoconsumo coletivo de acordo com o critério de vizinhança próxima ou proximidade territorial, parece-nos que tal limitação vai contra o espírito do Decreto-Lei 162/2019 e da Diretiva 2018/2001, que pretende o aumento da eficiência do sistema energético através de sinergias entre consumidores de forma a reduzir a dependência energética dos Estados-Membro em energias fósseis.

Face ao exposto, deixamos duas considerações. As categorias criadas pelo Decreto-Lei 162/2019 parecem pôr em causa a ideia inicial de liberdade de organização dos autoconsumidores coletivos, prevista inicialmente na legislação nacional e que parece ser a intenção da Diretiva 2018/2001. Ao tentar especificar o âmbito de aplicação, o legislador parece tê-lo limitado e conseqüentemente reduzido a liberdade de organização dos autoconsumidores. E sem concretização, o espírito da Diretiva 2018/2001 pode ser afetado, por parecer deixar-se de fora várias figuras jurídicas que possam integrar a noção de autoconsumido-

⁴¹ O conceito de vizinhança significa continuidade física e geográfica do projeto, estando a sua densificação dependente, nomeadamente, do posto de transformação utilizado, do nível de tensão do projeto ou de outros elementos técnicos ou regulamentares, e é definida caso a caso pela Direção Geral de Energia e Geologia ("DGEG"). Vide n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei 162/2019.

res “que se encontrem no mesmo edifício ou bloco de apartamentos.”⁴²

Também nos preocupa a aparente inaplicabilidade do autoconsumo coletivo ao regime de arrendamento, que não tem qualquer referência no texto do diploma, em geral, e no autoconsumo coletivo, em particular. Esta ausência também nos parece não ser conforme o espírito da Diretiva 2018/2001, já que esta preocupação está nela expressamente plasmada.⁴³ Considerando a estrutura socioeconómica e jurídica do parque habitacional português, a existente inaplicabilidade parece-nos ainda ter implicações jurídico-constitucionais, sobre as quais discorreremos em sede própria.

iii. Comunidades de Energia Renovável

A última figura a referir é a das comunidades de energia renovável (doravante, “CER”). Estas consistem numa pessoa coletiva constituída *propositadamente* no âmbito do Decreto-Lei 162/2019, com o objetivo principal de proporcionar benefícios ambientais, económicos e sociais aos seus membros ou às localidades onde estes e a própria CER operam, através de projetos de energias renováveis por si detidas.⁴⁴ Estas instalações devem estar localizadas nas proximidades dos seus membros ou das atividades que estes desenvolvam.⁴⁵ É-lhes permitido, por isso, produzir, consumir, armazenar energia renovável para partilha no seu seio⁴⁶ ou ser vendida,⁴⁷ assim como aceder a todos os mercados de energia adequados, tanto diretamente como através de agregação.⁴⁸

As CER podem adotar uma alargada panóplia de formas. A lei propõe expressamente assumirem a forma de sociedades por quotas ou socie-

⁴² Vide n.º 15 do artigo 2.º da Diretiva 2018/2001.

⁴³ Cfr. paragrafo 67 do Preâmbulo e alíneas c) e d) do n.º 6 do artigo 21.º, todos da Diretiva 2018/2001.

⁴⁴ Vide alínea j) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019.

⁴⁵ Vide alínea j) do artigo 2.º do Decreto-Lei 162/2019.

⁴⁶ Vide alínea b) n.º 4 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019.

⁴⁷ Vide alínea a) n.º 4 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019.

⁴⁸ Vide alínea c) n.º 4 do artigo 16.º do Decreto-Lei 162/2019. Fica a dúvida entre a relação entre a faculdade de aceder ao mercado e a faculdade de vender energia referida anteriormente, já que a venda de eletricidade parece ter que ser obrigatoriamente realizadas através da celebração de contratos de aquisição de eletricidade renovável. Parece que esta limitação também é contrária à liberdade de meios de venda de eletricidade dada aos autoconsumidores (quer individuais, quer coletivos) prevista na alínea d) do artigo 7.º do Decreto-Lei 162/2019.

dades anónimas, assim como qualquer tipo de entidade sem fins lucrativos⁴⁹ como associações,⁵⁰ fundações⁵¹ ou cooperativas.⁵²

Considerando que as cooperativas são, nas palavras de Coutinho de Abreu, " criadas e geridas para satisfazer diretamente as necessidades dos associados-utentes: é uma «empresa de serviço» [e] não uma «empresa de relação» – como a capitalista –, gerida «em função da soma dos lucros a retirar», e em que a satisfação das necessidades dos utentes é uma condição, não é um fim» [...],⁵³" parece-nos existir uma preferência legislativa por estruturas cooperativas, que partilham algumas características com as CER.⁵⁴

Dentro desta categoria de pessoas coletivas, as CER parecem poder constituir uma *cooperativa de consumo*, considerando terem "por objeto principal fornecer aos seus membros e respectivo agregado familiar, nas melhores condições de qualidade e preço [de energia renovável], destinados ao seu consumo ou uso directo."⁵⁵

Outra hipótese potencialmente aplicável é o do Agrupamento Complementar de Empresas, conhecido sucintamente por ACE. Estes, que devem ter como fim "melhorar as condições de exercício ou de resultado das [...] actividades económicas⁵⁶" dos seus membros e não podem ter como fim principal,⁵⁷ mas apenas *acessório*,⁵⁸ a realização e partilha de lucros. Porém, como o próprio nome indica, esta estrutura apenas pode ser utilizada para a criação de uma CER entre pessoas coletivas de índole *comercial*, o

⁴⁹ Cfr. Alínea j) do artigo 2.º do Decreto-lei 162/2019.

⁵⁰ Vide artigos 157.º e ss do Código Civil.

⁵¹ Vide artigos 195.º e ss do Código Civil.

⁵² Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, alterada pela Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

⁵³ J.M.COUTINHO DE ABREU, *Da Empresariabilidade – As Empresas no Direito*, Coimbra, 1996, Edições Almedina, p. 165.

⁵⁴ Damos nota das seguintes características comuns: 1) autonomia de gestão; 2) liberdade de constituição; 3) satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais (artigo 2.º do Código Cooperativo); 4) adesão voluntária e livre (n.º 1 do artigo 3.º do Código Cooperativo); 5) interesse pela comunidade (n.º 7 do artigo 3.º do Código Cooperativo). Estes e outros são conhecidos pelo Sete Princípios Cooperativos, definidos pela Aliança Cooperativa Internacional. Para mais sobre estes princípios, vide <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>>.

⁵⁵ Vide n.º 1 Artigo 2.º Decreto-Lei n.º 522/99 de 10 de Dezembro.

⁵⁶ Vide n.º 1 da Base I da Lei n.º 4/73 de 4 de Junho.

⁵⁷ Vide n.º 1 da Base II da Lei n.º 4/73 de 4 de Junho.

⁵⁸ Vide Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto.

que, embora não seja elemento impeditivo para a utilização destas estruturas no âmbito das CER, limita o seu âmbito de aplicação.

Embora a possibilidade de lucrar seja permitida, o fim primordial de qualquer CER deverá ser “propiciar aos membros ou às localidades onde opera [...] benefícios *ambientais, económicos e sociais* em vez de lucros financeiros.⁵⁹” Não nos parece claro que tal objetivo seja compatível com a globalidade das estruturas societárias previstas na legislação aplicável, em que se enfatiza a necessidade das sociedades comerciais de obterem lucro.⁶⁰ Isto não significa, obviamente, que sociedades comerciais não possam ser membros de CER, mas sim que parece ser mais conveniente que a estrutura da própria CER não seja uma sociedade comercial.

Nada impede, porém, que as CER sejam entidades de natureza pública. Porém, tendo em conta a relevância dada pelo legislador à inserção de entidades públicas (como autarquias locais) como membros das CER, parece-nos que este privilegia a utilização de uma das formas *supra* descritas. Esta interpretação parece também ser conforme o espírito da Diretiva 2018/2001, onde a mesma referência é feita.⁶¹

Os seus membros tanto podem ser pessoas singulares ou coletivas, de natureza pública ou privada,⁶² e a CER parece ter que ser autónoma destes financeira e administrativamente, embora mantendo-se sob seu controlo.⁶³ Embora ser membro de uma CER seja um direito de qualquer consumidor de eletricidade,⁶⁴ os consumidores não perdem os seus di-

⁵⁹ Cfr. Subalínea iii) da alínea j) do artigo 2º do Decreto-lei 162/2019.

⁶⁰ Vide artigo 980.º do Código Civil, *in fine*. Coutinho de Abreu é da opinião que tal escopo também se aplica às sociedades constituídas no âmbito do Código das Sociedades Comerciais. In J.M.COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 5.ª Edição, Edições Almedina, Fevereiro de 2015, p. 30. O mesmo autor refere que quando falte o fim lucrativo ao contrato de sociedade, este não deve ser caracterizado enquanto tal. *Ob. cit.*, p. 33-35.

⁶¹ Vide aliena b) do n.º 16 do artigo 2.º da Diretiva 2018/2001, *in fine*. É ainda referida como obrigação dos Estados-Membros a prestação de “apoio regulamentar e para o reforço das capacidades às autoridades públicas na facilitação e constituição de comunidades de energia renovável e para ajudar as autoridades a *participarem* diretamente.” Cfr. alínea h) do n.º 4 do artigo 22.º da Diretiva 2018/2001.

⁶² Cfr. Alínea j) do artigo 2º do Decreto-lei 162/2019. O legislador inclui expressamente neste âmbito Pequenas e Médias Empresas e autarquias locais. Esta inclusão não é mais do que a transposição direta da subalínea b) da alínea 16 do artigo 2º da Diretiva 2018/2001.

⁶³ Cfr. Alínea j) do artigo 2º do Decreto-lei 162/2019.

⁶⁴ Vide n.º 3 do artigo 19º do Decreto-lei 162/2019. Este direito “não pode ser sujeito a condições ou a procedimentos injustificados ou discriminatórios que impeçam a participação na CER.”

reitos e obrigações enquanto consumidores de energia.⁶⁵

Embora tendo um regime um pouco confuso e que levanta algumas dúvidas quanto à sua implementação, as CER pretendem assim ser um segundo nível para o autoconsumo, agregando tanto autoconsumidores individuais, coletivos e consumidores de eletricidade, com intuito de proliferar e facilitar a produção e consumo de energia renovável. Porém, não parece ser indicado criar as condições de exercício destas entidades, sem criar condições de acesso indiscriminado. É sobre esse tema que trataremos de seguida.

III. As lacunas do âmbito de aplicação do Decreto-lei 162/2019

Como já referido na secção anterior, em virtude dos âmbitos de aplicação das suas categorias, parecem existir problemas de igualdade de acesso ao autoconsumo de energia renovável. Em particular, e não exclusivamente, fizemos referência a duas situações concretas que levantam problemas de aplicação do regime ora existente: igualdade no acesso ao autoconsumo por consumidores *economicamente vulneráveis* e a inaplicabilidade do autoconsumo coletivo no âmbito do regime de *arrendamento*.

a. Os consumidores economicamente vulneráveis

Os consumidores economicamente vulneráveis foram definidos na ordem jurídica portuguesa, por imposição europeia,⁶⁶ como “pessoas singulares que se encontrem em situação de carência socioeconómica e que, tendo o direito de acesso ao serviço essencial de fornecimento de energia elétrica, devem ser protegidas, nomeadamente no que respeita a preços.⁶⁷” Se analisarmos ao detalhe esta definição, existem duas questões latentes no seu seio quanto aos vetores do Trilema Energético.

⁶⁵ Cfr. n.º 2 do artigo 19º do Decreto-lei 162/2019. Este direito é aplicável a todos os autoconsumidores. Vide alínea g) do n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-lei 162/2019.

⁶⁶ Vide artigo 3.º da Diretiva 2009/72/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade criou as primeiras obrigações aos Estados Membros da União Europeia para a proteção destes consumidores. A Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural também cria as mesmas obrigações para o mercado do gás natural.

⁶⁷ Vide n.º 1 do artigo 2.º Decreto-Lei n.º 138-A/2010 de 28 de Dezembro, alterado pelo Decreto-lei 172/2014, de 14 de Novembro e pela Lei 7-A/2016, de 30 de Março. Este diploma considera como consumidores economicamente vulneráveis os beneficiários do complemento solidário para idosos, do rendimento social de inserção, do abono de família, do primeiro escalão do abono de família e da pensão social de velhice. Cfr. n.º 2 do mesmo diploma.

O Trilema Energético, primeiramente referido em 1987 no relatório da Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento: O nosso Futuro Comum (e comumente referido por *Brundtland Report*)⁶⁸ é composto por três vetores: sustentabilidade, acesso ao fornecimento e acessibilidade nos preços.

O conceito de consumidores economicamente vulneráveis, já transcrito, inclui os dois últimos, assumindo que existe "acesso ao serviço essencial de fornecimento", mas que estes consumidores necessitam de proteção para que tenham acesso a preços conforme a sua situação financeira. Este é, portanto, o enfoque do legislador, revelando as suas prioridades para este segmento da população: dar acesso a energia a preços que estes possam pagar. Porém, exclui o terceiro vetor, ou seja, a *sustentabilidade*.

A necessidade de sustentabilidade dentro do sector energético implica que o fornecimento de energia, para além de ser acessível, deve também ser ambientalmente sustentável, tanto na produção de energia como no seu transporte e distribuição. A necessidade de integração mais vincada deste vetor nas políticas energéticas é o tema de uma acesa discussão na doutrina internacional sobre Justiça Energética, e consiste na necessidade de transição do enfoque das políticas energéticas internacionais da *acessibilidade* nos preços da energia para o *acesso ao fornecimento* de energia *limpa*, como medida de combate à pobreza energética⁶⁹ e enquanto concretização do Objetivo para o Desenvolvimento Sustentável n.º 7 da Organização das Nações Unidas.⁷⁰

O autoconsumo de energia, com medidas direcionadas para este grupo da sociedade, pode trazer benefícios financeiros, ambientais e energéticos a pessoas com carências económicas (e energéticas). Porém, no decreto-lei em análise nada foi concretamente incluído, deixando-se o desenvolvimento do autoconsumo em Portugal ao dispor só e apenas das leis do mercado.

⁶⁸ Título original "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future," disponível em <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>>.

⁶⁹ Vide, entre outros, Darren MCCAULEY, *Energy Justice: Re-Balancing the Trilemma of Security, Poverty and Climate Change*, Palmgrave MacMillan, Cham, Switzerland, 2017, p. 82; Yinka OMOROGBE, "Legal Dimensions of Access to Modern Energy Services in Africa: Lessons from Nigeria, Ghana and Rwanda," in *Energy Justice and Energy Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2020, p. 330; e Henri MOSTERT, e Heleen van NIEKERK, "Disadvantage, Fairness, and Power Crises in Africa: A Focused Look at Energy Justice", in *Ending Africa's Deficit and the Law: Achieving Sustainable Energy for All in Africa*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2018, p. 51.

⁷⁰ Vide <<https://sdgs.un.org/goals/goal7>>.

Revela, por isso, alguma falta de consciência social por parte do legislador, tanto no âmbito nacional, como europeu, a qual não é apenas visível neste campo. Suzana Tavares da Silva já a referiu como uma "lacuna importante que o direito europeu não prevê⁷¹" do Princípio da Sustentabilidade da Eficiência Energética, tendo os mesmos problemas já sido identificados nos mecanismos portugueses de financiamento públicos de âmbito energético.⁷² Desta forma, sem apoio público,⁷³ será difícil aos cidadãos economicamente vulneráveis terem acesso a energia limpa.

b. O regime do arrendamento urbano

A não inclusão do regime do arrendamento urbano, com toda a sua complexidade, dos âmbitos de aplicação das várias categorias de autoconsumo é a segunda lacuna do Decreto-Lei 162/2019. O arrendamento urbano (quer para fins habitacionais quer não habitacionais) é uma forma especial de contrato de locação, aplicável à locação de bens imóveis.⁷⁴ Nos seus termos gerais, a locação é um contrato de concessão de gozo de um bem, mediante retribuição, por um determinado período de tempo.⁷⁵

Permite, por isso "a quem não tem capacidade económica para adquirir os bens, obter o gozo correspondente aos mesmos, mediante o pagamento de uma quantia inferior ao que lhe custaria a sua aquisi-

⁷¹ Suzana TAVARES DA SILVA, "Os Princípios Jurídicos do Direito da Eficiência Energética", in *Direito da Eficiência Energética*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 153.

⁷² Gustavo ROCHETTE, "Financing energy efficiency: An assessment of the Portuguese energy efficiency national fund", in *CCLS Energy Law Review*, n.º 1, Queen Mary University of London, 2019, p. 30 e seguintes.

⁷³ Embora levante algumas dúvidas quanto à sua conformidade com o Decreto-Lei 162/2019, a AdEPorto – Agência de Energia do Porto (doravante "AdEPorto") e a Câmara Municipal do Porto estão a tentar contrariar esta tendência através de um Projeto Piloto, para a introdução de CER em 46 bairros de Habitação Social do município. Preveem que cerca de 30% da eletricidade consumida anualmente por estas habitações passe a ser através de autoconsumo, com um desconto na tarifa correspondente. Mais informações sobre este projeto podem ser encontradas nos slides 6 a 9 da apresentação da AdEPorto no *Webinar "Autoconsumo Coletivo e Comunidades de Energia Renovável"*, organizado pela RNAE – Rede Nacional de Agências de Energia, em coorganização com a Lisboa E-Nova e a Câmara Municipal de Lisboa, em parceria com a ADENE – Agência para a Energia, e disponíveis em http://lisboanova.org/images/stories/WEBINARS/23_Nov_2020/apresentacao/AdEPorto%20-%20RNAE_CER_vf.pdf.

⁷⁴ *Cfr.* Artigo 1023.º do Código Civil.

⁷⁵ *Cfr.* Artigo 1022.º do Código Civil.

ção.⁷⁶ Assegurar o gozo da coisa para os fins a que se destina é uma das obrigações do locador/senhorio.⁷⁷

Também “facilita o aproveitamento económico dos bens, na medida em que estes, em caso de não utilização pelo seu titular, em lugar de ficarem inativos, podem ser aplicados à satisfação de necessidades alheias.”⁷⁸

A relação jurídica criada pelo contrato de arrendamento é, por isso, bastante complexa, e apresenta desafios especiais que carecem mais do que a simples inserção no âmbito de aplicação. A existência destes desafios é reconhecida pela Comissão Europeia, ao referir na Diretiva 2018/2001 a necessidade da criação de um regime favorável para promover e facilitar o desenvolvimento do autoconsumo de energia, abrangendo, entre outras matérias, “obstáculos regulamentares injustificados” para os arrendatários e “incentivos para os proprietários de imóveis [arrendados] com vista a que criem oportunidades de autoconsumo renovável.”⁷⁹

Esta preocupação da Comissão Europeia vai ao encontro da preocupação da doutrina internacional, que tem vindo a discutir a existência de *incentivos perversos*,⁸⁰ ou seja, falhas de mercado⁸¹ na relação do senhorio com o arrendatário⁸² quando se pretende melhorar as condições energéticas dos edifícios, onde se inclui o autoconsumo.

⁷⁶ Luís MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 8.^a Edição, Edições Almedina, 2013, p. 274.

⁷⁷ Cfr. Alínea b) do artigo 1031.º do Código Civil.

⁷⁸ Luís MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 275.

⁷⁹ Vide alíneas c) e d) do n.º 6 do artigo 21.º da Diretiva 2018/2001.

⁸⁰ Tom TIETENBERG, “Reflections – Energy Efficiency Policy: Pipe Dream or Pipeline to the Future?,” in *Environmental Economical Policy*, Vol. 3, Issue 2, 2009, p. 307. Estes também são chamados de incentivos divididos, embora com uma abrangência maior. In GERRARD, Michael, *The Law of Clean Energy: Efficiency and Renewables*, ABA Book Publishing, 2011, p. 7.

⁸¹ Michael P. VANDENBERGH e Paul C. STERN, “The Role of Individual and Household Behavior in Decarbonization”, in *Vanderbilt University Law School Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper Number 17 – 52, p. 10954, disponível em http://ssrn.com/abstract_id=3063291.

⁸² O exemplo é dado e referência a melhorias de eficiência energética, mas é do entendimento dos autores que também se subsume ao exemplo do autoconsumo de energia. Porém, pode ser entendido, numa perspetiva holística, que o autoconsumo é uma forma de melhoria da eficiência energética de todo o sistema energético. Entre outros, vide Yael PARAG, “Beyond energy efficiency: A ‘prosumer market’ as an integrated platform for consumer engagement with the energy system” *Conference: ECEEE 2015 Summer Study on Energy Efficiency*, June 2015, disponível em https://www.eceee.org/library/conference_proceedings/eceee_Summer_Studies/2015/1-foundations-of-future-energy-policy/beyond-energy-efficiency-a-prosumer-market-as-an-integrated-platform-for-consumer-engagement-with-the-energy-system/.

Os incentivos perversos cingem-se à circunstância de a parte com responsabilidade para investir em melhorias das condições energéticas (*i.e.* o senhorio) não ir usufruir do investimento feito, ou seja, pagar as contas de eletricidade do imóvel.⁸³ Ao mesmo tempo, embora beneficie diretamente em melhorar as condições energéticas onde reside e exista uma obrigação de reembolso de benfeitorias,⁸⁴ o arrendatário raramente tem interesse e/ou, condições económicas para investir nestas infraestruturas. A falta de interesse deve-se à valorização que o imóvel arrendado terá à conta desse investimento, dinheiro que o arrendatário prefere gastar noutros investimentos.⁸⁵

A discussão sobre como abordar estes problemas não é consensual. Embora mais e melhor informação possa ajudar,⁸⁶ não parece resolver o problema, já que para tal seria necessário que o arrendatário médio tivesse literacia energética suficiente para entender a vantagem de arrendar, por um preço mais elevado, um imóvel com melhores condições energéticas.

Uma outra proposta passa pela criação de uma exceção para os senhorios ("landlord exemption⁸⁷") "distribuírem e venderem energia [gerada através de autoconsumo] aos seus inquilinos,⁸⁸" podendo inserir a energia remanescente na RESP. Desta forma, os senhorios teriam uma nova fonte de rendimento que lhes permite realizar retorno do investimento feito no imóvel, e os arrendatários têm acesso a energia limpa mais barata.⁸⁹

Contudo, a opção do legislador português parece ter sido a de não acolher as recomendações de Bruxelas, e considerar que os desafios do

⁸³ Tom TIETENBERG, *ob. cit.*, p. 307.

⁸⁴ Vide n.º 1 d Artigo 1046.º do Código Civil. Porém, está dependente, para que sejam consideradas licitas, de autorização escrita (ou em virtude de mora) para a instalação de equipamentos de autoconsumo, em virtude do exigido pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 1074.º do Código Civil.

⁸⁵ O arrendamento vitalício, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/2020 de 9 de janeiro pode ser uma exceção a estas circunstâncias, embora o raciocínio seja semelhante.

⁸⁶ Tom TIETENBERG, *ob. cit.*, p. 308.

⁸⁷ C. Baird BROWN, "Financing at the Grid Edge", in *Legal Pathways to Deep Decarbonization in the United States*, 2018, capítulo 6, p. 10793, disponível em <https://john-dernbach.com/wp-content/uploads/2018/06/LPDD-Financing-at-Grid-Edge.pdf>

⁸⁸ C. Baird BROWN, *ob. cit.*, p. 10793.

⁸⁹ Esta hipótese foi abordada, numa ótica de fomento da Eficiência Energética de imóveis arrendados, em Gustavo ROCHETTE, "Algumas propostas para a revisão do regime jurídico da Eficiência Energética dos Edifícios", in *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, N.º 2, Setembro 2020, p. 272-273.

autoconsumo de energia seriam os mesmos tanto para os autoconsumidores organizados em condomínios ou com casa própria, como para imóveis sob o regime de arrendamento.

IV. A violação do Princípio da Igualdade pelo Decreto-Lei 162/2019

É por isso natural que, ao não incluir no seu âmbito de aplicação os cidadãos com habitações em regime de arrendamento urbano, se questione a justeza da legislação do autoconsumo de energia renovável e a observância do Princípio da Igualdade no seu processo legislativo. Temos aqui presente, obviamente, que o Princípio da Igualdade é um princípio-vetor⁹⁰ do Estado de Direito e um direito fundamental de todos os cidadãos⁹¹ e cuja promoção é enquadrada também como *tarefa fundamental* do Estado português.⁹²

Pretendendo assegurar que “[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei,⁹³” o Princípio da Igualdade, incluído na Constituição da República Portuguesa (doravante, “CRP”), é um “princípio negativo de controlo,⁹⁴” a que “toda a lei ordinária deve obedecer [...], tanto nas suas precipitações imediatas de igualização e diferenciação como no seu conteúdo geral.⁹⁵”

Desta forma, para que existam tratamentos desiguais consagrados na lei, estes “terão de assentar em razões suficientemente justificativas,⁹⁶” ou seja que quando existam desigualdades, a sua existência seja fundamentada e sustentada pelo legislador com o “adequado suporte material.⁹⁷” Assim, o Princípio da Igualdade, no seu sentido negativo,⁹⁸ “proíbe tanto as vantagens, como as desvantagens *ilegítimas* na atribui-

⁹⁰ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 339.

⁹¹ Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º.

⁹² Constituição da República Portuguesa, artigo 9.º.

⁹³ Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º, n.º 1.

⁹⁴ J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição Da República Anotada*, Volume I, Artigos 1º-107º, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 339.

⁹⁵ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, Volume I, Universidade Católica Editora, 2017, p. 165.

⁹⁶ J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *ob. cit.*, p. 334.

⁹⁷ J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *ob. cit.*, p. 339.

⁹⁸ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 166.

ção de direitos ou na imposição de deveres e encargos.⁹⁹"

Jorge Miranda e Rui Medeiros referem que o sentido positivo deste princípio "remete para [...] o tratamento igual do que é igual e do tratamento desigual de situações desiguais,¹⁰⁰" também conhecido como *igualdade material*, e que se contrapõe à ideia liberal conhecida por *igualdade formal*, ou seja, de tratar todos da mesma forma.

O caso em análise parece ser assim um caso claro de um legislador que considerou que *formalmente* qualquer habitante a viver em Portugal tem condições iguais de acesso ao autoconsumo de energia quando, *materialmente*, não é a realidade. Neste sentido argumenta Maria Lúcia Amaral, ao referir que "é inevitável — porque é um imperativo de justiça — que a diferentes pessoas sejam atribuídos diferentes direitos; mas a medida da diferença entre os direitos de cada um, decidida e constituída pelo legislador, *não pode não ter razão, não pode não ser razoável*.¹⁰¹"

O legislador parece-nos *não ter sido razoável*, ao não ter respeitado o limite negativo a que está sujeita a sua liberdade de conformação, a qual impõe que exista um fundamento jurídico que justifique o tratamento desfavorável no acesso ao autoconsumo de energia, sob pena de essa norma ter que ser afastada do ordenamento jurídico ou de ter que lhe ser adicionado determinado conteúdo de forma a proteger de forma condigna todos os interesses em jogo.

Parece-nos, por isso, que a não inclusão do arrendamento urbano e de medidas específicas de promoção para os imóveis a si sujeitos do âmbito de aplicação do Decreto-Lei 162/2019 assume contornos de inconstitucionalidade do sentido positivo do Princípio da Igualdade. Ao tratar os imóveis arrendados como sendo iguais a condomínios ou a habitação própria, quando estes implicam uma relação jurídica substancialmente diferente (*i.e.* a atribuição de um direito de gozo e não de um direito de propriedade), revela que o legislador tratou duas situações materialmente diferentes como sendo iguais, sem qualquer justificação para o efeito.

Ao revés, a situação em análise deveria ser, como já explicado, sujeita a um tratamento diferenciado, em virtude das falhas de mercado a que relação jurídica entre o senhorio e o arrendatário se encontra sujeita e que, à revelia do melhor entendimento jurídico-constitucional, parece não ter

⁹⁹ J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *ob. cit.*, p. 334.

¹⁰⁰ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 166.

¹⁰¹ Maria Lúcia AMARAL, "O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa," in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, 2004, Coimbra, Coimbra Editora, p. 41.

acontecido.

É nosso entender que existe, no presente caso, um *dever de diferenciação positiva*¹⁰² do legislador, ou seja, que o presente decreto-lei devia ter estabelecido uma desigualdade para o acesso ao autoconsumo de energia. Sem medidas direcionadas, os cidadãos portugueses a residir em habitações em regime de arrendamento terão sérias dificuldades de acesso ao autoconsumo de energia. Esta barreira tem impactos socioeconómicos nas suas vidas, assim como prejudica os objetivos de descarbonização e transição energética a que o Estado Português se propôs. Põe ainda em causa a possibilidade destes cidadãos, que por opção própria ou necessidade material não têm casa própria, poderem contribuir para a transição energética do país onde residem e de usufruírem das vantagens económicas que se esperam vir a realizar.

Devemos ainda dar nota que, face à análise *supra*, a situação de inconstitucionalidade tem tendência para se agravar se a cruzarmos com a falta de referência aos consumidores economicamente vulneráveis.

Fazendo uma análise dos dados ao nosso dispor, relacionando dados do Instituto Nacional de Estatística (doravante, "INE"), relativamente 1) ao valor mediano do rendimento disponível por agregado familiar, que foi de 12 696 € em Portugal em 2019;¹⁰³ 2) ao limiar da pobreza no mesmo ano, que foi de 6 480 €;¹⁰⁴ 3) ao "valor mediano das rendas de novos contratos de arrendamento familiar para um alojamento de 81 m² representava cerca de 38,7% do rendimento disponível mensal dos agregados em Portugal, entre 2016 e 2017;¹⁰⁵" 4) ao "preço do alojamento familiar de referência [ter sido] 8,0 vezes superior ao valor mediano do rendimento disponível das famílias em Portugal" no mesmo período;¹⁰⁶

¹⁰² Maria Lúcia AMARAL, *ob. cit.*, p. 44. Esta diferenciação deve ser "adequada, sob pena de arbitrariedade, a servir o objetivo que a ditou". In Miguel NOGUEIRA DE BRITO, "Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional", *O Tribunal Constitucional e a crise*, 2014, Coimbra, Editora Almedina, p. 114.

¹⁰³ INE, *Condições de Vida e Cidadania*, https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1110&xlang=pt.

¹⁰⁴ INE, *Condições de Vida e Cidadania*, https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1110&xlang=pt.

¹⁰⁵ INE, *Retrato Territorial do País*, 2019, p. 258.

¹⁰⁶ INE, *Retrato Territorial do País*, 2019, p. 253. O rácio entre preços da habitação e rendimento é um indicador comumente utilizado para medir a capacidade de aquisição de habitação por parte de potenciais compradores e indica o esforço financeiro que um agregado familiar tem de fazer para adquirir um imóvel. In INE, *Retrato Territorial do País*, 2019, p. 252.

e à 5) existência em 2011 de 27,47 alojamentos clássicos de residência habitual arrendados por cada 100 alojamentos clássicos ocupados pelo proprietário no país,¹⁰⁷ podemos chegar a várias conclusões.

Em primeiro lugar, constatamos que cerca de 20% do parque habitacional português é ocupado por imóveis arrendados.¹⁰⁸ Em segundo lugar, que a capacidade de aquisição de casa própria por uma família com o rendimento médio *supra* referido é extremamente baixa. Terceiro, a média de esforço orçamental feita pelos seus arrendatários é próximo de 40% do seu rendimento disponível mensal. Por último, quando deduzidos os subsídios de férias e de Natal (como no caso dos trabalhadores independentes) e as respetivas rendas, uma família que disponha do valor mediano de rendimento disponível por agregado familiar referido *supra* passa a ter um rendimento anual disponível de 5 695 €, 785 € abaixo do valor assumido como o limiar de pobreza no nosso país. Torna-se por isso natural, embora se possa considerar algo excessivo, relacionarem-se os consumidores economicamente vulneráveis com os cidadãos portugueses a viver em imóveis arrendados.

Parece-nos assim ser defensável que a violação do Princípio da Igualdade pela não inclusão do regime do arrendamento e de qualquer tratamento diferencial para esse caso no Decreto-Lei 162/2019 é agravada pela falta de menção ou medidas direcionadas para os consumidores economicamente vulneráveis. Ao fazê-lo, cria um fosso entre parte dos consumidores não vulneráveis (classe média-alta), que consegue ter capital próprio, casa própria e literacia energética e financeira suficiente para entender a importância de se constituir como autoconsumidor; e a os consumidores economicamente vulneráveis (classe baixa), sem capital próprio, com casa arrendada e sem literacia energética e financeira para o efeito.

Quando cruzados estes dois critérios, parece estarmos perante uma situação de tratamento desigual ou *discriminação*¹⁰⁹ em virtude da "situação económica" dos cidadãos, considerado que esta é uma das "categorias suspeitas"¹¹⁰ previstas no n.º 2 do artigo 13.º da CRP.

Por último, cabe-nos referir que o Governo português, em vez de ten-

¹⁰⁷ INE, *Retrato Territorial do País*, 2019, p. 226.

¹⁰⁸ Este valor não significa 20% da população portuguesa viva em imóveis arrendados. Suspeitamos que essa percentagem seja muito maior.

¹⁰⁹ "Discriminar significa estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento, não num juízo, mas num pré-juízo sobre aquilo que as distingue e sobre as características que formam a sua identidade." In Maria Lúcia AMARAL, *ob. cit.*, p. 41.

¹¹⁰ Miguel NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 120.

tar reduzir a intensidade deste tratamento desigual, tratou de fazer exatamente o contrário, ao aprovar uma isenção, por 7 anos, dos encargos correspondentes aos Custos de Interesse Económico Geral (“CIEG”)¹¹¹ que incidem sobre as tarifas de acesso às redes para os projetos de autoconsumo ou de CER com ligação à RESP que obtenham condições de exercício até ao final do ano de 2021.¹¹² Apenas autoconsumidores com capitais próprios têm hipótese de beneficiar deste incentivo, o qual ajudará a aumentar ainda mais o fosso referido nos parágrafos anteriores.

V. Conclusão

O Decreto-Lei 162/2019 foi publicado para atualizar um regime existente, inserindo regras e figuras novas na ordem jurídica portuguesa por imposição do legislador europeu. Estas figuras, de bastante utilidade no enquadramento atual em que a transição energética é uma prioridade do país e no qual Portugal pretende ser um exemplo no panorama europeu, foram transpostas com o intuito de proliferarem no sector energético nacional.

Para que tal possa acontecer, é necessário que possam ser aplicadas a todos os indivíduos interessados, sendo-lhes dado as condições jurídicas e financeiras para que possam ser implementadas. No caso do autoconsumo de energia, e como *supra* exposto, tal parece não ter acontecido.

O legislador nacional, à revelia das discussões doutrinárias e das próprias indicações da Comissão Europeia, acabou por não incluir aos ci-

¹¹¹ Os CIEG “[s]ão os custos com a política energética do país, nos quais se incluem, nomeadamente as rendas pagas pelas empresas de eletricidade aos municípios, os sobrecustos com a produção de eletricidade através de fontes de energia renováveis e não renováveis ou ainda com a convergência tarifária entre Portugal continental e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.” (in <https://www.erse.pt/consumidores-de-energia/eletricidade/compreender-a-fatura>) “A fatura energética dos consumidores domésticos é composta da seguinte forma: 42 % CIEG, 31 % preço da energia, 27 % uso da rede e gestão do sistema.” (n Parlamento Europeu Perguntas Parlamentares de 17 de Março de 2011, Pergunta com pedido de resposta escrita E-002620/2011 à Comissão, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2011-002620_PT.html).

¹¹² Despacho do Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e da Energia n.º 6453/2020, de 5 de junho de 2020, publicado em Diário da República, 2.ª Série, Parte C, n.º 118, de 19 de junho de 2020. De acordo com os nossos cálculos, a isenção proposta pelo Governo português implica uma poupança média de CIEG de aproximadamente 55%. *Vide* Diretiva da Entidade Reguladora de Energia n.º 5/2020 de 6 de março de 2020, publicada em Diário da República, 2.ª Série, Parte E, n.º 57, de 20 de Março de 2020; e Diretiva da Entidade Reguladora de Energia n.º 15/2020, de 15 de Setembro, publicada em Diário da República, 2.ª Série, Parte E, n.º 195, de 7 de outubro 2020.

dadãos em habitações sujeitas ao regime de arrendamento urbano no âmbito de aplicação do Decreto-Lei 162/2019. A aplicação das regras gerais do autoconsumo de energia às habitações sujeitas ao regime de arrendamento urbano não seria um problema não fosse a relação jurídica aqui criada, que consiste na atribuição de um direito de gozo e não de um direito de propriedade. No âmbito desta relação, tem se verificado a existência de benefícios perversos quanto à implementação de melhorias às condições energéticas dos edifícios.

Ao não considerar estas falhas de mercado, o legislador não soluciona uma desvantagem natural existente na relação entre o senhorio e arrendatário, dificultando ou, na maioria dos casos, até impossibilitando o acesso dos cidadãos em habitações sujeitas ao regime de arrendamento urbano ao autoconsumo de energia. É criado, desta forma, uma desigualdade material no acesso ao autoconsumo, violando o Princípio da Igualdade, constante no artigo 13.º da CRP.

A mesma inconstitucionalidade existe quanto à falta de incentivos e proteções para consumidores especialmente vulneráveis neste regime jurídico, o qual revela alguma insensibilidade social, assim como falta de esforço para equilibrar o Trilema Energético. A probabilidade destas duas lacunas do âmbito de aplicação do Decreto-Lei 162/2019 serem conjugadas no panorama social português é bastante elevada, o grau de inconstitucional deveria preocupar o legislador português.

É, assim, nosso entender que o legislador deveria visitar este decreto-lei, de forma a resolver os problemas de constitucionalidade, assim como os problemas de aplicabilidade prática o regime jurídico de autoconsumo de energia.

