

DIREITO ADMINISTRATIVO DA ENERGIA DO MAR

NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA

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

1.Introdução

a) O mar como um projeto estratégico português.

O mar deve ser um dos principais objetivos estratégicos da política portuguesa. Portugal, quanto ao território terrestre, é um país relativamente pequeno, fraco em recursos naturais e longe dos centros decisórios europeus. Porém, quanto ao espaço marítimo, Portugal pode ser visto como um grande país marítimo com dimensão geoestratégica, geopolítica e económica.

A Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (CNUDM), ratificada por Portugal em 1997, é a Constituição dos Oceanos. O Mar-Portugal abrange, no fundo do mar, o leito e subsolo marinhos que se estendem pelo mar territorial até ao limite exterior da plataforma continental, exercendo-se direitos soberanos exclusivos quanto à exploração dos recursos naturais. Considerada a coluna de água, a Zona Económica Exclusiva (ZEE) portuguesa é uma das maiores do mundo. Para além da ZEE, a CNUDM aplica à coluna de água o regime de alto mar que prevê a liberdade de uso para fins pacíficos.

Num outro aspeto, Portugal é um dos subscritores da Convenção sobre o Património Cultural Subaquático da UNESCO de 2001.

A proposta portuguesa de extensão da plataforma continental em 2010 à Comissão de Limites da Plataforma Continental, a ser aceite, estende a plataforma continental para além das 200 milhas marítimas, a uma área de 2.100.000 km², isto é, cerca de 40 vezes a área terrestre.¹

¹ Vd. RUI GUERRA DA FONSECA- *Espaço Marítimo e Direito Administrativo: enquadramento*, p. 100ss. in: *Direito Administrativo do Mar*, coorden. Rui Guerra Fonseca e Miguel Assis Raimundo, Almedina, Coimbra, 2014. www.dgrm.pt em 10.7.2016. www.dgpm.pt em 10.7.2016.

b) As causas do novo interesse pelo mar

O entusiasmo pela descoberta de novos recursos naturais, incluindo os recursos renováveis, no final do século passado e na primeira década do séc. XXI, abrandou com a crise económica que diminuiu a procura de energia, mas a tendência parece estar a inverter-se.

A integração na UE orientou Portugal para o continente europeu e ocorreu um esquecimento relativo da nossa tradicional vocação atlântica.

Posteriormente, na Estratégia Nacional para o Mar (ENM) 2013-2020, já se considera Portugal como país de vocação essencialmente marítima, com grande potencial de recursos naturais relacionados com o mar e uma importância geoestratégica atlântico-europeia.

c) A importância do mar

A economia do mar pode ter uma influência diversificada no desenvolvimento português. As oportunidades da nova economia do mar permitem promover o crescimento económico, o emprego e a coesão social. Pensa-se que até 2020 a participação direta do setor mar para o PIB nacional aumente em 50%. Portugal como uma nação marítima é parte importante da Estratégia Marítima da União Europeia.

2. Noções prévias

Antes de abordarmos o tema, convém que explicitemos alguns conceitos.

a) O Espaço Marítimo

As zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional são as águas interiores, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva e a plataforma continental (art. 2º da Lei nº 34/2006, de 28/7). *O espaço marítimo nacional* estende-se desde as linhas de base até ao limite exterior da plataforma continental para além das 200 milhas marítimas, e abrange as zonas marítimas entre as linhas de base e o limite exterior do mar territorial, a zona económica exclusiva, e a plataforma continental, incluindo para além das 200 milhas marítimas (art. 2º da Lei nº 17/2014, de 10-4). O *domínio público hídrico*, que é uma noção mais ampla que a de *domínio público marítimo*, compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre, o domínio público fluvial e o domínio público das restantes águas pertencentes ao Estado, Regiões Autónomas, municípios e

freguesias. A noção de espaço marítimo nacional é uma noção mais para efeito do direito internacional marítimo, enquanto a noção de domínio público marítimo tem a ver mais com o direito administrativo.

A noção de domínio público marítimo é mais lata que a de espaço marítimo nacional. Fazem também parte do domínio público marítimo as águas interiores sujeitas à influência das marés, nos rios, lagos e lagoas, e os terrenos da plataforma continental, e das margens e leitos das águas territoriais e das águas interiores. Diversamente do domínio público hídrico, o domínio público marítimo pertence apenas ao Estado.

O limite exterior do mar territorial é a linha cujos pontos distam 12 milhas náuticas do ponto mais próximo das linhas de base), da zona contígua (o limite exterior é a linha cujos pontos distam 24 milhas náuticas do ponto mais próximo das linhas de base), da zona económica exclusiva (o limite exterior é a linha cujos pontos distam 200 milhas náuticas do ponto mais próximo das linhas de base) e da plataforma continental (o limite exterior é a linha cujos pontos definem o bordo exterior da margem continental ou a linha cujos pontos distam 200 milhas náuticas do ponto mais próximo das linhas de base). Na ZEE, há direitos de soberania relativos à exploração e aproveitamento dos recursos vivos ou não vivos para fins económicos. A coluna de água e superfície da ZEE não se incluem no domínio público marítimo.²

b) A palavra “energia” deriva do grego “ergos” que significa trabalho. Neste aspeto, os conceitos jurídicos assimilam os conceitos científicos.

As energias renováveis são fontes naturais de energia que se renovam, nunca se esgotam e estão em constante regeneração e as *energias não renováveis* são recursos que depois de utilizados não podem ser regenerados pelo homem ou pela natureza em prazo útil. As fontes de energia não fósseis renováveis, são as energias eólica, solar, aerotérmica,

² Vd. RUI GUERRA DA FONSECA, ob.cit.p.101 ss. ANA RAQUEL MONIZ, *Os títulos de utilização privativa do espaço marítimo nacional. Reflexões a propósito da Lei n° 17/2014, de 10-4*, domínio público marítimo p.175 ss., sobre a diferença entre poderes primários e secundários, p. 182, sobre a concessão constitutiva p. 189, in: *20 anos da Entrada em Vigor da CNUDM- Portugal e os Recentes Desenvolvimentos no Direito do Mar*- coorden. Marta Chantal Ribeiro-Atas Conferência na FDUP em 29/10/2014- Ed. FDUP novembro 2015. www.dgrm.pt em 10.7.2016. www.dgpm.pt em 10.7.2016.

geotérmica, hidrotérmica, oceânica, hídrica, biomassa, gás de aterro, gás proveniente de estações de tratamento de águas residuais e biogás.³

3. Delimitação do tema

O tema desta investigação não é o direito internacional do mar, nem o direito do ambiente. Trata-se duma investigação de direito administrativo da energia do mar, e mais especificamente de direito administrativo das energias renováveis marinhas. Não se vai estudar o direito internacional do mar como ramo do direito internacional público, nem a CNUDM, nem a questão da primazia do direito internacional do mar sobre o direito interno do mar, nem os princípios do direito internacional do mar, etc. Esta investigação tem um objetivo mais estrito que o direito ambiental que se refere à proteção transversal e integral da qualidade do meio ambiente nas suas componentes físicas e humanas. O nosso objetivo é mais estrito, pois refere-se à regulação administrativa da energia renovável marinha, mais numa perspetiva energética renovável e económica do que ambiental.⁴

4. Legislação e regime jurídico

a) A Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020

Foi aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros nº 12/2014, de 12-2.

Baseia-se num novo paradigma de desenvolvimento proposto pela UE, o *crescimento azul e sustentável*, numa lógica intersetorial económica, ambiental e social, e com *precaução* pelo ambiente marinho e a biodiversidade. Não refere apenas as fontes de energia renovável.⁵

³ Vd. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, ps. 14ss., 99ss. www.edp.pt/setor da energia/sistema elétrico português. www.dgeg.pt. www.erse.pt. em 10.7.2016. www.jornaldaeconomiaedomar, dezembro 2015, p. 4ss.

⁴ Vd. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.816 ss- a transdisciplinaridade do direito do ambiente.

⁵ Vd. Diretiva 2008/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008- Diretiva-Quadro Estratégia Marinha. Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 sobre quadro para o ordenamento do espaço marítimo. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 20.2.2014, Primeira Fase de Aplicação da Diretiva-Quadro Estratégia Marinha.

Nos recursos não vivos, referem-se os recursos minerais metálicos no meio marinho, os recursos energéticos convencionais como os hidrocarbonetos, e os hidratos de metano.

Nas fontes de energia renováveis, no espaço marítimo, incluem-se a energia das ondas, das marés e das correntes, e o recurso eólico em áreas *offshore* com geradores eólicos flutuantes.

Procura-se fazer o zonamento do potencial combinado das energias marinhas, renováveis e não renováveis, convencionais e não convencionais. A intenção é assegurar o desenvolvimento económico, a segurança energética, a diminuição da pegada de carbono e boas práticas no controlo dos impactes ambientais.

b) O Plano Nacional de Ação das Energias Renováveis

Foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 20/2013, de 10 de abril.

O Plano considera que, na presente situação mundial de menor procura de fontes de energia, surgiu um desequilíbrio entre a capacidade de produção e o consumo de energia, originando-se uma oferta excessiva. Assim, convém uma melhor seleção dos projetos, devendo os apoios preferir as fontes de energia renovável com maior maturidade tecnológica e melhor rentabilidade económica. Para apoiar as tecnologias de menor maturidade tecnológica devem utilizar-se os meios de promoção de Investigação e Desenvolvimento (I&D) nacionais, europeus e internacionais.

Quanto à energia oceânica, o Plano chama a atenção para a conveniência de alterar o modelo de concessão existente, por exemplo, no que toca à responsabilidade pelos custos dos investimentos em infraestruturas de rede, e pelo carácter ainda experimental da tecnologia utilizada. Surgiu a possibilidade de aproveitar a zona piloto para outras fontes de energia renovável como a eólica *offshore*, gradiente de salinidade, gradiente de temperatura e correntes oceânicas. Face a este Plano Nacional, o projeto da energia das ondas não estará no primeiro lugar das preocupações e não se justifica, neste momento, a criação de mais zonas-piloto, porque a zona-piloto existente ainda não esgotou todas as potencialidades.

c) A Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional- Lei 17/2014, 10-4 e DL. 38/2015, 12-3.

c)1. As finalidades do ordenamento

Procurou-se nesta Lei aprovar um diploma específico e inovador para a matéria do ordenamento do espaço marítimo, não se contentando com meras adaptações das normas relativas ao ordenamento terrestre, ou costeiro ou à legislação do ambiente.

São as seguintes as finalidades do ordenamento previsto nesta lei de bases que passou a ser o documento legal central na matéria do ordenamento do espaço marítimo:

- opção entre os vários usos e atividades concorrentes;
- melhor aproveitamento económico do espaço marítimo nacional;
- proteção do meio marinho face às intervenções humanas;
- a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica permitem o desenvolvimento da economia do mar
- promover a sustentabilidade ambiental e a solidariedade intergeracional.

c)2. O conteúdo da Lei de Bases

A Lei de Bases contém essencialmente o regime jurídico dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional e o regime jurídico dos títulos de utilização privativa do espaço marítimo nacional.

Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional são: o plano de situação e os planos de afetação vinculativos das entidades públicas e direta e imediatamente dos particulares (art.4º do DL. 38/2015, 12-3 e arts. ss.).

A Lei de Bases prevê um procedimento por via eletrónica e balcão único eletrónico (3º).

Os direitos constitucionais dos interessados estão previstos, como o direito de participação dos interessados; o direito à informação gratuita (7º); o direito de participação (8º) de todos os cidadãos e das associações relacionadas com atividades marítimas; a solicitação de pareceres (13º); a comissão consultiva (14º); a reunião de concertação; o período de discussão pública (17º).

É necessário relacionar os instrumentos de ordenamento terrestre e marítimo. Assim, a Lei de Bases prevê a articulação e compatibilização dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional com os programas e planos territoriais (5º). O critério principal consiste em dar-se prioridade aos projetos que favorecem a utilização sustentável do espaço, a proteção dos ecossistemas marinhos e costeiros, a adaptação às mudanças climáticas, e o controlo dos riscos naturais e da erosão costeira. A utilização sustentável do espaço é um *conceito indeterminado* que permite uma *margem de discricionariedade* na atividade de coordenação integrada. A utilização sustentável do espaço deve garantir simultaneamente a preservação dos ecossistemas marinhos e costeiros, a adaptação aos efeitos das alterações climáticas e a minimização dos riscos naturais e da erosão costeira.

c)3. O Plano de Situação (art.9º do DL.nº 38/2015)

Este plano identifica a distribuição espacial e temporal dos usos e das atividades existentes e potenciais, e os valores naturais e culturais importantes para a sustentabilidade ambiental e solidariedade intergeracional.

Abrange a totalidade do espaço marítimo nacional, mas pode ter uma elaboração faseada. Inclui os recursos energéticos e as energias renováveis e localiza os cabos e ductos submarinos.

Competência (art.12º)- a elaboração do plano de situação é sempre determinada por despacho do membro do Governo responsável pelo mar, o qual indica a entidade pública responsável pela elaboração do plano e a sujeição ou não do plano a avaliação ambiental, e é sempre aprovado por Resolução do Conselho de Ministros, independentemente da zona marítima, configurando uma ampla intervenção pública estadual. A elaboração do plano de situação é cometido à Direção-Geral dos Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos (DGRM) e está sujeito a avaliação ambiental- vd. o Despacho nº 11494/2015, de 14-10. Segundo o texto deste despacho, o plano de situação é um “retrato presente e potencial do espaço marítimo nacional, representando e identificando a distribuição espacial e temporal dos usos e atividades existentes e potenciais”. Assim, se não passasse dum “retrato” poderia parecer que o plano de situação não possuiria um carácter regulamentar unilateral, porém, o plano de situação não é só isso, pois aos elementos de representação geo-espacial estão associadas normas de execução que identificam as restrições de utilidade pública, os regimes de salvaguarda, etc.(art.11º.2 do DL.nº 38/2015).

c) 4.O Plano de Afetação (art.19º do DL.nº 38/2015)

Estes planos afetam áreas e ou volumes do espaço marítimo nacional a usos e atividades não identificados no plano de situação e seus parâmetros de utilização.

Iniciativa Pública (22º)- a elaboração dos planos de afetação de iniciativa pública é determinada por despacho do membro do Governo responsável pela área do mar, o qual indica a entidade pública responsável pela elaboração do plano. A versão final é aprovada por Resolução do Conselho de Ministros.

O plano de afetação é considerado um projeto apenas sujeito a avaliação de impacto ambiental nos casos previstos no DL. 151-B/2013, de 31 de outubro.

Quanto a potenciais conflitos de usos ou de atividades e a respetiva realocização (27º), a entidade pública responsável pela elaboração do plano de afetação determina o uso ou atividade prevalecente segundo critérios de preferência, não taxativos, como a maior

vantagem social e económica para o país, etc., o que constitui um *conceito jurídico indeterminado* a conferir uma ampla margem de apreciação à Administração.

Pode existir realocação obrigatória por motivo de interesse público (29º) determinado pelo plano de afetação, que tem assim efeitos diretos, por exemplo, por motivo de questões ambientais, suportando o Estado os custos ou a indemnização, exceto no caso de causas naturais. Esta indemnização suportada pelo Estado só existe na realocação por interesse público, e o montante da indemnização parece seguir o critério do nº5 do art. 28º. Se a realocação resultar do pedido dum interessado num novo uso ou atividade, será este interessado no novo uso ou atividade que indemniza o detentor do título de utilização privativa (art. 28º.5). Estas indemnizações não têm a ver com as indemnizações expropriativas, porque aqui trata-se sempre de domínio público marítimo, e de títulos de utilização, e não do direito de propriedade privada, o que tem implicações no montante indemnizatório.

Iniciativa dos Interessados (30º)- os interessados na elaboração de plano de afetação podem apresentar ao membro do Governo responsável pelo mar proposta de *contrato para ordenamento* (30º), isto é, trata-se duma proposta contratual com uma versão inicial a ser aceite pela entidade administrativa. Por Resolução do Conselho de Ministros é aprovada a versão final do plano de afetação (35º). Neste caso, temos um contrato administrativo substitutivo dum regulamento, mas em que as prestações não estão submetidas à concorrência do mercado, a que não se aplica a parte II do Código dos Contratos Públicos (art. 5º1).

Invalidez dos Planos (art.42º) - os planos de situação e de afetação, sendo considerados regulamentos, não podem violar o bloco da legalidade. A nulidade prevista neste artigo não toma posição sobre uma hipotética hierarquia entre os planos territoriais e os planos de situação e afetação. A nulidade aqui prevista ocorre para os casos de coincidência de áreas ou de interdependência estrutural ou funcional de elementos, e em que os planos de situação e de afetação tenham sido elaborados e aprovados em violação de programa ou plano territorial preexistente sem uma coordenação integrada de ordenamento, não tendo sido ponderadas as medidas de compatibilização dos arts. 5º,18º,24º e 34º, do DL.nº 38/2015, de 12-3.⁶ Deve haver uma compatibilização recíproca,

⁶ Vd. FRANCISCO NORONHA, *Os Instrumentos de ordenamento do espaço marítimo e os conflitos de usos ou atividades na nova Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional*, in: 20 anos de Entrada em Vigor ob.cit., o plano de situação p. 160 ss., o plano de afetação é

e não uma hierarquização estrita, entre o plano de situação que abrange a totalidade do espaço marítimo nacional e os planos de afetação, afirmando-se no nº2 do art.19º do DL.nº 38/2015 que “os planos de afetação, assim que aprovados, ficam integrados no plano de situação, o qual é automaticamente alterado”.

c)5. A Utilização do Espaço Marítimo Nacional

Para além do ordenamento do espaço marítimo, surge uma questão que talvez seja mais crucial que é a da sua utilização, principalmente no aspeto económico e social. Podemos distinguir entre a utilização comum e a utilização privativa.⁷

A *Utilização Comum* (art.46º) por ex. uma atividade de lazer não sujeita a título de utilização privativa. O espaço marítimo nacional é de uso e fruição comuns, e a sua utilização não depende de título de utilização privativa, e não pode prejudicar o bom estado ambiental do meio marinho e o bom estado das águas costeiras e de transição.

A *Utilização Privativa* (art.47º) consiste na reserva de uma área ou volume para aproveitamento de recursos marinhos superior ao da utilização comum *com vantagem para o interesse público. A utilização privativa titulada por contrato ou ato administrativo desvantajosa para o interesse público é ilegal.*

É diferente se o uso ou atividade está previsto (a atribuição do título depende de pedido ou por iniciativa dos membros do Governo) ou não previsto no plano de situação – nesta segunda hipótese, exige-se prévia aprovação de plano de afetação (arts.49º e 50º).

A *Entidade Competente* pela atribuição do título de utilização privativa (51º) - a DGRM ou o serviço competente da Região Autónoma. Os critérios legais de distinção, para este efeito, entre concessão, licença e autorização parecem imprecisos.

A *Concessão* (art.52º): destina-se a regular o uso prolongado de área ou volume de forma ininterrupta com duração igual ou superior a 12 meses. Pelo aproveitamento de

hierarquicamente inferior e pode ser impugnado pelos interessados nos tribunais, p. 163 ss. HELENA CALADO, *Primeiras Reflexões Críticas da Abordagem da Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional*, p. 201 ss., in: 20 Anos da Entrada em Vigor ob.cit.

⁷ Vd. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Títulos de Utilização e Exploração do Domínio Público Marítimo*, p. 119ss,125ss,130ss., in: Direito Administrativo do Mar ob.cit. ANA RAQUEL MONIZ, Os títulos de utilização privativa do espaço marítimo nacional, ob.cit. p. 175ss, poderes primários e secundários p. 182, a concessão constitutiva p. 189. J.E. FIGUEIREDO DIAS, A Reinvenção da Autorização ob.cit., p. 439 a distinção dos atos autorizativos.

recursos energéticos não se paga taxa de utilização privativa. Celebra-se um contrato de concessão.

Licenças (art.54º): destinam-se ao uso temporário intermitente ou sazonal de área ou volume, prevendo-se o uso inferior a 12 meses. A duração máxima da licença é de 25 anos.

Autorizações (art.57º): estão previstas para projetos de investigação científica e de projetos-piloto de novos usos ou tecnologias ou sem carácter comercial. A duração máxima das autorizações é de 10 anos. Parece-nos que o regime da autorização que é mais simplificado, devia poder aplicar-se também a outras situações.

O procedimento de pedido de emissão de título de utilização privativa do espaço marítimo nacional pode ser iniciado a pedido do interessado (art.58º).

Pode haver procedimento, mediante concurso público, de iniciativa governamental (art.64º) se o plano de situação prevê como potencial o uso ou atividade ou se há plano de afetação .

Os interessados podem apresentar um pedido de informação prévia (art.74º) junto da DGRM através do balcão único sobre usos não previstos nos instrumentos de ordenamento.

O DL. nº 38/2015 não se aplica à zona piloto de produção de energia elétrica a partir da energia das ondas do mar, pois a esta aplicam-se o DL.nº 5/2008, de 8-1, e o DL.nº 15/2012, 23-1 (art.105º).

Quanto aos usos ou atividades dependentes de título de utilização privativa do espaço marítimo nacional, existe acesso por prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-membro da UE, o que já decorria da aplicação dos Tratados (art.106º).

d) DL.n.º 5/2008, de 8 de janeiro

Este diploma procurou servir o interesse de facilitar a instalação duma fonte renovável em fase inicial de desenvolvimento e a agilização deste procedimento. Estabelece o regime jurídico da utilização dos bens do domínio público marítimo, incluindo a utilização das águas territoriais. O objeto da regulamentação é a energia elétrica a partir da energia das ondas do mar na zona piloto delimitada (art.1º).

A zona piloto é um espaço marítimo delimitado sob soberania ou jurisdição nacionais em águas de profundidade superior a 30 m (art.4º).

A concessão para a exploração da zona piloto é atribuída a uma entidade gestora, por contrato de concessão pelo Estado em regime de serviço público, sendo as atividades de utilidade pública (art.5º).

As concessionárias das redes nacionais de distribuição (RND) e de transporte (RNT) de energia elétrica garantem a construção junto da zona piloto das infraestruturas para receber a energia elétrica fornecida pelos promotores (art.7º).

Compete à entidade gestora licenciar a instalação de protótipos e parques de energia de ondas em áreas da zona piloto (art.11º).

A produção de energia elétrica a partir da energia das ondas (21º) pode ser em :

Regime de Demonstração do Conceito- aplica-se se o promotor apresenta um conceito inovador e com potencial técnica e economicamente viável.

Regime Pré-comercial- aplica-se se o potencial técnico e económico estão demonstrados mas não existe maturidade ou o projeto não tem autosuficiência económica.

Regime Comercial- aplica-se se há maturidade suficiente que permita a exploração comercial.

O acesso à atividade de produção de energia elétrica em qualquer dos regimes atrás referenciados é titulado por *Licença de Estabelecimento e Licença de Exploração* a emitir pela entidade gestora, as quais respetivamente autorizam o promotor a instalar infraestruturas de produção de energia e a injetar a energia produzida na rede elétrica pública (22º).⁸

O *procedimento concursal* – o acesso à zona piloto em regime comercial é feito por concurso por iniciativa da entidade gestora (art.30º), sujeito às normas do Código dos Contratos Públicos. Este contrato está sujeito aos princípios da igualdade, concorrência e transparência- art. 1º nº4 do Código dos Contratos Públicos.

e) DL nº 172/2006, de 23 de agosto

⁸ MARISA CAETANO FERRÃO, *A produção de energia em ambiente marinho*, p. 214 ss., in: Atas do Colóquio Ambiente & Energia em 21/10/2010, organiz. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Faculdade Direito Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências jurídico-políticas. CARLA AMADO GOMES, *Ondas Renováveis: sobre o DL.nº 5/2008*, de 8 de janeiro , e outras considerações na sua orla, p. 399ss., in: Direito Administrativo do Mar ob. cit. SUZANA TAVARES DA SILVA, ob.cit., p. 99ss. TIAGO ANDRADE SOUSA, *Zona-Piloto das Ondas: Enquadramento e Novos Desafios*, p. 216 ss., in: 20 Anos de Entrada em Vigor ob.cit.

É direito supletivo do regime da zona piloto de energia das ondas, e aplica-se à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis fora da zona piloto.

Excluem-se deste diploma a produção de eletricidade em cogeração, a microprodução e a miniprodução, e a produção de eletricidade a partir das ondas na zona piloto.

Os princípios gerais deste diploma sobre produção de eletricidade a partir de fontes renováveis são a igualdade de oportunidades, a concorrência e o serviço público, sendo este último o mais caracterizador no ponto de vista do direito administrativo.

A atividade de produção de eletricidade em *regime especial* é livre, mas sujeita a controlo prévio, que consiste numa *licença de produção* a requerimento do interessado ou por *comunicação prévia* feita à Direção Geral de Energia e Geologia (DGEG).

A instalação de centros eletroprodutores de potência de ligação à rede superior a 1 MVA, a instalação em espaço marítimo sob soberania ou jurisdição nacional, etc. dependem de *licença de produção* (art.33º-E.2). Se a potência de ligação à rede for inferior basta a *comunicação prévia* que é um procedimento mais simplificado, porque a produção dos efeitos jurídicos não depende da emissão dum ato administrativo procedimentalizado. Vd. o art. 134º do Código do Procedimento Administrativo. Se o centro eletroprodutor estiver instalado em espaço marítimo sob soberania ou jurisdição nacional a licença de produção tem o prazo do título de utilização (art.33º.O).

A exploração em regime industrial do centro eletroprodutor depende de *prévia licença de exploração ou de certificado de exploração* (art.33º-E.4).

O regime de *remuneração garantida* exige previamente às licenças de produção e de exploração, a atribuição de reserva de capacidade de injeção na Rede Elétrica de Serviço Público (RESP). Neste regime, a remuneração não se forma no mercado, sendo entregue ao comercializador de último recurso (art.33º-G.3).

Nos centros eletroprodutores instalados em espaço marítimo sob soberania ou jurisdição nacional o pedido também deve ser instruído com certidão do *título de utilização* (art.33º-J.4).

5. Ponto da Situação. Resultados energéticos concretos.

Não se pode traçar um quadro demasiado otimista da atual situação de aproveitamento da energia a partir de fontes renováveis. Em parte, devido às dificuldades financeiras e orçamentais que permanecem, e não se esqueça que muito da iniciativa relacionada com as energias renováveis tem a ver com o papel das entidades públicas e comunitárias.

Façamos, então, um ponto da situação muito sucinto sobre os resultados energéticos concretos das energias renováveis marinhas. Como se sabe, foram suspensos todos os pedidos de injeção na rede elétrica entre fevereiro e outubro de 2012.

Houve descida do valor das tarifas que são indiferenciadas em função do tipo de fonte renovável.

Os projetos de energia das ondas em Portugal ainda não avançaram para a fase comercial. A demonstração “Wave Roller” em Peniche poderá em 2017 entrar na fase comercial.

A turbina eólica *offshore* da Aguçadoura-EDPR está ligada à rede elétrica desde dezembro de 2011.

A energia renovável das correntes e das ondas está na fase de prova do conceito.

A energia eólica *offshore* flutuante está na fase pré-comercial. Há um pedido de título de utilização privativa do espaço marítimo nacional de concessão para a instalação da central eólica “Windfloat Atlantic”.

Não há centros eletroprodutores marinhos ligados à rede nacional de transporte (RNT).

Não houve aprovação do Plano de Situação previsto no DL. 38/2015. A elaboração do plano de situação compete à DGRM, por força do Despacho nº 11 494/2015, de 14-10. Sem plano de situação ou de plano de afetação não devem ser atribuídos títulos de utilização privativa, porém, a atribuição de título de utilização privativa para uma atividade de investigação científica pode ser dispensada por despacho do membro do Governo competente de prévia aprovação de plano de afetação (art. 50º nº2 do DL.nº38/2015, de 12-3).

Ainda não está disponível o Balcão Único Eletrónico referido no DL. 38/2015.

Em 2014, Portugal foi o 3º país da UE com maior incorporação de energias renováveis na produção de energia elétrica, devido ao contributo das fontes hídrica e eólica (88% das FER- www.dgeg.pt-10.7.2017).⁹ No ano de 2016, houve, no mercado ibérico, uma redução de procura no setor da energia, em parte devido ao acréscimo da eficiência energética e da indústria não estar em fase de crescimento.

⁹ www.erse.pt em 10.6.2016. www.dgeg.pt em 10.6.2016. www.jornaldaeconomiadomar.com,dezembro,2015,p.4ss. Jornal de Notícias, de 13/7/2016, Especial Economia Ibérica,p.1ss-Espanha e Portugal estão bem interligados no setor energético através do Mibel, sendo os preços aproximados.

6. Considerações finais

É chegada a altura de alinharmos algumas considerações finais.

a) Há uma questão político-social prévia à regulamentação jurídica. O assunto resume-se sobre qual das duas concepções do papel do Estado se deve perfilhar. O Estado deve ser um agente promotor-interventor, ou o Estado deve permanecer numa segunda linha como Estado-garantia? Na primeira hipótese, considera-se o Estado como promotor da política das energias renováveis, da investigação científica e da deteção de recursos. Na segunda hipótese, configura-se o Estado-garantia no papel de regulador, de recetor de requerimentos e mediador da atribuição de subsídios às empresas. A primeira alternativa considera o Estado como investidor e principal responsável pela implementação das energias renováveis através de verbas disponibilizadas pelo orçamento geral do Estado. A segunda alternativa prende-se com a visão neoliberal da administração pública, e tende a transferir para os privados a iniciativa em matéria energética e, neste caso das energias renováveis. O DL.nº 5/2008 e o DL.nº38/2015 seguem tendencialmente a segunda alternativa.¹⁰

b) A questão da “privatização” do mar

Diz-se, por vezes, que a Lei de Bases nº 17/2014, de 10-4 pode ter um efeito privatizador na medida em que o acesso dos privados à utilização do espaço marítimo nacional é facilitado, podendo haver contratos de concessão bastante longos. De qualquer modo, parece-me que o Estado não tem a vocação de investidor no espaço marítimo nacional, e a questão que se coloca nas energias renováveis é a sua rentabilidade económica considerada como investimento. A referida Lei de Bases não retira às entidades públicas o papel de decisor final da política de utilização do espaço marítimo nacional. A titularidade dos “poderes públicos essenciais” sobre o ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional devem permanecer públicos, mas os “poderes instrumentais” de carácter administrativo e de gestão desde sempre, não é de agora, puderam ser concessionados a privados.

¹⁰ Vd.LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 50 ss.
J.E. FIGUEIREDO DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa* ob.cit., p. 614 ss.

c) É complicada uma perspetiva de “licenciamento zero”, ou do “Simplex do Mar”, por motivo de poder haver intervenção de vários organismos públicos e dos sempre possíveis conflitos dos usos e atividades, mas alguma coisa se poderá fazer no sentido da simplificação administrativa. É possível a conferência procedimental do art. 77º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), ou algo parecido com o “licenciamento único de ambiente” (LUA) que permite articular os vários procedimentos que se desenvolvem em simultâneo a partir dum único pedido. Vd. neste sentido o art. 62º do DL.38/2015.

d) A alternativa entre simplificar o procedimento geral relativo a energias renováveis ou criar mais zonas piloto. Julgo que a criação duma zona piloto com uma entidade gestora se revelou uma estrutura bastante rígida e sem as suficientes garantias de imparcialidade face aos eventuais promotores. Não tem sentido criar mais zonas piloto se a atual e única ainda pode acolher outros projetos ligados ou não à energia das ondas.

e) A questão da concessão de 45 anos à Enondas, SA ou o prazo máximo de 50 anos do DL. 38/2015. Chegaram a aparecer propostas de prazos mais longos, por exemplo, de 75 anos. Uma concessão deste tipo feita à Enondas, SA é diferente quanto aos riscos económicos e à incerteza do investimento de, por exemplo, uma concessão rodoviária. Porém, acho que são concessões demasiado longas tratando-se de desenvolvimento de energias renováveis que estão ainda numa fase inicial.

f) Só devia haver concessões na fase comercial em que a atividade é sustentável economicamente e portanto se pode exigir ao concessionário o pagamento de renda a entrar diretamente no erário público.

g) É mais aconselhável um procedimento simplificado na fase de demonstração do conceito e pré-comercial, bastando instrumentos administrativos como a licença ou a comunicação prévia com prazo.

h) Vd. o DL.nº15/2012, de 23-1. Por Resolução do Conselho de Ministros nº 49/2010, de 1-7 foi aprovada a minuta do contrato de concessão entre o Estado português e a sociedade comercial Enondas, Energia das Ondas, S.A. na qualidade de concessionária. Esta sociedade concessionária é integralmente detida pela REN- Redes Energéticas

Nacionais, SGPS, SA. Por motivo da privatização do capital social da REN- Redes Energéticas Nacionais, SGPS, SA, o capital social da concessionária Enondas, SA, deixou de ser maioritariamente público. Mesmo na situação da REN e a entidade gestora da zona piloto deixarem de ser controladas pelo Estado, definiu-se que a Enondas, Energia das Ondas, SA mantivesse a sua atividade no âmbito da concessão desde que permanecesse sob a égide da concessionária da rede nacional de transporte (RNT) de energia elétrica. O capital social da Enondas, SA pode ser detido por uma entidade privada, apesar da concessão ter sido atribuída por ajuste direto ao tempo em que a REN era controlada pelo Estado. O art. 5º.3 do DL.5/2008, de 8-1 só previa ajuste direto a uma entidade sob controlo efetivo do Estado, o que não acontece com o atual capital social da Enondas, SA. No Sistema Elétrico Nacional a atividade de transporte está entregue no regime de concessão em exclusivo e regime de serviço público à REN, que é detida por capital estrangeiro. O DL.15/2012, de 23-1 veio alterar o DL.5/2008, de 8-1 para a eventualidade da perda de controlo da entidade gestora por parte do Estado no sentido de afastar as dúvidas sobre se seria necessário lançar um novo concurso para a adjudicação da concessão que fora feita à Enondas, S.A. O art. 48º-A do DL.15/2012 afirma que “a concessão mantém-se em vigor, mesmo na situação em que a concessionária deixe de ser controlada pelo Estado, contanto que a mesma se mantenha detida, direta ou indiretamente, em percentagem superior a metade do seu capital social, pela concessionária da rede nacional de transporte (RNT) de energia elétrica ou por sociedade que se encontre em relação de domínio com essa concessionária”.

i) Em suma, o desenvolvimento das energias renováveis marinhas é essencialmente uma questão económica e tecnológica. A vantagem e papel do direito administrativo é dar garantia e segurança jurídica aos investidores, aos promotores e aos consumidores com preservação das regras da *transparência, concorrência, igualdade e dos interesses públicos gerais*.