

Direito da água

Coordenação científica:

João Miranda

Ana Luísa Guimarães

António Leitão Amaro

Mark Kirkby

Autoria:

Alexandra Leitão, Amadeu Ferreira Rocha,

Ana Luísa Guimarães, André Folque,

António Leitão Amaro, Dalila Romão,

Diogo Faria de Oliveira, Jaime Melo Baptista,

João Simão Pires, João Miranda,

José Mário Ferreira de Almeida,

Mark Kirkby, Rui Godinho,

Rui Medeiros e Sandra Guerreiro

Direito da água

Coordenação científica:

João Miranda

Ana Luísa Guimarães

António Leitão Amaro

Mark Kirkby

Autoria:

Alexandra Leitão, Amadeu Ferreira Rocha,

Ana Luísa Guimarães, André Folque,

António Leitão Amaro, Dalila Romão,

Diogo Faria de Oliveira, Jaime Melo Baptista,

João Simão Pires, João Miranda,

José Mário Ferreira de Almeida,

Mark Kirkby, Rui Godinho,

Rui Medeiros, Sandra Guerreiro

Edição:



Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Apoio:



Sêrvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL



Parceria Portuguesa
para a Água

FICHA TÉCNICA

Título:

Direito da água

Coordenação científica:

João Miranda, Ana Luísa Guimarães, António Leitão Amaro, Mark Kirkby

Autoria:

Alexandra Leitão, Amadeu Ferreira Rocha, Ana Luísa Guimarães, André Folque, António Leitão Amaro, Dalila Romão, Diogo Faria de Oliveira, Jaime Melo Baptista, João Simão Pires, João Miranda, José Mário Ferreira de Almeida, Mark Kirkby, Rui Godinho, Rui Medeiros, Sandra Guerreiro

Edição:

Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Conceção gráfica:

Dimensão 6, comunicação, design, publicidade, Lda.

Revisão linguística:

Laurinda Brandão

Composição, paginação:

Seleprinter Sociedade Gráfica, Lda.

Impressão e acabamento:

Seleprinter Sociedade Gráfica, Lda.

Tiragem:

1000 exemplares

Local e data de edição:

Lisboa, abril de 2013

ISBN:

978-989-8360-16-8

Depósito legal:

358274/13

PREFÁCIO DA ERSAR

Um dos objetivos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) no âmbito da sua intervenção regulatória é o apoio às entidades gestoras dos serviços de abastecimento de água e saneamento de águas residuais, visando a sua capacitação na procura de uma melhor qualidade do serviço prestado aos utilizadores e da melhoria da eficiência geral do setor. A edição de publicações inseridas na série editorial “Cursos técnicos” e sua divulgação pelas entidades gestoras e todos os interessados é um importante instrumento para atingir esses objetivos.

Com a atual edição do Curso técnico n.º 3 sobre “Direito da água”, numa colaboração entre a ERSAR e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pretende-se divulgar informação e reforçar competências em áreas tão estruturantes como os modelos de governação dos serviços de águas, dos recursos hídricos e do ordenamento do território, do domínio público hídrico, da contratação pública no setor da água e do regime económico-financeiro dos recursos hídricos.

A oportunidade desta publicação é reforçada pelo contexto atual de importantes transformações no setor e pelo importante papel que os aspetos legislativos e de organização estrutural têm no desenvolvimento salutar de um setor fundamental ao bem-estar das populações e ao ambiente. As previsíveis transformações sucedem à reforma encetada em 1993 para garantir o desenvolvimento sustentável dos serviços de águas. Essa estratégia tem-se revelado genericamente bem-sucedida, permitindo, nestes últimos dois decénios, avanços significativos ao nível do atendimento das populações, da gradual melhoria na qualidade dos serviços, da criação, embora tímida, de alguns mecanismos para a harmonização tarifária, da melhoria da gestão operacional dos sistemas, da clarificação dos papéis do setor empresarial estatal, municipal e privado e da existência de um número aceitável de concorrentes no setor municipal, do maior cumprimento dos normativos nacionais e comunitários, dos avanços na abordagem integrada na prevenção e no controlo da poluição e da melhoria da produtividade e competitividade do setor.

No entanto tem-se evidenciado a necessidade de algumas medidas corretivas, designadamente concluir a racionalização dos serviços de titularidade estatal por forma a promover a sustentabilidade económica e financeira das entidades gestoras, reduzir os custos dos serviços, uniformizar as tarifas por região, assegurar contratos com pressupostos atualizados e corretos, clarificar os papéis do Estado e dos municípios e

diminuir o nível de conflitualidade. É também necessário promover a racionalização dos serviços de titularidade municipal, ainda muito desagregados, por forma a promover a sua sustentabilidade económica e financeira, com reflexos na relação com as entidades gestoras em alta quando aplicável, na equidade entre consumidores e na proteção ambiental.

Revela-se ainda fundamental reforçar a eficiência e a eficácia do setor por forma a garantir, através da regulação e da publicação de vasta informação sobre os serviços prestados, a proteção dos interesses dos utilizadores, com a salvaguarda da viabilidade económica e dos legítimos interesses das entidades gestoras no curto, médio e longo prazo.

Finalmente, deve ser reforçada a introdução de mecanismos de garantia de acessibilidade económica por forma a moderar o impacte social da previsível correção tarifária, introduzindo maior equidade entre consumidores e protegendo situações sociais extremas.

A utilização deste Curso técnico em contexto académico e como instrumento de suporte técnico a todos os interessados possibilitará, assim, o apoio na formação de quadros técnicos qualificados para as entidades gestoras dos serviços e outros interessados no setor, através de um melhor conhecimento dos conceitos teóricos subjacentes à organização do setor e a uma adequada gestão dos serviços.

A ERSAR procura assim, nesta pareceria com o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dar mais um contributo para a melhoria da qualidade dos serviços de águas e deste modo defender os interesses dos utilizadores destes serviços públicos essenciais.

Jaime Melo Baptista

(Presidente do Conselho Diretivo da ERSAR)

Carlos Lopes Pereira

(Vogal do Conselho Diretivo da ERSAR)

PREFÁCIO DA COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

A presente obra reúne textos das intervenções proferidas pelos oradores na Conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 29 de março de 2012, sobre “O futuro dos serviços públicos de água”, no curso de pós-graduação sobre Direito da Água, organizado entre abril e junho de 2012 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da mesma Faculdade, e trabalhos apresentados por participantes no referido curso.

A publicação desta obra procura responder à escassez de textos jurídicos sobre temáticas ligadas ao Direito da Água. Não obstante isso, a obra procura também assegurar a interdisciplinaridade mediante a integração de textos com uma perspetiva não estritamente jurídica.

A obra encontra-se organizada em cinco partes fundamentais: modelos de governação dos serviços públicos de águas; recursos hídricos e ordenamento do território; domínio público hídrico; contratação pública no setor da água; regime económico-financeiro dos recursos hídricos.

Na primeira parte são debatidas temáticas da maior atualidade, uma vez que, num contexto em que as políticas públicas associadas aos serviços públicos de abastecimento e de qualidade de águas conheceram no decurso dos últimos anos uma evolução positiva no nosso País, mas em que parece imprescindível a reestruturação do setor, nomeadamente para assegurar a sua sustentabilidade económica e financeira, revela-se fundamental lançar pistas de reflexão sobre as perspetivas de desenvolvimento futuro dos serviços de águas.

Por sua vez, o enlace entre a matéria dos recursos hídricos e do ordenamento do território é encarado sob as óticas do planeamento de recursos hídricos e do regime especial aplicável às áreas de aproveitamento hidroagrícola.

A terceira parte é reservada para o estudo das temáticas da dominialidade pública dos recursos hídricos, que adquiriram uma relevância significativa com a recente publicação da Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro), do respetivo regime complementar (Decreto-Lei n.º 77/2006, de 30 de março), da Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos (Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro) e do Regime de Utilização dos Recursos Hídricos (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio). Neste âmbito, são igualmente equacionadas as questões suscitadas pela gestão e concessão das áreas portuárias.

Noutro quadrante situam-se as matérias da contratação pública no setor da água que convocam a aplicação do regime dos designados “setores especiais”, surgido, por influência da União Europeia, para setores da atividade económica anteriormente excluídos do âmbito de aplicação do Direito da Contratação Pública. Neste campo, são apontadas linhas de orientação para a delimitação do âmbito subjetivo e objetivo de aplicação das regras da contratação pública no setor específico da água e, bem assim, para a compreensão de alguns aspetos desse regime.

A concluir, em sede de regime económico-financeiro procuram deslindar-se alguns dos complexos problemas levantados pela contrapartida exigida pela prestação do serviço de abastecimento de água.

Naturalmente, os temas versados na presente publicação estão muito longe de esgotar o leque de matérias suscetível de ser enquadrado num estudo de Direito da Água. No entanto, os diferentes artigos constituem – espera-se – contributos para o lançamento de reflexões num setor que se encontra sujeito a uma permanente atualização e que, provavelmente, pelo menos na dimensão relativa ao funcionamento dos serviços públicos de água, irá conhecer profundas reformas nos tempos mais próximos.

A realização do curso de pós-graduação e a publicação da presente obra não teriam sido possíveis sem a colaboração da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, pelo que é devido um justo agradecimento ao respetivo Conselho Diretivo e, em especial, ao seu presidente, engenheiro Jaime Melo Baptista, sempre inexcedível no apoio que nos foi prestado.

Os Coordenadores Científicos

João Miranda

Ana Luísa Guimarães

António Leitão Amaro

Mark Kirkby

ÍNDICE

	pág.
PARTE I – MODELOS DE GOVERNAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA	1
O futuro dos serviços públicos de água	3
O futuro dos serviços públicos de água: experiências internacionais	9
O futuro dos serviços públicos de água: o caso português	23
Perspetivas de reorganização institucional dos serviços de água	37
Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro	67
Experiências internacionais da regulação dos serviços públicos de água	89
Perspetivas de evolução da regulação dos serviços públicos de água	95
PARTE II – RECURSOS HÍDRICOS E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO	105
Ordenamento de recursos hídricos e planeamento das águas	107
Regime jurídico das áreas de aproveitamento hidroagrícola	133
PARTE III – DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO	155
A titularidade e a administração do domínio público hídrico por entidades públicas ..	157
A utilização do domínio público hídrico por particulares	183
A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo	227
A gestão e a concessão das áreas portuárias	251
PARTE IV – CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SETOR DA ÁGUA	285
<i>Regimes</i> de formação dos contratos nos “setores especiais”	287

A contratação pública nos setores da água e do saneamento (âmbitos subjetivo e objetivo de aplicação do regime de contratação pública nestes setores)	329
---	-----

**PARTE V – REGIME ECONÓMICO-FINANCEIRO
DOS RECURSOS HÍDRICOS 359**

A contrapartida pelo serviço de abastecimento de água.	361
--	-----

SOBRE OS AUTORES 397

PARTE I

**MODELOS DE GOVERNAÇÃO
DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA**

O FUTURO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA

Diogo Faria de Oliveira

Presidente da Associação das Empresas Portuguesas para o Setor do Ambiente (AEPSA).

1. Nota introdutória

No setor das águas todos os intervenientes devem ter uma função bem definida pois, caso contrário, não se pode construir um setor forte, eficiente e justo. E hoje creio que é consensual que todos os atores têm um papel importante a desempenhar no setor das águas.

Não se pode pensar no setor sem a função legisladora, estratégica, fiscalizadora e reguladora do Estado.

Não se pode planear sem os municípios.

Não se pode evoluir tecnologicamente sem os privados.

Não se pode investir sem a banca.

Não se pode atrasar mais o acesso dos serviços à população.

E, finalmente, não se podem estabelecer preços sem a conjugação de todas estas variáveis.

Mas quando se fala do papel dos privados no setor das águas há uma tendência muito grande para misturar argumentos ideológicos e políticos com estratégias e objetivos concretos.

Cada um destes argumentos tem um local certo e um momento certo de decisão. E cada um deles influencia e limita o seguinte.

As opções que se fazem num momento devem ser assumidas no longo prazo e não há muita margem para recuos e hesitações, que normalmente saem caros e comprometem os objetivos definidos.

E por isso é fundamental clarificar o papel que cada ator tem no setor e atribuir-lhe responsabilidades claras porque o setor da água necessita urgentemente de estabilidade e de um rumo.

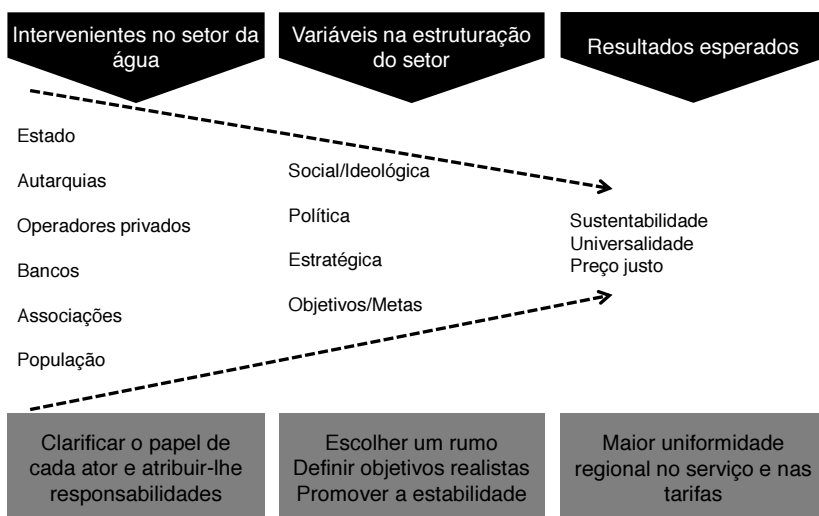


Figura 1 – O futuro dos serviços públicos de águas

Só assim se conseguirá um preço da água mais justo, com menos assimetrias regionais e mais sustentável.

Neste contexto, há um conjunto de frases feitas e de ideias preconcebidas que surgem contra o papel dos privados no setor e que convém esclarecer definitivamente.

São mitos, ou chavões, que convém desmistificar.

2. Os quatro “chavões” sobre os privados no setor da água

Chavão #1: Os privados só olham para o lucro

Esta afirmação está errada.

As empresas privadas que investem neste setor procuram investimentos seguros e estáveis e sabem aguardar várias décadas pelo retorno do capital.

No setor da água, os investimentos das empresas privadas têm retornos de capital fixados pelos concedentes e fiscalizados pela entidade reguladora. A sua recuperação é de longo prazo e o lucro está limitado a valores máximos.

Nas concessões multimunicipais de serviços de águas – públicas –, em 2010 os lucros atingiram 59 milhões de euros¹. Embora estas empresas sejam públicas, não há limites para os lucros que geram.

Nas concessões municipais de serviços de águas – privadas –, em 2010 os resultados líquidos atingiram 14 milhões de euros². Os operadores privados têm rentabilidades fixas e, mesmo que obtivessem lucros acima das TIR contratadas, essa margem reverteria para a redução das tarifas e não para os resultados dos acionistas.

Se os operadores privados só olhassem para o lucro, certamente não iriam investir no setor da água mas noutros setores mais liberalizados.

Chavão #2: Os privados só investem em zonas rentáveis e com elevadas densidades populacionais

Esta afirmação está errada.

Até agora os operadores privados concorreram a todos os concursos públicos abertos pelos municípios independentemente da região, densidade populacional, âmbito ou duração da concessão.

Alcanena, Batalha, Campo Maior, Carrazeda de Ansiães, Elvas e Trancoso são alguns exemplos de municípios de reduzida dimensão em que os operadores privados assumiram a gestão dos sistemas municipais.

O investimento acumulado dos operadores privados de concessões municipais atingiu 936 milhões de euros³ em 30 municípios, o que representa mais de 30 milhões de euros por município.

Este valor está muito acima da média nacional. Se o investimento para os 278 municípios do continente fosse da mesma ordem de grandeza (30 milhões/município), representaria um investimento total de 8340 milhões de euros. Infelizmente, este nível de investimento em redes municipais de abastecimento e de saneamento nunca se realizou.

Na realidade, até hoje as concessões são a única forma de garantir a renovação das redes e a sustentabilidade do serviço para as gerações futuras em municípios de pequena dimensão.

¹ Fonte: ERSAR, *RASARP 2010*, Sumário Executivo.

² *Idem*.

³ Fonte: ERSAR – *Relatório anual do setor de águas e resíduos em Portugal*, 2010.

Chavão #3: A água é um bem público e não deve estar nas mãos dos privados

Concordamos com a afirmação.

A água é um bem universal, público e inalienável.

No entanto, as concessões prestam um serviço público. A água (leia-se as suas infraestruturas) não é propriedade dos operadores privados. Os ativos pertencem às autarquias e os investimentos realizados pelos operadores privados revertem para as autarquias.

O serviço é prestado em continuidade, sem discriminações e com respeito pelos direitos humanos e ambientais. E existe um regulador, que deve ser forte, independente e ter poderes bem definidos. De facto, a AEPSA defende:

- O reforço da intervenção do regulador.
- O aumento das exigências do regulador.

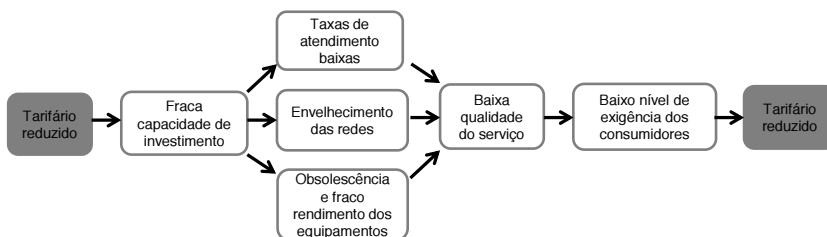
Na realidade, a água não deve estar nas mãos dos privados, mas o serviço de tratamento e distribuição da água e a recolha e tratamento das águas residuais deve ser assegurado por operadores privados para garantir a sua sustentabilidade e qualidade.

Chavão #4: Os privados cobram tarifas mais altas

Esta afirmação só pode ser correta se for tida em consideração a subsídio que os municípios praticam nos seus tarifários.

Muitas vezes as tarifas dos municípios não cobrem a amortização dos investimentos e nem sequer os custos de exploração, o que significa que não são os consumidores que suportam esses custos mas os contribuintes.

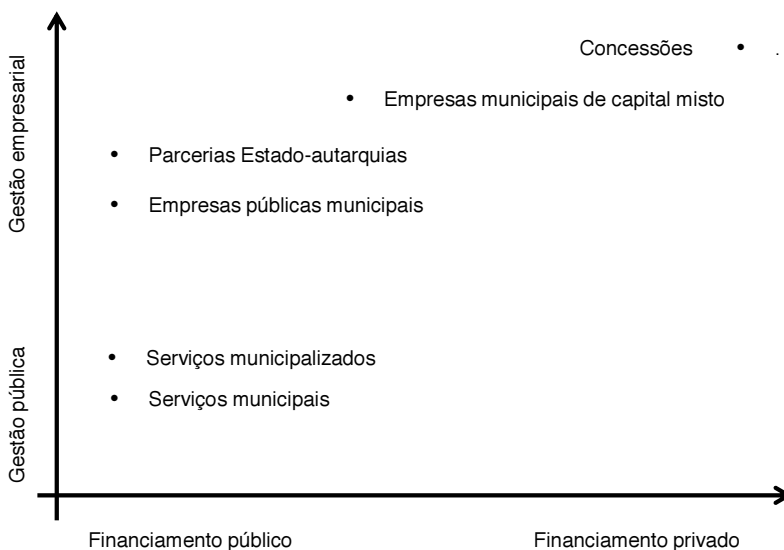
Como os proveitos não cobrem os custos os municípios não têm capacidade de investimento, não renovam as redes e a qualidade do serviço degrada-se. E como o serviço é mau, também não há legitimidade para aumentar os preços. Ou seja, a subsídio gera um ciclo vicioso difícil de quebrar:



Em Portugal existem 261 entidades gestoras de água em baixa⁴:

- 26 concessionárias municipais;
- 22 empresas municipais;
- 2 concessionárias multimunicipais;
- 1 parceria Estado/autarquias;
- 22 serviços municipalizados;
- 188 serviços municipais.

Estas entidades podem ser grosseira e esquematicamente assim orientadas quanto ao tipo de gestão e de financiamento:



⁴Fonte: ERSAR, RASARP 2010.

Em regra geral, as formas “empresariais” de gestão são economicamente mais equilibradas que a gestão direta municipal.

A subsidiação das tarifas pode ser verificada no quadro comparativo de preços publicado anualmente pela APDA, segundo o qual as câmaras praticam os preços mais baixos. Logo a seguir vêm as concessões, à frente dos SMAS, EP e EM:

Quadro 1 – Preços médios em função do tipo de entidade gestora

	120 m³				200 m³			
	Preço médio (€/m³)	Valor (€)	Preço médio ponderado (€/m³)	Valor (€)	Preço médio (€/m³)	Valor (€)	Preço médio ponderado (€/m³)	Valor (€)
Câmara	0,247	29,59	0,377	45,19	0,241	48,13	0,363	72,67
SMAS	0,604	72,48	0,611	73,27	0,591	118,12	0,621	124,23
EP ou EM	0,479	57,53	0,544	65,29	0,497	99,37	0,524	104,71
Concessão	0,491	58,95	0,454	54,51	0,505	100,97	0,462	92,46

(Fonte: APDA, *O mercado e os preços*, 2010)

Ainda no que se refere às tarifas das concessionárias, recorro que decorrem de processos de concurso internacionais, em que o tarifário é o critério de adjudicação mais importante. Ou seja, as tarifas são determinadas com base em preços de mercado, competitivos, nos quais as ineficiências de custos são eliminadas e os preços otimizados.

Dito de outra forma: as tarifas dos operadores privados enquadram-se perfeitamente na média nacional.

Finalmente, termino a minha intervenção com uma citação.

Em Outubro de 2010 a revista americana *Newsweek* dedicou um artigo ao tema “Liquid Asset” – Ativo Líquido. Ao fim de sete páginas o artigo terminava assim: “Em última análise, ambas as entidades, públicas e privadas, terão de trabalhar juntas. E brevemente. Se não gerirmos a nossa água agora, ela vai faltar. E quando isso acontecer, não haverá preço ou modelo de gestão no Mundo que nos salve.”

O FUTURO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

João Simão Pires

Católica Lisbon School of Business & Economics.

1. Experiências internacionais

No quadro da conferência inaugural desta primeira edição do curso de pós-graduação de atualização sobre Direito da Água, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, esta intervenção teve como principal propósito apresentar aos participantes um panorama internacional sobre as várias tipologias de organização territorial da prestação de serviços urbanos de águas (abaste-cimento e saneamento).

Num primeiro exame, verifica-se que o grau de agregação territorial da prestação dos serviços de águas é substantivamente díspar à escala internacional, refletindo em larga medida a forma como a responsabilidade pela provisão destes serviços se encontra administrativamente organizada.

Ao nível das economias da OCDE, o desenvolvimento da prestação destes serviços através de redes fixas tem início essencialmente durante o final do século XIX e início do século XX, tendo sido uma responsabilidade tipicamente assumida a nível local. Esta tradição municipalista permanece patente até aos dias de hoje, principalmente na Europa e América do Norte, na medida em que, com exceção das principais áreas metropolitanas, onde naturalmente se desenvolveram operadores de grande dimensão, a escala de organização permanece de matriz local.

2. Estruturas fragmentadas (economias da OCDE)

A elevada fragmentação territorial derivada da génese municipal/local da prestação de serviços de águas através de redes públicas é emblematicamente representada pelo caso norte-americano. Nos Estados Unidos estão contabilizadas cerca de 54 mil entidades gestoras, sendo que apenas aproximadamente 500 (menos de 1%) servem mais de 100 mil habitantes. No Quadro 1 apresenta-se o exemplo do estado de West Virginia, que conta com mais de 300 operadores para uma população inferior a dois milhões de habitantes.

O caso canadiano apresenta contornos similares. Mesmo no caso de um território de reduzida dimensão, como o estado de Prince Edward Island, encontramos 14 entidades gestoras para uma população pouco superior a 100 mil habitantes.

Esta fragmentação é igualmente característica da generalidade dos países da Europa continental. No caso da França, país que conta com 36 mil municípios, mesmo tendo presente que 29 mil se encontram integrados em cerca de dois mil sistemas intermunicipais, ainda assim temos uma escala média para estes sistemas de maior dimensão em torno dos 20 mil habitantes servidos por sistema. Consequentemente, a escala média nos demais municípios que mantêm soluções autónomas situa-se pouco acima dos três mil habitantes.

O caso francês é igualmente representativo do facto de que o grau de participação privada na prestação destes serviços não está necessariamente ligado a uma maior agregação territorial dos sistemas. Com efeito, este é o mercado “doméstico” dos operadores privados mais ativos no plano internacional (Veolia, Suez e SAUR), os quais são responsáveis pela prestação do serviço de abastecimento e de saneamento a, respetivamente, 75 e 52% da população francesa. Neste caso, a elevada concentração dos operadores privados poderá ser sintomática do desenvolvimento de economias de escala e *know-how* especializado no que concerne a funções e serviços partilhados a nível central.

Outro exemplo do paradigma continental europeu é o caso da Grécia. Nas áreas metropolitanas de Atenas e Salónica, que representam cerca de metade da população grega, encontramos dois grandes operadores integrados (EYDAP e EYATH), pelo que no remanescente do país a escala média de operações se situa em torno dos cinco mil habitantes (fenómeno apenas parcialmente explicável pelo elevado número de ilhas).

Quadro 1 – Serviços de águas – Estruturas de mercado fragmentadas (economias da OCDE)

País (território)	Pop. (milhões)	Densidade populacional (Hab./Km ²)	PIB p.c. (PPP) ¹ ('000 USD)	Escala de referência ²		Agregação territorial (E. Escala)	Agregação AA+AR (E. Gama)	Integração vertical (E. Processo)
				# EG	'000 hab./EG			
Portugal	10,5	111	21,9	50	125	Baixa	Elevada	Baixa
EUA (West Virginia)	1,8	29	46,3	345	5	Baixa	Parcial	Elevada
Canadá (PE Island)	0,14	24	38,7	14	10	Baixa	Parcial	Elevada
França	64,4	118	32,8	2000	21	Baixa	Elevada	Elevada
Grécia	11,0	84	30,0	1100	10	Baixa	Elevada	Elevada

(Fonte: CIA World Factbook)

¹ PIB *per capita* reportado a 2009 e expresso em PPP (*Purchasing Power Parity*).

² É indicada a percentagem da população servida pelos operadores de maior dimensão, bem como a sua dimensão média. No caso português isto significa que a dimensão média dos operadores de menor dimensão, que serve o remanescente da população, é de apenas 15 mil habitantes.

A coexistência de operadores de elevada dimensão nas principais cidades com uma elevada fragmentação rural é igualmente patente nos casos da Alemanha, Áustria, Espanha e Dinamarca.

3. Experiência de economias emergentes

No caso de economias emergentes, designadamente na América Latina, embora se encontrem estruturas fragmentadas de matriz municipal (Colômbia, México, Costa Rica) (Quadro 2), o desenvolvimento mais recente destes serviços no contexto de processos de rápida urbanização durante o século XX, bem como a adoção de modelos mais centralizados de organização das funções do Estado, poderão estar na génese de estruturas de mercado mais concentradas.

Assim, o caso brasileiro caracteriza-se por uma elevada concentração da indústria ao nível estadual, de que é exemplo o Distrito Federal com apenas um operador integrado (CAESB). Os operadores públicos integrados chegam a atingir mais de dez milhões de habitantes servidos, caso da SABESP (São Paulo), com 26,7 milhões de habitantes servidos, e da CEDAE (Rio de Janeiro), com cerca de 13 milhões. Todavia, em alguns estados, fora das principais áreas urbanas, a fragmentação da prestação dos serviços é frequentemente substantiva, isto é, reverte-se para uma escala municipal.

A título de exemplo, no estado de Goiás encontramos uma empresa estatal dominante (Saneago) que serve 80% da população, sendo o remanescente servido por dez outros operadores de menor dimensão. Com uma população e organização administrativa similares à portuguesa (10,6 milhões de habitantes e 327 municípios), o estado do Rio Grande do Sul segue, por um lado, o “modelo brasileiro” na medida em que 70% da sua população é servida por uma empresa estadual (CORSAN). No entanto, no remanescente do território, em vez de uma reversão para uma matriz municipal encontramos sete operadores regionais com uma escala média de 450 mil habitantes servidos.

No caso do Uruguai, com exceção de Montevideo, onde o serviço de saneamento é assegurado diretamente pelo município, e do departamento de Maldonado (servido pela empresa de capitais mistos Aguas de la Costa), o país é quase integralmente servido pela empresa estatal OSE.

Já no tocante aos países que integram o antigo bloco soviético, modelos mais centralizados da organização das funções do Estado terão contri-

Quadro 2 – Serviços de águas – Estruturas de mercado em economias emergentes

País (território)	Pop. (milhões)	Densidade populacional (Hab./Km ²)	PIB p.c. (PPP) ('000 USD)	Escala de referência		Agregação territorial (E. Escala)	Agregação AA+AR (E. Gama)	Integração vertical (E. Processo)
				# EG	% pop.			
Portugal	10,5	111	21,9	50	125	60%	○ Baixa	○ Baixa
Colômbia	44,4	39	8,2	2886	15	100%	○ Baixa	● Elevada
México	108,7	56	13,9	10 500	10	100%	○ Baixa	● Elevada
Costa Rica	4,1	85	10,8	1800	2	100%	○ Baixa	● Elevada
Brasil (Brasília)	2,4	423	9,4	1	2400	100%	● Elevada	● Elevada
Brasil (Goiás)	5,6	17	9,4	1+10	4500/110	80%	● Elevada	● Elevada
Brasil (R.G. do Sul)	10,6	37	9,4	1+7	7400/450	100%	● Elevada	● Elevada
Uruguai	3,5	19	10,7	2	1800	100%	● Elevada	● Elevada
Peru	28,7	22	7,3	50	550	100%	● Elevada	● Elevada
Arménia	3,2	101	5,2	2	1350	85%	● Elevada	● Elevada
Lituânia	3,4	52	15,6	47	70	90%	● Média	● Elevada
Eslóvaquia	5,5	111	18,7	14	370	95%	● Elevada	● Elevada
República Checa	10,3	132	23,7	1211	9	100%	○ Baixa	● Elevada

buído para estruturas de organização da prestação dos serviços mais agregadas à escala regional. No caso da Arménia encontramos essencialmente cinco operadores públicos à escala regional, sendo os dois maiores responsáveis pelo serviço a 85% da população. No caso da Lituânia, outra

antiga república soviética, 90% da população é servida por cerca de 50 operadores regionais integrados.

Exemplo singular é o da antiga Checoslováquia. Enquanto na Eslováquia se mantém uma estrutura agregada com cerca de 95% da população servida por 14 operadores integrados, na República Checa, com exceção das principais cidades (Praga e Brno), no quadro da transição de regime assistiu-se a uma descentralização de responsabilidades que resulta numa muito elevada fragmentação de serviços nas áreas rurais, situação que se tem procurado corrigir.

4. Estruturas concentradas (economias da OCDE) e experiências recentes de reconfiguração da prestação dos serviços

Linha comum aos principais processos de reconfiguração dos serviços de águas nas últimas três décadas tem sido a procura de uma maior agregação da organização territorial da sua prestação passando, em vários casos, por uma avocação da titularidade destes serviços para um nível central ou regional.

No plano europeu, a reestruturação iniciada em Inglaterra e País de Gales durante a década de 70 constitui um referencial fundamental, podendo talvez falar-se mesmo de um modelo “britânico”, o qual viria a inspirar outros processos. Numa fase inicial a titularidade dos serviços foi assumida pelo Estado, que consolidou a sua prestação a nível regional atendendo à configuração das bacias hidrográficas.

No final da década de 90, após um processo de introdução de regulação e privatização das entidades gestoras, encontravam-se em operação 39 empresas privadas. Atualmente, após vários processos de fusão, encontram-se em operação 12 operadores de abastecimento (*WoCs – Water only Companies*) e dez operadores integrados de abastecimento e saneamento (*WaSCs – Water and Sewerage Companies*), dos quais a Thames Water, que serve 13,8 milhões de habitantes na zona de Londres, é o de maior dimensão.

No caso da Escócia, a avocação da titularidade local destes serviços, em moldes similares aos ocorridos em Inglaterra e País de Gales, deu inicialmente origem a quatro entidades gestoras de âmbito regional. Na medida em que os custos do serviço na entidade gestora incumbida de servir o Norte

do país (zona das Highlands, abrangendo igualmente vários arquipélagos dispersos) continuaram a ser politicamente entendidos como excessivos, procedeu-se subsequentemente à constituição da Scottish Water como operador público integrado para toda a região.

Temos assim um exemplo duplamente interessante na medida em que a reestruturação não passou por uma “privatização” dos serviços e em que, por motivos de solidariedade interregional, o grau de agregação foi além do que resultaria apenas de uma estrita procura de economias de escala e de eficiência. Situação similar se verifica na Irlanda do Norte com a Northern Ireland Water como único operador (igualmente público e regulado).

Um segundo referencial no plano europeu é o caso de Itália. No início da década de 90 a prestação dos serviços de águas encontrava-se atomizada em cerca de 8,2 mil municípios (e 14,5 mil prestadores que maioritariamente se encontravam sobre a administração direta destes). As reformas introduzidas pela Lei Galli de 1994 utilizaram as 20 regiões administrativas em que se divide o país para agrupar as áreas de serviço.

Cada região ficou incumbida de definir no seu interior um número limitado de Áreas Territoriais Ótimas (ATO) procurando uma integração ao nível de bacias hidrográficas (em termos de origens e zonas de descarga) e uma adequada escala de operações segundo parâmetros demográficos, técnicos e administrativos. Com a criação de 91 ATO a Lei Galli impulsionou igualmente a integração da prestação dos serviços de abastecimento e de saneamento, na medida em que tem vindo a crescer o número de ATO em que os serviços estão acometidos a uma única entidade gestora.

O caso holandês apresenta algumas características igualmente interessantes, na medida em que a procura de economias de escala se centrou no serviço de abastecimento e na vertente em alta do serviço de saneamento. Em termos históricos a prestação do serviço de abastecimento teve origem no setor privado (ainda com 3,5 mil prestadores em 1850 e ainda 2,5 mil em 1953), que viriam a ser gradualmente substituídos pelos municípios, atingindo-se em 1990 cerca de 130 operadores. Com efeito, desde a Lei de Abastecimento de Água de 1957, as 12 províncias holandesas ficaram encarregues da organização do setor, vendo o seu mandato reforçado pelas emendas de 1971 e 1975.

A atual estrutura do setor resulta de fusões voluntárias dos operadores concretizadas na década de 90:

Quadro 3 – Serviços de águas – Estruturas concentradas (economias da OCDE) e reconfigurações recentes

País (território)	Pop. (milhões)	Densidade populacional (Hab./Km ²)	PIB p.c. (PPP) (’000 USD)	Escala de referência			Agregação territorial (E. Escala)	Agregação AA+AR (E. Gama)	Integração vertical (E. Processo)
				# EG	(’000 hab./EG)	% pop.			
Portugal	10,5	111	21,9	50	125	60%	○ Baixa	● Elevada ○ Baixa	
Colômbia	44,4	39	8,2	2886	15	100%	○ Baixa	● Elevada	
México	108,7	56	13,9	10 500	10	100%	○ Baixa	● Elevada	
Costa Rica	4,1	85	10,8	1800	2	100%	○ Baixa	● Elevada	
Brasil (Brasília)	2,4	423	9,4	1	2400	100%	● Elevada	● Elevada	
Brasil (Goiás)	5,6	17	9,4	1+10	4500/110	80%	● Elevada	● Elevada	
Brasil (R.G. do Sul)	10,6	37	9,4	1+7	7400/450	100%	● Elevada	● Elevada	
Uruguai	3,5	19	10,7	2	1800	100%	● Elevada	● Elevada	
Peru	28,7	22	7,3	50	550	100%	● Elevada	● Elevada	
Arménia	3,2	101	5,2	2	1350	85%	● Elevada	● Elevada	
Lituânia	3,4	52	15,6	47	70	90%	● Média	● Elevada	
Eslováquia	5,5	111	18,7	14	370	95%	● Elevada	● Elevada	
República Checa	10,3	132	23,7	1211	9	100%	○ Baixa	● Elevada	

- abastecimento a cargo de dez empresas públicas regionais com territórios não necessariamente coincidentes com as delimitações administrativas das províncias;
- saneamento em baixa (recolha) permanecendo descentralizado ao nível dos 460 municípios;
- saneamento em alta (tratamento e destino final de águas residuais) a cargo de 27 autoridades de água.

Fora do continente europeu e a nível de economias da OCDE, o setor australiano é um outro exemplo de referência de uma estrutura de organização geograficamente concentrada. Cerca de 30 entidades gestoras são responsáveis pelo serviço a cerca de 70% da população o que nos remete para uma escala média de cerca de 500 mil habitantes, sendo a Sidney Water o maior operador servindo cerca de quatro milhões de habitantes no estado de New South Wales. O Quadro 3 apresenta igualmente os casos do estado de Western Australia, onde a Water Corporation é o operador dominante, servindo 90% da população no estado (nas zonas rurais encontramos mais de 25 prestadores de serviços de saneamento de águas residuais) e de Vitória.

Neste estado, a Melbourne Water foi até 1994 o operador integrado de serviços de águas na área metropolitana desta cidade. Em virtude da reestruturação dos serviços, a empresa ficou responsável pelos serviços de águas em alta, tendo sido criados três operadores em baixa para esta área metropolitana, o que constitui um exemplo de procura de introdução de concorrência virtual uma vez esgotados os benefícios de escala. No remanescente do território estadual encontramos cerca de 12 operadores regionais (integrados) que servem cerca de 400 localidades.

A nível das economias emergentes assume particular destaque a substancial reestruturação do setor empreendida no Chile, com início na década de 80, o qual se encontra atualmente sob gestão essencialmente privada. Cinquenta operadores integrados asseguram a prestação dos serviços, o que resulta numa dimensão média apreciável (acima dos 300 mil habitantes servidos). Entre as maiores entidades gestoras contam-se as Aguas Andinas (1,8 milhões de clientes) e a ESSBIO (880 mil clientes).

5. Reflexões sobre a organização territorial da prestação dos serviços de águas em Portugal

O conhecimento de casos internacionais, da sua evolução histórica e, em particular, de experiências de reestruturação setorial é um contributo fundamental para uma melhor análise e reflexão sobre o “futuro dos serviços de águas em Portugal”. Como vimos, não são apenas as características tecnológicas desta indústria (e sua evolução ao longo do tempo) que determinam a configuração das entidades gestoras responsáveis pela prestação destes serviços essenciais (em termos de população servida, âmbito territorial, leque de serviços, grau de integração vertical das operações, modelo de gestão, propriedade dos ativos...).

No caso português, no início da década de 90 o modelo quase universal de prestação dos serviços de águas em Portugal (com exceção da EPAL) era a gestão direta à escala autárquica através de serviços municipais ou municipalizados. A subsequente reestruturação dos setores dos serviços de águas (e resíduos) iniciada na primeira metade desta década assenta essencialmente na convicção da existência de economias de escala *ex-ante* na criação de sistemas a uma escala territorial regional.

Nesse sentido, a interpretação do n.º 2 do artigo 1.º (“Objeto”) do primeiro diploma que define os sistemas multimunicipais de águas (e resíduos) (Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto) merece ser complementada com o preâmbulo desse diploma:

“2 — São sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, sendo a sua criação precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos.”

Preâmbulo: “Nestes termos, o presente diploma distingue entre sistemas multimunicipais e municipais, considerando os primeiros como os sistemas em ‘alta’ (a montante da distribuição de água ou a jusante da coleta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abranjam a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado, e os segundos todos os restantes, independentemente de a sua gestão poder ser municipal ou intermunicipal.” (...)

“Desta forma, são criadas as condições para um acréscimo de eficácia na prestação da Administração em matéria de abastecimento de água e de recolha e tratamento de esgotos e resíduos sólidos, facto que irá beneficiar os respetivos utentes destes serviços.”

A estratégia subsequentemente seguida pautou-se pelo *un-bundling* da cadeia de atividades associadas à prestação dos serviços de águas e pela agregação à escala supramunicipal das atividades em alta, sendo que a distribuição aos utilizadores finais, a recolha de efluentes domésticos e a gestão do respetivo *interface* comercial permaneceram na esfera de responsabilidade dos municípios.

Embora do ponto de vista estritamente técnico e económico, no pressuposto de existência de economias de escala, gama e processo, se possa descrever esta abordagem como de *second-best* (face a um referencial de sistemas plenamente integrados à escala regional), vários fatores devem ser tidos em linha de conta na apreciação dos seus méritos:

- potencial relutância dos municípios em se distanciarem por completo da responsabilidade na prestação destes serviços públicos essenciais;
- maiores necessidades de investimento em novas infraestruturas na vertente em alta, onde os benefícios resultantes do desenho de soluções territorialmente integradas são maiores;
- complexidade de gestão associada a processos de fusão de estruturas municipais e municipalizadas preexistentes;
- interesse de operadores privados no acesso ao setor, em particular por via da concessão de serviços municipais.

Consequentemente, poder-se-á descrever a linha seguida como uma “boa solução possível” atendendo aos constrangimentos presentes, quer de ordem política e institucional, quer de gestão prática dos processos de infra-estruturação e desenvolvimentos dos serviços.

De qualquer forma, o atual quadro legislativo português continua a precizar a reconfiguração da prestação dos serviços de águas e resíduos no pressuposto da verificação *ex-post* de economias de escala, de gama e de processo.

Em concreto, o regime jurídico dos serviços municipais de águas e resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, prevê no n.º 3 do artigo 5.º (“Princípios gerais”):

“3 – A organização dos sistemas deve privilegiar:

- a) A gestão integrada territorialmente mais adequada associada à prestação de cada um dos serviços, de forma a minimizar custos através da maximização de economias de escala;
- b) A gestão integrada dos sistemas de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas e de sistemas de saneamento de águas pluviais, de forma a maximizar economias de gama;
- c) A gestão integrada de todo o processo produtivo associado a cada um destes serviços, de forma a maximizar economias de processo através de um maior grau de integração vertical.”

Estes princípios encontram-se igualmente tangibilizados nos Planos Estratégicos aprovados para o setor. Em 2007, aquando da aprovação do PEAASAR II, encontravam-se constituídos 31 sistemas plurimunicipais prestadores de serviços de águas em alta, abrangendo, respetivamente, 83% e 77% dos municípios do Continente nas vertentes de abastecimento e de saneamento.

O PEAASAR II 2007-2013 explicita a importância de explorar potenciais economias adicionais, facto patente no próprio texto do Despacho de aprovação pelo MAOTDR, de 28 de dezembro de 2006:

“Para a consecução dos objetivos prevê-se a adoção de um conjunto de medidas, de que se destacam: (...)

- c) Promover uma maior integração territorial e funcional de sistemas plurimunicipais vizinhos, de forma a potenciar economias de escala e de gama e mais-valias ambientais;
- d) Promover a criação, na vertente em ‘baixa’, de sistemas integrados, tanto quanto possível territorialmente articulados com as soluções existentes na vertente em ‘alta’, e com um regime tarifário uniformizado na área de intervenção de cada sistema; (...)
- f) Estimular o investimento privado e promover a concorrência, com especial destaque para um alargamento e dinamização muito significativos do mercado dos contratos de exploração e de prestação de serviços, promovendo assim o desenvolvimento do tecido empresarial nacional e local; (...)”

Subjacentes a estas linhas de orientação, temos:

- a verificação de que o grau e cadência de investimento pelos municípios na vertente em baixa, em particular no tocante à articulação com os sistemas em alta, haviam ficado significativamente aquém do desejado;
- o reconhecimento de que o insuficiente grau de recuperação de custos pela via tarifária coloca em risco a sustentabilidade financeira de todo o setor e a preocupação com o potencial agravamento futuro das assimetrias territoriais na acessibilidade económica aos serviços;
- a preocupação em manter abertas oportunidades de maior participação de operadores privados no setor.

Assim, no mesmo preâmbulo vemos refletido:

“Tendo em vista uma resolução mais eficaz dos problemas de infraestruturação e gestão que continuam pendentes na ‘baixa’, o PEAASAR 2007-2013 propõe um modelo de alargamento da parceria entre o Estado e as autarquias, cuja adoção depende da conjugação da vontade de ambas as partes, que consiste na integração, em certas condições, das infraestruturas das ‘baixas’ municipais nos sistemas multimunicipais existentes ou a criar. (...)”

Em suma, a evolução deste setor em Portugal nas duas últimas décadas tem sido fruto de uma complexa interação de fatores de natureza tecnológica, económica, institucional e política. O mesmo será expectável no futuro.

O FUTURO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA: O CASO PORTUGUÊS

Rui Godinho

Presidente do Conselho Diretivo da Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas (APDA).

O setor do abastecimento de água e do saneamento de águas residuais em Portugal conheceu uma grande evolução, especialmente ao longo do último meio século. Durante décadas, a gestão do setor em Portugal assentou numa base tradicionalmente municipalista. Uma lei de 1977 impedia a entrada de capitais privados neste setor. A abertura à iniciativa privada só aconteceu em 1993, verificando-se, nos últimos anos, uma entrada crescente de operadores e de capital estrangeiro.

A atual arquitetura geral do setor da água e saneamento em Portugal encontra-se segmentada em sistemas em alta (a vertente grossista, desde a captação até às entidades distribuidoras) e sistemas em baixa (a vertente retalhista, que faz a distribuição/recolha ao consumidor).

O setor da água e saneamento em Portugal é presentemente caracterizado por uma grande diversidade em termos dos modelos de gestão existentes: serviços municipais, serviços municipalizados, empresas municipais, concessões privadas e parcerias público-privadas, entre outros.

De acordo com os dados constantes da publicação *Água e saneamento em Portugal – o mercado e os preços* (APDA, 2010), a distribuição das entidades gestoras de água por tipo (modelo de gestão) e dimensão é a apresentada nos quadros seguintes.

Quadro 1 – Tipo e dimensão das entidades gestoras de abastecimento de água

Entidade gestora	Abastecimento de água			
	2005	2007	2009	2011
Câmara municipal	234	232	220	207
Serviços municipalizados	31	29	28	24
Empresa pública ou municipal	14	18	22	26
Concessão	22	22	26	27
Total	301	301	296	284

(Fonte: APDA, 2012)

Quadro 2 – Tipo e dimensão das entidades gestoras de abastecimento de água

Entidade gestora	N.º de entidades		População residente abrangida (INE 2011)		N.º de clientes domésticos (2011)	
	N.º	%	N.º	%	N.º	%
Câmara municipal	207	72,9%	3 448 822	32,7%	1 607 308	34,1%
Serviços municipalizados	24	8,5%	2 477 076	23,5%	1 142 508	24,3%
Empresa pública ou municipal	26	9,2%	2 746 352	26%	1 257 911	26,7%
Concessão	27	9,5%	1 883 603	17,8%	700 033	14,9%

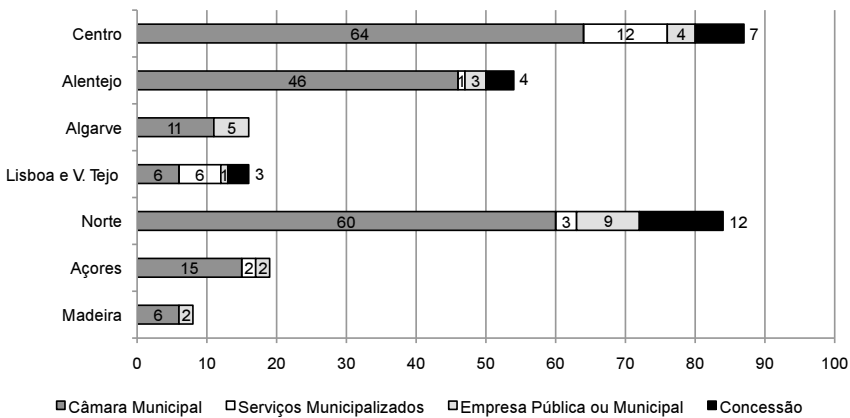
(Fonte: APDA, 2012)

A distribuição da dimensão das entidades gestoras de água – por número de clientes – é a seguinte:

Quadro 3 – Dimensão das entidades gestoras de abastecimento de água

Dimensão da entidade gestora	N.º de entidades		População residente	Clientes domésticos
< 5000 clientes	91	32%	5,2%	5,9%
5000 a 20 000 clientes	127	44,7%	24%	23%
20 000 a 50 000 clientes	45	15,8%	27%	26,3%
50 000 a 100 000 clientes	12	4,2%	16,6%	15,8%
> 100 000 clientes	9	3,2%	27,3%	29,1%

(Fonte: APDA, 2012)



(Fonte: APDA, 2012)

Figura 1 – Distribuição das entidades gestoras de abastecimento de água por modelo de gestão e por regiões

Em Portugal, verifica-se que a acessibilidade física do abastecimento e a qualidade da água têm melhorado muito ao longo dos últimos anos.

Mais 1500 mil habitantes foram servidos com abastecimento de água desde 1993, o que significa que o objetivo do Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas Residuais (PEAASAR) foi atingido antes de 2013.



(Fonte: APDA, 2012)

Figura 2 – Evolução do nível de cobertura do serviço de abastecimento de água em Portugal (1994-2009)

Mais 4 milhões e 800 mil habitantes foram servidos com “água segura” desde 1993. Prevê-se atingir cerca de 99% em 2013.



Figura 3 – Evolução da percentagem de água controlada e de boa qualidade em Portugal (1993-2010)

No que concerne à acessibilidade física do saneamento, a mesma tem melhorado mas ainda está longe do objetivo.

Mais 4 milhões de habitantes foram servidos com saneamento e tratamento de águas residuais desde 1993. Prevê-se atingir cerca de 80% em 2013.

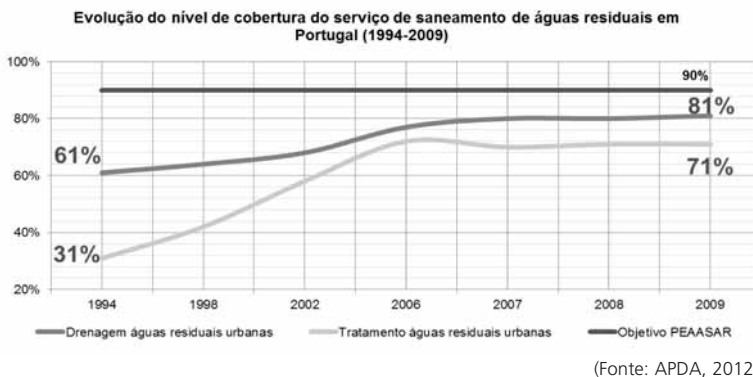


Figura 4 – Evolução do nível de cobertura do serviço de saneamento de águas residuais em Portugal (1994-2009)

Verifica-se que no abastecimento de água estamos próximos dos objetivos, mas no saneamento ainda não. Os restantes indicadores de qualidade de serviço têm vindo a melhorar gradualmente. O País encontra-se presentemente em evolução de uma fase de “infraestruturação” para uma fase de “gestão patrimonial”.

Presentemente em Portugal coexistem entidades gestoras:

- prósperas e financeiramente desequilibradas;
- bem e mal dimensionadas;
- eficientes e ineficientes;
- com custos muito diferentes para serviços idênticos;
- com práticas de recuperação integral de custos e cobertura de custos dependente da subsidiação;
- com preços no consumidor economicamente acessíveis e outras com valores desproporcionados.

No setor da água e saneamento são múltiplos os fatores que concorrem para o atual panorama:

- vultuosos investimentos em poucos anos para superar atrasos de desenvolvimento;
- maior esforço de investimento em regiões com condições naturais, demográficas, económicas e sociais mais adversas: baixa densidade e dispersão da população;
- orografia mais acidentada, menores disponibilidades de água;
- custos operacionais mais elevados e menores capacidades de gestão à partida.

Em nosso entender, ao longo dos anos foram cometidos alguns erros, de entre os quais há a salientar:

- situações de planeamento inadequado face a um rápido afluxo de fundos comunitários;
- sobredimensionamento de sistemas devido a projeções irrealistas de populações e respetivas necessidades;
- constituição de ativos dimensionados para situações de ponta – capacidade ociosa;
- ativos com vida económica longa – perspectiva de prazo longo de recuperação do capital investido;

- seleção de soluções técnica e economicamente pouco eficientes;
- criação de entidades gestoras do mesmo tipo em realidades demográficas e socioeconómicas diferentes, tratando do mesmo modo o que era diferente.

São, pois, de vária ordem as dificuldades sentidas no setor da água e saneamento em Portugal:

- não são exclusivas dos sistemas multimunicipais mais referidos;
- há concessões municipais em situação grave, entre concedente e concessionário, verificando-se fortes pressões para renegociar tarifas, prazos de concessão, diminuição de investimentos e valor das rendas (por exemplo. Barcelos);
- casos de gestão direta com insustentabilidade não visível porque camuflada nos orçamentos municipais através de “subsídios”;
- a complexa situação financeira do setor afeta operadores públicos e privados, modelos de gestão de administração direta ou indireta, entidades municipais ou supramunicipais;

No entanto, a gama e a qualidade do serviço prestado pelas entidades gestoras é substancialmente diferente, para mais e melhor, do que há duas décadas.

O estudo da APDA *Água e saneamento em Portugal – o mercado e os preços* assenta nas seguintes condições prévias:

- consumo de 120 m³/ano e 200 m³/ano;
- preço de saneamento calculado a partir de tarifa fixa e variável;
- quota de serviço – contador com diâmetro de 15 mm;
- preço médio e preço médio ponderado em análise por grupos de entidades gestoras.

Quanto ao abastecimento de água, os preços médio e médio ponderado (por NUT II) são os que constam no Quadro 4.

**Quadro 4 – Preços médio e médio ponderado (por NUT II)
de abastecimento de água**

	120 m ³ – 2011			
	Preço médio (€/m ³)	Valor (€)	Preço médio ponderado (€/m ³)	Valor (€)
Nacional	0,819	98,23	0,945	113,39
Norte	0,861	103,33	1,016	121,89
Centro	0,914	109,71	1,004	120,49
Lisboa e Vale do Tejo	0,887	106,48	0,962	115,39
Alentejo	0,723	86,74	0,772	92,60
Algarve	0,706	84,69	0,724	86,84
Açores	0,573	68,71	0,721	86,57
Madeira	0,607	72,80	0,677	81,25

(Fonte: APDA, 2012)

A evolução registada nos preços do abastecimento de água entre 2006 e 2009 foi a seguinte:

Quadro 5 – Evolução dos preços médios ponderados do abastecimento de água para 120 m³, por NUT II, entre 2008 e 2011

	2008/9	2009/10	2010/11	2008/11 (*)
Nacional	1,23%	3,03%	2,11%	2,12%
Norte	1,83%	3,44%	1,08%	2,11%
Centro	0,86%	4,82%	2,84%	2,83%
LVT	0,81%	1,06%	1,45%	1,11%
Alentejo	3,66%	1,99%	8,89%	4,81%
Algarve	-1,77%	7,78%	0,79%	1,65%
Açores	1,16%	0,80%	3,15%	1,70%
Madeira	2,19%	2,03%	3,48%	2,57%

(Fonte: APDA, 2012)

No que diz respeito ao saneamento de águas residuais, os preços médio e médio ponderado (por NUT II) são os que constam no Quadro 6:

Quadro 6 – Preços médio e médio ponderado (por NUT II) de saneamento de águas residuais

	120 m ³ – 2011			
	Preço médio (€/m ³)	Valor (€)	Preço médio ponderado (€/m ³)	Valor (€)
Nacional	0,426	51,09	0,606	72,75
Norte	0,486	58,37	0,572	68,62
Centro	0,498	59,79	0,624	74,90
Lisboa e Vale do Tejo	0,685	82,15	0,755	90,61
Alentejo	0,274	32,91	0,335	40,18
Algarve	0,487	58,38	0,639	76,73
Açores	0,107	12,89	0,250	29,97
Madeira	0,143	17,15	0,175	20,95

(Fonte: APDA, 2012)

A evolução dos preços médios ponderados para 120 m³, por NUT II, foi a seguinte:

Quadro 7 – Evolução dos preços médios ponderados do saneamento para 120 m³, por NUT II, entre 2008 e 2011

	2008/9	2009/10	2010/11	2008/11 (*)
Nacional	4,61%	10,38%	16,58%	10,42%
Norte	3,93%	10,18%	13,18%	9,03%
Centro	7,18%	16,69%	17,09%	13,56%
LVT	2,90%	5,31%	18,56%	8,71%
Alentejo	14,58%	16,70%	14,68%	15,32%
Algarve	0,61%	19,51%	22,47%	13,77%
Açores	17,32%	8,42%	5,80%	10,40%
Madeira	2,88%	-2,91%	6,21%	1,99%

(*) Taxa média de crescimento anual

(Fonte: APDA, 2012)

Em Portugal, o preço unitário de venda de água em alta varia no intervalo entre 0,3468 €/m³ (mínimo) e 0,6577 €/m³ (máximo). O valor máximo é, assim, um pouco menos do dobro do valor mínimo.

Por seu turno, o preço unitário de venda de água em baixa varia no intervalo entre 0,078 €/m³ (mínimo) e 1,758 €/m³ (máximo). O valor máximo é, assim, cerca de vinte e duas vezes o valor mínimo.

O peso do custo com a aquisição de água na fatura do consumidor varia no intervalo entre 42% (mínimo) e 151,9% (máximo).

Por outro lado, verifica-se que, em média, o utilizador final do serviço de saneamento continua a não pagar, sequer, a fatura do serviço em alta.

O preço unitário do saneamento em alta varia no intervalo entre 0,2764 €/m³ (mínimo) e 0,9552 €/m³ (máximo). O valor máximo é, assim, cerca do triplo do valor mínimo.

Já o preço unitário de saneamento em baixa varia no intervalo entre 0,0 €/m³ (mínimo) e 2,10 €/m³ (máximo).

O peso do custo com o tratamento de água residual na fatura do consumidor varia no intervalo entre 34,5% (mínimo) e 213,7% (máximo).

Os sistemas tarifários praticados permitem apenas a recuperação parcial dos custos não financiados por subsídios comunitários.

Dados do Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e Águas Residuais (INSAAR) (2009) permitem concluir que se verificam níveis de recuperação de custos de 90% para os serviços de águas e apenas 46% para os serviços de saneamento de águas residuais.

De acordo com a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), a dispersão de valores dos tarifários dos serviços de águas e saneamento constitui uma forte distorção na sua racionalidade, equidade e sustentabilidade. Nos 308 municípios portugueses, apenas em cinco o custo dos serviços de águas e saneamento excede 1% do rendimento médio familiar. A média ponderada é de 0,5%.

Foi introduzido pela ERSAR o indicador de acessibilidade económica ao serviço, definido como se segue:

$$lae(\%) = \frac{\text{Encargo médio do agregado familiar com os serviços}}{\text{Rendimento médio disponível por agregado familiar}}$$

A situação portuguesa é em média confortável, embora com pressão de subida. A acessibilidade económica destes serviços de águas em Portugal é atualmente de 0,5%. Portugal (ERSAR) recomenda valores deste índice inferiores a 1% (máximo 2%). Diversos países europeus recomendam valores inferiores a 2%, enquanto os EUA recomendam valores inferiores a 2,5%. Já a OCDE recomenda valores inferiores a 3%.

Os dados do estudo ECSI Portugal (sistema de medida da qualidade dos bens e serviços disponíveis no mercado nacional, por via da satisfação do cliente, criado com o objetivo de fornecer às empresas meios que lhes permitam analisar anualmente a perceção dos seus clientes em relação aos bens/serviços fornecidos, tornando-se um indicador de medida da *performance*) mostram que a água ocupa o quarto lugar no *ranking* dos setores.

O ECSI Portugal já é desenvolvido nos seguintes setores de atividade: água, banca, seguros, combustíveis, gás, transportes de passageiros, rede telefónica fixa, rede telefónica móvel, televisão por cabo, fornecimento de Internet e comunicações postais.



(Fonte: APQ/IPQ/ISEGI, 2011)

Figura 5 – Ranking ECSI dos setores

Quanto a propostas para melhorar o setor, salientamos as seguintes:

- melhorar a “eficiência estrutural do setor”, excessivamente fragmentado e desarticulado;
- melhorar a “eficiência orgânica das entidades gestoras” – reclama boa informação interna e externa;
- assegurar a sua sustentabilidade económica e financeira com um adequado nível de recuperação de custos;
- sistemas em alta – reorganização já feita, ou em curso, em parte do território;

- sistemas em baixa – reorganização através da integração horizontal, aglomeração de vários municípios criando entidades gestoras de dimensão suficiente para obtenção da “escala mínima eficiente”;
- é necessário um “município-âncora” para conferir escala à entidade gestora e racionalidade à formatação de cada caso;
- soluções especiais – simples e apropriadas – para os espaços rurais e de montanha;
- os mais elevados “custos de dimensão de mercado” ou de “baixa densidade demográfica” verificados nas entidades gestoras do interior devem ser compensados com a introdução de mecanismos de perequação – criação e implementação de um Fundo de Equilíbrio Tarifário;
- o Fundo de Equilíbrio Tarifário conferirá mais equidade e racionalidade aos preços e tarifas praticados e condições de sustentabilidade de várias entidades gestoras;
- fusão de operadores do litoral e do interior, abrangendo grandes e pequenos municípios e espaços de alta e baixa densidade territorial.

É necessário, portanto, evoluir para uma harmonização tarifária no todo nacional, através da aplicação de instrumentos do tipo Fundo de Equilíbrio Tarifário associado a mecanismos de perequação.

São igualmente necessárias correções tarifárias progressivas, associadas a ações de reestruturação na geometria dos sistemas existentes e integração horizontais e verticais, com o objetivo de conferir perspectivas de viabilidade a entidades gestoras em risco.

Situações haverá que recomendarão uma evolução da aplicação do conceito de “recuperação total dos custos” (*full cost recovery*) para o conceito de “recuperação sustentável dos custos” (*sustainable cost recovery*), ferramenta que pode revelar-se mais ajustada à necessidade de considerar devidamente as componentes sociais, ambientais e outras.

É provável, contudo, que ocorram movimentos de integração e de harmonização do setor, decorrentes não tanto da vontade dos atores em presença mas antes da indispensável necessidade de pôr termo à insustentabilidade de várias situações.

Para assegurar uma gestão sustentável dos serviços há que ter em conta um conjunto de aspetos, de entre os quais se destacam:

- adaptação à mudança e inovação;
- criação de novos modelos de gestão envolvendo o ciclo urbano da água completo;
- especialização das entidades gestoras;
- generalização de uma prática de gestão realmente profissional;
- manter qualidade de serviço, preservar recursos naturais, qualificar o ambiente.

A gestão em ambiente de carência de meios financeiros obriga a uma particular atenção à produtividade dos recursos naturais, financeiros e humanos (eficiência produtiva), implica um maior nível de eficiência económica e reforça a aplicação do princípio da subsidiariedade (só fazer a um nível mais elevado o que se não pode fazer bem a um nível mais baixo), sempre com o objetivo central de melhoria da governação das entidades gestoras.

Quanto ao modelo de organização do setor, torna-se indispensável clarificar o papel pretendido para os diferentes atores:

- Estado – acionista, regulador, tutela ambiental.
- Municípios – SMM (acionistas e clientes).
 - Baixas (entidades gestoras, concedentes, clientes).
- Privados – concessionários, acionistas (?).
 - Alta e/ou baixas (?).

Há que clarificar e redefinir o modelo global em que assenta a criação dos sistemas multimunicipais, nomeadamente os contratos de concessão que lhes estão atribuídos.

Num setor com estas características (monopólio natural) as políticas públicas são fundamentais, uma vez que o mercado apresenta muitas limitações.

Deste modo, algumas questões têm que ser levantadas:

- Que políticas setoriais e globais deverão ser praticadas em ordem a garantir-se a sustentabilidade do setor como um todo e das entidades gestoras *de per si*?

- Quais os atores principais e que papel deverão desempenhar na concretização das medidas que permitam disponibilizar serviços de águas e saneamento de qualidade em todo o País, a um preço justo e adaptado ao poder de compra dos utilizadores?

Caminhar com segurança para patamares de sustentabilidade indiscutíveis implica, assim, que não se retroceda no essencial quanto ao que nos conduziu aos elevados níveis de atendimento em abastecimento de água e saneamento de águas residuais, e também obriga à tomada de novas medidas que, corrigindo erros cometidos, garantam a continuação dos indiscutíveis progressos já alcançados.

As respostas contemplam, portanto, a necessidade de uma abordagem ampla, profunda, informada e politicamente esclarecida da situação do setor e a tomada de decisões articuladas e coerentes – e não casuísticas – sobre os novos desafios para os serviços de águas em Portugal, com os quais estamos e estaremos confrontados no futuro próximo.

Quanto à regulação do setor, a universalização regulatória da ERSAR é portadora de perspetivas de introdução de racionalidade nas tarifas e no desempenho dos diversos tipos de operadores. É indispensável o reforço da independência e meios de funcionamento da ERSAR, enquanto entidade administrativa independente, com intervenção da Assembleia da República.

Há que fixar indicadores de desempenho e reforçar a eficiência técnica, económica, social e ambiental dos serviços, adotando boas práticas de gestão (combate às perdas, entre outras) e prosseguindo e aprofundando a comparação a nível internacional, através de exercícios de *benchmarking*, analisando outras situações e mercados de serviços de águas e saneamento que tiveram de se reestruturar.

PERSPETIVAS DE REORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS DE ÁGUA¹

António Leitão Amaro

Mestre em Direito pela Universidade de Harvard, EUA. Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior Técnico. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Deputado à Assembleia da República na XI e XII Legislaturas.

1. Introdução

O acesso à água é vital para a vida humana, quer na perspetiva da vida individual, quer para o funcionamento da sociedade e de muitas das suas atividades e serviços.

Da existência de recursos hídricos ao seu aproveitamento pelas comunidades humanas vai um passo que é preenchido em grande medida pelos designados “serviços de águas”.

Os “serviços de águas” asseguram às pessoas quer o acesso à água, quer a recolha daquela que rejeitam após utilização. Assim, estes serviços compreendem dois segmentos distintos, embora complementares, de atividades: (a) o abastecimento de água para consumo humano, servindo as populações urbanas e rurais e as atividades como os serviços, o comércio e a indústria inseridas na malha urbana; (b) a drenagem e o tratamento das águas residuais urbanas.

Os serviços de águas cuidam, portanto, do designado “ciclo urbano da água”. Este conceito não compreende todos os usos humanos da água, como por exemplo a irrigação agrícola, o aproveitamento hídrico para produção de eletricidade, a pesca ou as atividades recreativas em espaço hídrico.

¹ Este texto baseia-se na apresentação realizada no curso de pós-graduação Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tendo a apresentação sido realizada em 10 de abril de 2012, o presente texto foi atualizado com breves referências a decisões dos órgãos de soberania tomadas ainda no curso do ano de 2012.

A essencialidade para a vida humana dos serviços de águas nas duas valências de abastecimento e saneamento é hoje universalmente aceite, como o demonstra reconhecimento pela Organização das Nações Unidas do “direito à água e ao saneamento” como um dos direitos humanos².

Em relação aos recursos hídricos em si, os serviços de águas assumem três funções essenciais: instrumentalidade, garantia e limitação.

Desde logo, os serviços de águas são instrumentos essenciais para que os recursos hídricos sejam aproveitados pelas comunidades humanas.

Por outro lado, os serviços de águas são garantia (institucional³) do direito das pessoas de acesso à água, mas também do direito à saúde (vertentes da hidratação e sanitária) e do direito ao ambiente.

Finalmente, os serviços de águas cumprem ainda uma função de limitação no aproveitamento dos recursos hídricos. Ao “canalizarem” quer o acesso, quer a rejeição de águas residuais, os serviços de águas estão a disciplinar a atuação das pessoas nestas matérias. Esta limitação do aproveitamento das águas joga em benefício mútuo: dos próprios recursos hídricos, que são mais protegidos; das pessoas globalmente consideradas, para quem os recursos hídricos são um objeto essencial à sua vida e realização.

Nestes termos, quer o direito dos recursos hídricos, quer o direito dos serviços de águas, visam, simultânea e intrinsecamente, cumprir dois fins: proteger os recursos e os sistemas hídricos e assegurar os usos da água pelos seres humanos. Uma visão antropocêntrica do Direito implica que estes dois fins sejam permanentemente ligados e se limitem mutuamente.

No que respeita ao direito dos serviços de águas importa aqui analisar a organização institucional, ou estrutural-institucional, do setor.

Ora, são quatro as funções ou papéis essenciais na organização e funcionamento do setor: o planeamento, a regulação, a prestação material do serviço e o respetivo financiamento.

No que respeita às entidades responsáveis por tais funções, são concebíveis sistemas puros ou mistos que envolvam diferentes tipos de entidades: o Estado – diretamente ou através de um braço regulador ou empresarial; enti-

² Cfr. http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf

³ “Garantia institucional” na linguagem do Direito Constitucional.

dades públicas descentralizadas, como os municípios – também diretamente por serviços municipais ou através de empresas municipais ou serviços municipalizados; ou entidades privadas, associativas ou empresariais.

São concebíveis e existem sistemas puros em que todas as funções relevantes cabem à mesma entidade, que nesse caso e mais provavelmente será o Estado. Mas são concebíveis e existem sistemas mistos, nos quais diferentes funções ou algumas das funções são desempenhadas por várias entidades de natureza distinta.

A função de planeamento dos sistemas é tipicamente atribuída a entidades públicas, podendo ser repartida conforme o âmbito territorial do planeamento. No caso português, o papel central no planeamento territorial e também no planeamento dos sistemas de serviços de águas incumbe ao Estado, embora envolvendo entidades da administração direta desconcentrada⁴, administração indireta⁵ e municípios, conforme o instrumento de planeamento que esteja em causa.

A função de regulação é também tipicamente atribuída a entidades públicas. O Estado, por exemplo, pode regular diretamente, ou através de entidades administrativas autónomas, com maior ou menor independência. Na primeira modalidade o Estado pode regular exercendo poderes administrativos unilaterais (*v.g.* regulamentos, atos administrativos e recomendações) ou através de contrato (*v.g.* enquanto concedente num contrato de concessão). Quando todos ou parte dos serviços de águas sejam de atribuição de entidade pública descentralizada, como por exemplo os municípios, a possibilidade unilateral ou contratual de regulação também lhes é aplicável.

Um exemplo da segunda modalidade de regulação é a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR). No caso português é observável uma tendência atual para o reforço desta modalidade de regulação por entidade administrativa independente. Em 2009 foi aprovado um novo regime jurídico que alargou o âmbito da intervenção regulatória da ERSAR a todas as entidades gestoras dos serviços de águas e reforçou as suas competências⁶.

⁴ Designadamente as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional.

⁵ Designadamente a Agência Portuguesa do Ambiente, IP, e as suas cinco Administrações Regionais Hidrográficas.

⁶ Em 27 de dezembro de 2012 o Conselho de Ministros aprovou uma proposta de lei (a enviar à Assembleia da República) na qual são reforçados os poderes de autoridade, sancionatórios e regulamentares da ERSAR.

Quanto à função de financiamento dos serviços podem conceber-se diferentes tipos de instrumentos – tarifas, subsídios, impostos e outros – que se reconduzirão afinal a três categorias de financiadores: os utilizadores dos serviços, os contribuintes fiscais ou os financiadores externos. Na primeira solução haverá repercussão integral dos custos da construção das infraestruturas e equipamentos e do funcionamento dos serviços na tarifa paga pelos utilizadores dos serviços⁷. Na segunda solução os custos dos serviços são suportados, via orçamento estadual ou municipal, pelos impostos pagos pelos contribuintes. Assim sucede quando não exista pagamento pelos utilizadores ou as tarifas não cubram integralmente os custos, obrigando a proceder a transferências do orçamento estadual ou municipal para o sistema de águas. Uma terceira solução é recorrer a fundos disponibilizados por financiadores externos⁸, como por exemplo os fundos estruturais da União Europeia que têm suportado parte significativa dos custos da construção das infraestruturas de águas em Portugal⁹.

Ora, também ao nível desta função de financiamento poderão existir soluções puras ou mistas, em que a suportaçãõ dos custos é distribuída por uma ou mais categorias de financiadores. O caso português é patentemente um caso de solução mista. É certo que o direito atualmente vigente em Portugal, quer por imposição europeia – Diretiva-Quadro da Água – quer pela lei nacional de transposição – Lei da Água –, impõe uma recuperação integral dos custos pelas tarifas pagas pelos utilizadores em nome do princípio do poluidor-pagador. Contudo, não só existiu um nível elevado de comparticipação de fundos estruturais europeus no investimento em infraestruturas de água, como hoje ainda existem muitos sistemas municipais nos quais não há repercussão integral dos custos nas tarifas dos utilizadores. É particularmente significativo o número de muni-

⁷ Esta solução de repercussão no utilizador poderá ser proporcional aos custos gerados pelo mesmo, ou de algum modo redistributiva, por exemplo de acordo com critérios económico-sociais (v.g. “tarifas sociais” mais reduzidas aplicáveis a utilizadores com menores rendimentos que são suportadas pelas tarifas dos demais utilizadores) ou territoriais (igualando ou harmonizando as tarifas pagas em diferentes pontos do território apesar de os custos serem superiores nas zonas de menor densidade populacional e de orografia mais acidentada).

⁸ Podem imaginar-se entidades de mais variada natureza, como entidades públicas nacionais (outros Estados) ou internacionais (organizações internacionais como a União Europeia ou o Banco Mundial) ou mesmo entidades privadas (como fundações privadas de apoio ao desenvolvimento). Sendo que no caso daquelas entidades públicas, os financiadores de último recurso são os contribuintes do outro Estado ou dos Estados que contribuíram para a organização internacional.

⁹ Para esta categoria relevam sobretudo os financiamentos não reembolsáveis, já que os empréstimos reembolsáveis têm que no final ser suportados pelos utilizadores dos serviços ou pelos contribuintes.

cípios portugueses que subsidiam total ou parcialmente o preço dos serviços de águas, em particular os de saneamento de águas residuais.

Contudo, a perspetiva de evolução futura aponta para o reforço da componente do financiamento pelos utilizadores. Assim será desde logo pela obrigação legal acima referida, pela gradual e relativa redução das necessidades de investimento infraestrutural de raiz que justificariam a obtenção de fundos estruturais europeus e pelo cenário atual de contenção financeira da despesa pública nos orçamentos da União Europeia, do Estado português e dos municípios. Também nesse sentido apela o diagnóstico atual de periclitante sustentabilidade económico-financeira de vários sistemas de águas e do braço empresarial do Estado para o setor, o Grupo Águas de Portugal (AdP). Por último, as decisões governamentais de 2009 e 2012 no sentido do alargamento dos poderes da ERSAR, incluindo os poderes tarifários, também apontam no mesmo sentido da recuperação integral dos custos através das tarifas pagas pelos utilizadores.

Finalmente, ao nível da função de prestação material dos serviços são concebíveis e aplicadas várias soluções institucionais, puras ou mistas, envolvendo os vários tipos de entidades acima referidas. O caso português atual é um exemplo vivo da miríade de possibilidades; é um sistema misto, em evolução, no qual se encontram as mais variadas soluções que envolvem Estado, municípios e privados.

É sobretudo sobre a evolução da organização institucional da função de prestação material dos serviços de águas que cuidará o presente trabalho.

A compreensão da organização institucional dos serviços de águas em Portugal carece ainda de uma referência prévia a alguns conceitos estruturantes. Desde logo, importa referir os conceitos de titularidade e de gestão dos serviços, que podem estar unificadas numa única entidade ou desagregadas em duas através de um ato ou contrato pelo qual o titular do serviço concede ou delega a responsabilidade da gestão noutra entidade.

Outro conjunto de conceitos relevante refere-se ao nível de integração vertical dos sistemas. É que em Portugal foi tomada opção jurídico-política de desdobrar verticalmente os serviços abastecimento e os serviços de saneamento em dois segmentos cada. Assim, ambos os serviços estão divididos em sistemas em alta e em baixa. O abastecimento em alta cuida da captação, tratamento e venda de água aos sistemas em baixa. Os sistemas em baixa realizam a distribuição e comercialização às populações. Esta classificação corresponde, respetivamente, à atividade grossista e retalhista no setor de abastecimento de água.

Ao nível do saneamento, os serviços em baixa correspondem à recolha e drenagem para os sistemas em alta, aos quais cabe o tratamento de águas residuais e destino final.

Esta segmentação vertical foi uma opção jurídico-política com tradução institucional, cabendo a atividade em alta maioritariamente a sistemas multimunicipais e a atividade em baixa maioritariamente aos sistemas municipais¹⁰.

A opção tomada pela divisão vertical entre alta e baixa também tem consequências ao nível da integração horizontal ou territorial. Os sistemas em baixa tendem assim para uma dimensão territorial correspondente à área do município¹¹, enquanto os sistemas em alta têm uma dimensão territorial correspondente ao conjunto de municípios que integram um dado sistema multimunicipal. Observando o atual mapa português dos sistemas multimunicipais não se encontra um critério uniforme ou coerente para a respetiva organização e dimensão territorial, isto é, para o nível de integração horizontal¹².

2. Alguns modelos de organização dos serviços de águas – breve comparação internacional

Uma breve comparação internacional dos modelos de organização (da função de prestação) dos serviços de águas revela as mais diversas soluções. Os modelos encontrados variam significativamente quanto à natureza das entidades responsáveis, ao nível de verticalização e ao grau de integração horizontal.

No que respeita ao nível de verticalização encontramos sistemas em que abastecimento e saneamento estão integrados (como, por exemplo, a Grécia) e outros que estão divididos (v.g. Bélgica e Portugal). Depois, encontramos sistemas com desdobramento na alta e na baixa (v.g. Portugal e Holanda) e sistemas sem esse desdobramento (v.g. Itália e Suécia).

¹⁰ Ao longo deste trabalho referir-se-ão “sistemas municipais” para considerar indistintamente sistemas municipais e sistemas intermunicipais, que são detidos e controlados por conjuntos de municípios.

¹¹ Podendo ser de um conjunto de municípios no caso dos sistemas intermunicipais.

¹² Para esta situação terá contribuído o facto de os sistemas multimunicipais em Portugal terem sido criados em duas vagas distintas, como melhor se verá.

Os sistemas encontrados em comparação internacional também se distinguem pelo nível de integração horizontal: nalguns países os sistemas servem em média algumas centenas de habitantes (*v.g.* Dinamarca e Finlândia) e noutros servem centenas de milhar ou milhões (*v.g.* Reino Unido).

Mas é sobretudo ao nível da natureza das entidades responsáveis pelos sistemas que a comparação internacional é mais rica. Com efeito, podem ser identificados quatro modelos-base de organização dos serviços. Estes modelos reconduzem-se a quatro experiências históricas, mas pelo mundo fora existem várias soluções intermédias ou mistas.

2.1. Modelo da gestão pública não autonomizada – o predominante

No panorama mundial a solução predominante é a de inexistência de um operador específico para os serviços de águas. Nestes casos os serviços são normalmente prestados por entidades públicas em conjunto com outros serviços. Esta solução é mais típica de países menos desenvolvidos, ficando marcada pela falta de autonomização e de capacitação. Este modelo excessivamente simplificado compreende-se em países onde os serviços de águas ainda se encontram em fase inicial de desenvolvimento. Este modelo de organização parece não ser sustentável nem viável com o aumento da dimensão, capacidade e complexidade dos sistemas.

2.2. Modelo do operador público

Neste modelo o controlo dos serviços é ainda integralmente público mas com recurso a operadores específicos.

A definição das políticas e do planeamento cabe ao Governo mas a titularidade e gestão são atribuídas a entidades públicas especializadas, normalmente de natureza empresarial. As entidades públicas podem ser de âmbito nacional, regional ou local. Mesmo quando estas empresas adotam forma e regime de direito privado, mantêm-se sobre o controlo público – a “privatização” é meramente formal.

Este modelo difere do anterior porque naquele, havendo também controlo público, não há qualquer forma de empresarialização ou de gestão autónoma/especializada dos sistemas.

Neste modelo o poder político nacional, regional ou local regula intervindo diretamente no setor. Contudo, para que o modelo seja bem suce-

dido implica a inexistência de “falhas de Estado” (ou “falhas de regulação”), o que é mais difícil em países menos desenvolvidos com menor capacitação institucional.

Nos casos mais bem sucedidos deste modelo há agências reguladoras independentes (v.g. Austrália e Escócia) que fazem a regulação dos serviços de infraestrutura monopolista. A regulação independente pode ajudar a impedir uma regulação e políticas excessivamente dirigidas ao curto prazo.

2.3. Modelo inglês ou de privatização

O modelo que vigora em Inglaterra e em Gales desde 1989 assume-se como o paradigma dos modelos de privatização. O modelo de privatização também foi adotado noutros países (v.g. República Checa, Chile, Suécia), regiões e cidades.

Neste modelo a função de planeamento e definição de políticas cabe ao Governo, a titularidade e a gestão dos serviços são completamente privatizadas e existe um forte papel da regulação através de agência pública independente.

Às entidades privadas é entregue quer a titularidade dos serviços, incluindo a propriedade das infraestruturas, quer a respetiva gestão. A escala dos sistemas tende a ser regional, correspondente às bacias hidrográficas. Os sistemas podem ser verticalizados integrando todo o ciclo da água (abastecimento e saneamento).

Contudo, a identidade (e o sucesso) do chamado modelo inglês é tão marcada pela privatização dos serviços quanto pelo papel decisivo da regulação independente. O regulador independente garante o interesse público através da ação de supervisão: (regulação da qualidade de serviço e tarifas), garante a sustentabilidade dos operadores e cria “concorrência virtual” em substituição do mercado, definindo parâmetros de desempenho.

Relativamente ao desempenho deste modelo existe uma grande polémica, tanto política quanto académica. Não cabendo aqui tal apreciação, importa reter dois dados: primeiro, encontramos pelo mundo experiências de privatização com desempenhos bem díspares ao ponto de permitirem retirar ilações muito divergentes conforme a experiência concreta em análise; segundo, o sucesso deste modelo parece muito dependente do desempenho do regulador, da sua eficácia e verdadeira independência face aos vários *stakeholders*.

2.4. Modelo francês ou da contratualização da gestão

Na essência, este modelo, que tem origem em França a partir do século XVIII, caracteriza-se pela separação institucional entre a titularidade e a gestão dos serviços de águas.

Tal como nos outros modelos, também neste o planeamento e a definição das políticas públicas de água cabem ao Governo, mas a originalidade está ao nível da repartição da titularidade e gestão dos serviços.

Assim, no chamado “modelo francês” a titularidade do serviço pertence a entidades públicas, normalmente os municípios, enquanto a gestão cabe ao setor privado, sendo atribuída por via de mecanismos de contratação pública e concretizada em contratos como a concessão ou a locação.

Neste modelo é criada uma situação de concorrência na fase da atribuição do contrato para a gestão. Espera-se que a existência de vários concorrentes no concurso público assegure a eliminação de rendas e lucros excessivos.

A regulação é tipicamente feita pelo contrato com a entidade gestora, embora os países aderentes a este modelo estejam cada vez mais a criar agências reguladoras independentes.

O desempenho deste modelo implica que os contratos com a entidade gestora sejam bem concebidos, estabelecendo a partilha racional dos riscos, efetiva monitorização do desempenho e proteção das partes quanto a riscos imprevistos.

As concretizações históricas deste modelo são variadas, encontrando-se soluções intermédias com variações relativamente ao típico “modelo francês”. Com efeito, podemos encontrar diversos tipos e modalidades de contratos: (a) os contratos de gestão, nos quais a titularidade e gestão cabem a entidades de natureza pública e a duração tende a ser curta ou média; (b) os contratos de locação, também entre entidades públicas e tendencialmente com duração média; (c) os contratos de concessão, nos quais a titularidade é pública e as restantes responsabilidades – incluindo a gestão e o investimento – cabem ao privado, tendo por isso uma duração suficientemente longa para permitir a recuperação do investimento; (d) os contratos de parceria ou *joint-venture* nos quais tudo é partilhado, incluindo titularidade e gestão.

Esta última solução, as habitualmente designadas parcerias público-privadas, assenta numa divisão de papéis entre público e privado que

varia muito conforme o contrato em concreto. Há, portanto, diferentes divisões de papéis ao nível de titularidade do serviço, titularidade das infraestruturas, investimento, assunção de riscos, remuneração e duração do contrato.

O modelo de tipo francês (também aplicado Espanha e em larga medida em Portugal) apresenta alguns riscos relevantes. Sem embarcar numa avaliação minimamente exaustiva deste modelo, importa destacar os riscos de esbatimento das diferenças de responsabilidades entre o concedente e o concessionário, as entidades de governo nacional, regional ou local tenderem a assumir um papel excessivo e “politizarem” a gestão do sistema, deficiências nos métodos de adjudicação e na conceção dos contratos em especial nas parcerias público-privadas, que são por vezes económica e financeiramente desequilibrados.

Não cabendo aqui uma avaliação comparativa minimamente profunda dos vários modelos, parece possível sustentar duas ideias. Primeira, o sucesso de cada modelo depende muito das especificidades de cada país, das prioridades políticas adotadas para os serviços de águas e da forma como o modelo é implementado em concreto. Segunda, dificilmente se poderá eleger um dado modelo como universalmente melhor e mais adequado pois encontramos bons e maus desempenhos em experiências concretas dos vários modelos.

Em suma, caberá a cada país e aos respetivos órgãos de governo adotarem um modelo que melhor alinhe as prioridades políticas escolhidas com as suas especificidades e as possibilidades concretas de implementação.

3. Evolução histórica da organização dos serviços de águas em Portugal

A evolução da organização dos serviços de águas em Portugal pode ser dividida em quatro fases, com início no final do século XIX.

3.1. Fase dos primórdios

A primeira fase, dos primórdios, decorre do final do século XIX até ao início do Estado Novo. Foi no final do século XIX que, essencialmente com uma lógica e preocupação sanitárias, se lançaram as primeiras políticas e iniciativas públicas de organização dos serviços de abastecimento e sanea-

mento de águas. A responsabilidade dos serviços de águas e sanitários foi atribuída aos municípios, embora com impulso e regulação do Governo. A implementação destes serviços focou-se inicialmente nos espaços urbanos mais relevantes. Nesta fase destacou-se também a criação do que se pode chamar o primeiro regulador, a Junta Central dos Melhoramentos Sanitários.

3.2. Estado Novo

A segunda fase, correspondente ao período do Estado Novo, foi marcada por uma afirmação crescente do papel do Estado. Embora a prestação dos serviços de águas se tivesse mantido formalmente como atribuição dos municípios, o Estado – com o objetivo de recuperar o atraso sanitário que a fase anterior não conseguira superar – assumiu-se como o motor do desenvolvimento dos sistemas de águas.

Embora em 1936 o Código Administrativo tenha definido o abastecimento público e a salubridade pública como atribuições autárquicas, logo em 1944 o Estado reforçou a sua intervenção avocando a responsabilidade de elaborar e executar um plano de investimentos que permitisse dotar todas as sedes de concelho com água potável no espaço de uma década. As facilidades financeiras concedidas pelo Estado passavam por empréstimos bancários e financiamento a fundo perdido (até 50%).

Na mesma linha de impulso central, em 1960 a Lei n.º 2103, de 22 de março, trouxe um novo plano central com o objetivo anunciado de alargamento às populações rurais do acesso aos serviços de águas para consumo humano, com a possibilidade de comparticipação de 75% do valor das obras.

Em 1970 o Decreto-Lei n.º 158/70 inseriu o saneamento de águas residuais urbanas na política de gestão de recursos hídricos, com comparticipação estatal até 75% no caso das redes de drenagem e 90% no caso das estações de tratamento. É de referir a intenção de favorecer investimentos em empreendimentos que viessem a beneficiar o maior número de aglomerados e de articular este investimento com o que já vinha sendo realizado para o abastecimento público.

No final deste segundo período a administração central intervinha diretamente no setor dos serviços de águas promovendo a realização de estudos regionais, aprovando regulamentos e oferecendo assistência técnica e financeira às autarquias.

Importa referir ainda que em 1972 foi esboçada uma tentativa – não concretizada – para reorganizar o setor do saneamento básico numa lógica regional. De modo a ultrapassar as dificuldades de algumas autarquias na assunção das responsabilidades técnicas, financeiras e de recursos humanos associadas ao investimento a realizar em saneamento básico, a ideia consistia em reestruturar o setor em 11 regiões de saneamento básico.

3.3. Período democrático pós-1974

Com a chegada da democracia em 1974 iniciou-se uma terceira fase que duraria cerca de duas décadas. Esta fase caracterizou-se pela prioridade dada à infraestruturização e pela opção por uma organização do setor de cariz público, administrativo e municipal.

Ainda no final da década de 1970 foram aprovadas lei relevantes. A Lei das Autarquias Locais (1977) e a Lei das Finanças Locais (1979) mantiveram as atribuições do abastecimento e saneamento básico com as autarquias e limitaram as possibilidades dos subsídios do Estado. A Lei de Delimitação de Setores – Lei n.º 46/77, de 8 de julho – interditou às empresas privadas o exercício das atividades de prestação dos serviços de águas.

Contudo, grande ênfase colocada no desenvolvimento de infraestruturas de abastecimento e saneamento não dispensava alguma intervenção do Estado, que promoveu certos investimentos como o sistema de abastecimento de água à Grande Lisboa a partir da albufeira do Castelo de Bode (entregue à EPAL) e os sistemas de saneamento da costa do Estoril, Alcanena e Vale do Ave. Por outro lado, foi criada a Direção-Geral de Saneamento Básico com o papel de órgão central de planeamento e de coordenação para o setor. Refira-se também que a entrada na Comunidade Económica Europeia veio permitir o acesso a fundos comunitários para infraestruturização que impulsionaram significativamente o ritmo de desenvolvimento dos sistemas.

3.4. Reestruturação pós-1993

Em 1993 iniciou-se uma nova fase, que perdura até hoje e tem como principais marcas ou tendências: (a) a crescente estadualização (e decrescente municipalização), apoiada na segmentação dos sistemas; (b) a empresarialização; (c) a abertura parcial ao setor privado; (d) a implemen-

tação, ainda que incompleta, do modelo de concessões; (e) o nascimento da regulação administrativa independente.

Merece também ser destacada a consolidação do planeamento nacional dos sistemas de serviços de águas em Portugal. Os Planos Estratégicos de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas Residuais (PEAASAR) I e II, para os períodos de 2000-2006 e 2007-2013, respetivamente, assumiram uma importância significativa ao fixarem orientações, metas e estratégias para o desenvolvimento dos serviços de águas.

(a) Estadualização apoiada em segmentação

A reorganização do setor dos serviços de águas iniciada pelo Governo em 1993 ficou marcada por um conjunto de decisões que conduziram a um claro reforço da importância do Estado face aos municípios. Desde logo destacou-se a decisão de segmentar quer o abastecimento, quer o saneamento, em sistemas em alta e em baixa. Isto resultou na estadualização generalizada dos serviços em alta, visto que foram maioritariamente entregues a sistemas multimunicipais pertencentes ao Estado ou ao Estado em conjunto com os municípios (que ainda assim ficavam em minoria)¹³. Numa fase inicial a criação de sistemas multimunicipais circunscreveu-se fundamentalmente às zonas mais litorais e urbanas¹⁴. Em 1999 houve uma segunda vaga de expansão dos sistemas multimunicipais para as regiões do interior.

Embora a baixa tenha continuado entregue a sistemas municipais, na primeira década do século XXI também começaram a ser dados os primeiros passos no sentido de alguma “estadualização”. Assim, a verticalização – ou integração vertical da gestão da baixa na alta – começou a ser trilhada com a aprovação em 2009 do regime jurídico das parcerias Estado-municípios “para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos” – Decreto-Lei n.º 90/2009.

¹³ Em alguns espaços do território a alta ficou nas mãos de sistemas intermunicipais, que são detidos conjuntamente por municípios.

¹⁴ Os chamados sistemas multimunicipais de primeira geração criados nesta primeira vaga de 1993 concentraram-se fundamentalmente no litoral abrangendo um reduzido número de atores (cinco sistemas multimunicipais e 50 câmaras municipais), atingindo uma grande percentagem da população mas apenas uma pequena parte do território.

(b) Empresarialização

Por outro lado, esta quarta fase é também marcada por uma lógica de empresarialização. Com esse propósito, em 1993 foi constituído o Grupo Águas de Portugal, a *holding* do Estado para o setor das águas, que controla ainda a totalidade ou maioria do capital das sociedades concessionárias dos sistemas multimunicipais. Ao nível dos sistemas municipais também surgiram empresas municipais e empresas privadas como entidades gestoras dos serviços.

(c) Abertura parcial aos privados

Foram também paradigmáticas as alterações legislativas de 1993¹⁵ que vieram abrir parcialmente aos privados o acesso às atividades dos serviços de águas. Com estas alterações legislativas, confirmadas em 1997 com a nova Lei de Delimitação de Setores¹⁶, passou a ser permitido o acesso de entidades privadas aos serviços de águas mas apenas por via de concessão e somente nos seguintes casos: nas entidades gestoras de sistemas multimunicipais os privados só podem deter participações minoritárias, nos sistemas municipais os privados podem deter o controlo de entidades gestoras que sejam concessionárias do serviço.

Assim, no quadro legislativo atual o Estado e os municípios podem recorrer à colaboração de empresas privadas para a gestão dos serviços de águas através de uma das seguintes possibilidades: participação minoritária no capital das entidades gestoras concessionárias multimunicipais, participação minoritária no capital das empresas municipais, intermunicipais ou metropolitanas, concessão do município em entidade privada. Nas duas primeiras modalidades há uma colaboração institucional, constituindo-se uma sociedade-empresa de capitais mistos. Na terceira modalidade a colaboração do privado é do tipo contratual, baseada num contrato de concessão.

(d) Implementação incompleta do modelo de concessões

Outro aspeto paradigmático da reestruturação iniciada em 1993 foi o da implementação, ainda que não integral, do modelo das concessões. Este

¹⁵ O Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, que alterou a Lei n.º 46/77 (Lei de Delimitação de Setores). Também foi relevante o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, que estabeleceu o regime legal da gestão e exploração dos sistemas multimunicipais e municipais.

¹⁶ A Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho.

modelo ganhou expressão e sentido quando conjugado com a já referida segmentação dos sistemas em alta e baixa, empresarialização e abertura parcial aos privados.

Os regimes jurídicos das concessões criados em 1994 e sucessivamente alterados, inclusive em 2009^{17,18}, vieram regular as concessões quer dos sistemas multimunicipais, quer dos sistemas municipais. Nas primeiras o concedente é o Estado e o concessionário tem de pertencer e ser controlado por entidades públicas. Nas segundas, o município ou associação de municípios é o concedente e o concessionário pode ser uma entidade pública ou privada.

Contudo, o modelo das concessões não é o único nem o exclusivo, seja nos sistemas multimunicipais, seja nos sistemas municipais. Considerando ambos os tipos de sistemas, existem atualmente em Portugal cerca de 500 entidades gestoras que configuram um mosaico heterogéneo de soluções institucionais que podem ser agrupadas nas seguintes grandes modalidades: gestão direta pelo titular, delegação e concessão. Este mosaico heterogéneo pode ser melhor compreendido na tabela das páginas seguintes:

Ao nível dos sistemas multimunicipais o Estado, além de titular do serviço, mantém o controlo da gestão do serviço. É que o Grupo Águas de Portugal controla a 100% o único caso de gestão delegada (a EPAL) e tem a maioria do capital social nos concessionários dos sistemas multimunicipais¹⁹. Ou seja, não há qualquer concorrência na atribuição ou no exercício da atividade nos sistemas multimunicipais.

Ao nível dos sistemas municipais há maior diversidade de situações, sendo que de momento apenas existem contratos de concessão com entidades privadas²⁰. Aliás, as concessões municipais continuam a ser uma solução

¹⁷ O Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro, estabelece o regime jurídico da construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público, quando atribuídos por concessão, e aprova as respetivas bases – várias vezes alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.

¹⁸ O Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos.

¹⁹ A *holding* Águas de Portugal (AdP) detém a maioria do capital social das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais, pertencendo o restante capital social aos municípios abrangidos pelo sistema. Considerando agregadamente todo o capital social de todas estas entidades gestoras, cerca de 71% é detido pela Águas de Portugal.

²⁰ O único caso na baixa de um concessionário de natureza pública era a empresa Aquapor que pertencia ao Grupo Águas de Portugal mas que foi entretanto vendida a privados.

minoritária e são muitos os casos de coincidência da titularidade e gestão do serviço. Ainda assim é possível afirmar que existe concorrência na atribuição de concessões municipais, a qual tem obrigatoriamente de ser realizada por concurso público.

Modelo	Entidade gestora	Tipo de colaboração
Modelos em sistemas de titularidade estatal (alta/multimunicipal)		
Gestão direta	Estado (não existe atualmente qualquer caso)	Não aplicável
Delegação	Empresa pública (existe apenas o caso da EPAL)	Não aplicável
Concessão	Entidade concessionária multimunicipal	Participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora concessionária, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados
Modelos em sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal (baixa)		
Gestão direta	Serviços municipais	Não aplicável
	Serviços municipalizados	Não aplicável
	Associação de municípios (serviços intermunicipalizados)	Constituição de uma pessoa coletiva de direito público integrada por vários municípios

Delegação	Empresa do setor empresarial local sem participação do Estado (constituída nos termos da lei comercial ou como entidade empresarial local) (municipais, intermunicipais ou metropolitanas)	Eventual participação de vários municípios no capital social da entidade gestora, no caso de serviço intermunicipal, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados
	Empresa constituída em parceria com o Estado (integrada no setor empresarial local ou do Estado)	Participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora da parceria
	Junta de freguesia e associação de utilizadores	Acordos ou protocolos de delegação entre município e junta de freguesia ou associação de utilizadores
Concessão	Entidade concessionária municipal	Parceria público-privada (municípios e outras entidades privadas)

Em resumo, o quadro legal português permite diversos modelos organizativos, entre os quais o das concessões, não impondo necessariamente uma distinção entre titularidade e gestão dos serviços. A incompleta implementação do modelo das concessões gerou um quadro múltiplo e pulverizado de soluções legais e institucionais quanto à prestação dos serviços de águas em Portugal.

(e) Regulação pública independente

Estas opções pela empresarialização, pelas concessões e pela abertura parcial a privados vieram acompanhadas de um novo modelo de regulação pública do setor. A decisão percursora foi a criação em 1995 da Comissão de Acompanhamento das Concessões (dos sistemas multimunicipais), com poderes delegados pelo concedente, à qual competia a emissão de pareceres sobre os planos de investimento das empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais e os sistemas tarifários por estas propostos. Em 1995 também foi criado o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais que, porém, nunca chegou a ser instalado. Mas o passo mais decisivo foi a criação em 1998 do Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR). Originalmente o IRAR tinha como âmbito da sua regulação os sistemas multimunicipais e municipais concessionados, exceto no que respeita às funções de autoridade competente para o controlo da qualidade da água para consumo humano que exercia sobre todas as entidades gestoras, independentemente do modelo de gestão.

Em 2009 o IRAR foi transformado na ERSAR e o seu âmbito de atuação e poderes alargados. A ERSAR tem atualmente a seu cargo a regulação estrutural (organização do setor) e regulação comportamental, que inclui a regulação económica (tarifas), de qualidade de serviço, de qualidade da água para consumo humano e a monitorização legal e contratual ao longo do ciclo de vida. Também em 2009 a ERSAR passou a ter sob sua esfera de intervenção todas as entidades gestoras de serviços de águas e resíduos independentemente do modelo de gestão.

4. Perspetivas de reorganização

4.1. Balanço

A evolução dos serviços de águas em Portugal que acaba de ser descrita conduziu a uma realidade com vários pontos muito positivos mas alguns

aspectos críticos. De entre os aspetos mais positivos importa destacar a evolução muito significativa²¹ da acessibilidade física dos serviços de abastecimento (o nível de atendimento atual é de 97%) e de saneamento (o nível de atendimento atual é de 81% na drenagem de águas residuais e 72% no tratamento), a elevada qualidade da água fornecida aos utilizadores (cerca de 98%), o bom desempenho da experiência regulatória e da entidade reguladora²² e o desenvolvimento de um tecido empresarial relevante com elevada capacitação e até potencial exportador.

Contudo, a evolução verificada acumulou vários aspetos críticos que justificam preocupação quanto à sustentabilidade do setor no plano económico, financeiro, social, técnico e ambiental.

Em primeiro lugar, a arquitetura institucional pulverizada e heterogénea criou um mosaico de sistemas com falta de racionalidade e sem escala adequada. No território nacional coexistem sistemas multimunicipais de primeira geração com elevada densidade populacional e situação financeira equilibrada, e sistemas de segunda geração em regiões de baixa densidade, servindo aglomerados populacionais dispersos, cujos custos são significativamente mais elevados e que poderiam justificar soluções de infraestruturação mais adaptadas. As diferenças na dimensão, no âmbito territorial, na orografia e na densidade populacional dos sistemas – que também se verifica nas baixas – são acompanhadas por um elevado número e uma grande heterogeneidade de natureza das entidades gestoras.

Esta situação, bem como as diferentes opções de investimento implementadas nas várias regiões do País²³, conduziram a que, quer na qualidade quer no custo dos serviços de abastecimento e saneamento, se verifiquem situações totalmente díspares ao longo do território nacional. Para a heterogeneidade do setor também contribui a diversidade de políticas tarifárias dos sistemas, em particular nos sistemas municipais. Enquanto alguns municípios ainda optam por simplesmente não cobra-

²¹ A evolução espetacular dos níveis de atendimento dos serviços, de abastecimento e mesmo dos de saneamento nos últimos 30 anos fez de Portugal um caso internacional de sucesso.

²² A ERSAR é habitualmente considerada, tanto a nível nacional como internacional, um caso de sucesso de adequada regulação.

²³ Não é claro que as decisões de investimento em infraestruturação tenham sempre cumprido objetivos de racionalidade e sustentabilidade. Em particular no caso dos sistemas que servem o interior do País vêm sendo apontadas críticas – em particular pelos responsáveis de municípios – a uma eventual sobrecapacidade construída pelos sistemas em alta que criaram custos elevados.

rem aos utilizadores qualquer tarifa pelo abastecimento e/ou saneamento, outros aplicam tarifas muito diferentes²⁴. Dado que os poderes da ERSAR nesta matéria são, ainda, de emitir meras recomendações²⁵, existe uma grave falta de recuperação dos custos e há grupos de portugueses sujeitos a tarifas e condições muito diferenciadas. Certo é que no quadro de sistemas existente a implementação da uma recuperação integral dos custos pelas tarifas em todo o País não apagaría as diferenças tarifárias. É que os custos nos sistemas do litoral são significativamente mais baixos que nos sistemas com baixa densidade populacional e de orografia mais irregular.

Assim, o sistema atual caracteriza-se por uma elevada disparidade tarifária inter-regional que penaliza tendencialmente de forma mais gravosa os portugueses residentes no interior do País, que já sofrem com tantos outros “custos de interioridade”. É uma situação económica e socialmente preocupante.

Como a solução de muitos sistemas municipais tem sido a da não repercussão integral dos custos na tarifa²⁶, vários dos sistemas – sobretudo os sistemas multimunicipais nas zonas de baixa densidade – encontram-se hoje numa situação financeira muito preocupante²⁷. Esta situação, acompanhada de uma tendência para o avolumar das dívidas em atraso dos sistemas municipais aos sistemas multimunicipais (que fornecem os primeiros), tem colocado em risco a própria sustentabilidade financeira do Grupo Águas de Portugal. Importa notar que a degradação da situação económico-financeira das entidades gestoras não apenas coloca em risco a continuação e qualidade do serviço prestado, como compromete decisivamente a realização de investimentos futuros destinados quer ao aumento do atendimento em falta (particularmente ao nível do saneamento), quer à manutenção e renovação das redes e equipamentos existentes.

²⁴ Segundo a ERSAR, ao nível dos sistemas municipais há uma dispersão tarifária numa relação de 1:34. No saneamento há 49 entidades gestoras que não cobram saneamento. O grau de recuperação de custos é superior a 50% no abastecimento, mas inferior a 10% no saneamento. A situação é mais grave nas entidades gestoras com delegação direta.

²⁵ De que é exemplo a Recomendação da ERSAR n.º 2/2010.

²⁶ Esta opção cria ainda uma prejudicial falta de incentivo à poupança no consumo de água que iria beneficiar os próprios consumidores, a carga dos sistemas e infraestruturas e a proteção dos recursos hídricos.

²⁷ Segundo a ERSAR, cinco dos sistemas multimunicipais carecem de reforço urgente de capital – Águas do Zêzere e Côa, Simlis, Águas Trás-os-Montes e Alto Douro, Águas do Norte Alentejano e Águas do Centro Alentejo. Além destes, a ERSAR considera que três outros sistemas – Águas do Centro, SIMRIA e Águas do Oeste – têm de ser acompanhados com preocupação.

À situação acima descrita junta-se – e em certa medida também por causa dela – um cenário ainda crítico de falta de eficiência económica e operacional dos sistemas. Estas ineficiências relacionam-se em grande medida com a falta de articulação e integração entre a alta e a baixa, com algumas das referidas desadequações no planeamento e execução dos investimentos em infraestruturas²⁸, com os níveis ainda elevados de perdas de água nos sistemas²⁹ e com as oportunidades ainda não concretizadas em termos de eficiência energética.

Ou seja, as situações descritas causam um elevado custo de oportunidade de economias de escala, de gama e processo que é suportado pelos consumidores e contribuintes. Esse custo, enquanto não for integralmente eliminado ou pago, coloca em causa a sustentabilidade das entidades gestoras e irá onerar os consumidores ou os contribuintes do futuro.

A identificação e análise destes problemas têm conduzido a uma reflexão sobre a necessidade de reforma da organização dos serviços de águas em Portugal. O PEAASAR II já apontava diversos caminhos de reforma que ficaram, em grande parte, como meras intenções no papel. O XIX Governo Constitucional assumiu no seu Programa que iria “[r]eorganizar o setor do abastecimento de água e saneamento de águas residuais, com prioridade para a sustentabilidade económico-financeira do setor”³⁰.

4.2. Condicionantes da reorganização

Um processo de reorganização do setor das águas lidará com alguns aspetos que poderão determinar ou condicionar as mudanças a introduzir.

²⁸ A ERSAR já identificou a existência de múltiplas situações quer de sobreutilização de algumas redes e equipamentos, quer a de subutilização de outras. Em audição parlamentar em setembro de 2011 a ERSAR afirmou que das 100 estações de tratamento de água potável 45 estão subutilizadas, e dez estão sobreutilizadas, e que das 554 estações de tratamento de águas residuais 64 estão subutilizadas e 365 estão sobreutilizadas. Embora reconhecendo que alguma capacidade ociosa é inevitável porque planeada para momentos de pico, a ERSAR explicou que há situações de sobredimensionamento por pressupostos muito otimistas de utilização e eventualmente por acesso a financiamento barato, e outras de subdimensionamento nas águas residuais em resultado de afluições indevidas de pluviais.

²⁹ Alguns dos sistemas ainda registam perdas de água superiores a 50% quando as boas práticas internacionais sugerem níveis de perdas de água entre os 10% e os 20%.

³⁰ O Programa do XIX Governo Constitucional enuncia as seguintes medidas: “prosseguir a identificação e resolução do défice tarifário, a revisão do sistema de tarifas, a abertura à participação de entidades públicas estatais ou municipais (bem como de entidades privadas na gestão do sistema), a promoção da eficiência, a integração vertical e o agrupamento de sistemas exigentes, a adequada manutenção de redes e equipamentos antigos e a prevenção da construção de capacidade desnecessária”.

Como principais condicionantes de ordem legal à reorganização do setor destacam-se: as obrigações públicas de assegurar a provisão dos serviços de águas com um adequado grau de acessibilidade física e económica, as regras de delimitação dos setores que ainda limitam o acesso dos privados à prestação dos serviços de águas e a legislação europeia e nacional sobre a água que impõe exigências de proteção dos recursos hídricos e de adoção de políticas de estabelecimento de preços da água que, em aplicação do princípio do poluidor-pagador, assegurem a recuperação integral dos custos dos serviços.

Em termos de condicionantes do processo político importa considerar a reação pública e política a decisões que impliquem a implementação ou aumento das tarifas para aqueles consumidores que não pagavam quaisquer tarifas ou estavam sujeitos a tarifas subsidiadas pelos contribuintes – e ainda para os contribuintes de sistemas com mais elevada densidade populacional que podem sofrer algum aumento para permitir baixar as tarifas em sistemas com custos mais elevados³¹. Por outro lado, a decisão de abrir mais o setor à entrada de privados pode suscitar receios da parte de alguns setores sociais e políticos. Importa também compreender que uma reorganização tendente à promoção da coesão territorial, na medida em que exigir uma repartição mais equilibrada dos custos pode encontrar resistências da parte da fatia mais populosa – e eleitoralmente mais significativa – dos eleitores e políticos que, residindo, no litoral, beneficiam hoje de custos e tarifas tendencialmente mais baixos. Finalmente, as opções pela consolidação, concentração e verticalização dos sistemas, bem como o reforço dos poderes do regulador, significarão uma diminuição do poder e controlo dos agentes políticos regionais e locais, que naturalmente poderão reagir.

Ao nível técnico importa ter em conta que se trata de serviços prestados em monopólio natural e que as metas de acessibilidade física e de qualidade dos serviços implicam desafios de infraestruturação complexos e diversificados. Enquanto em certos sistemas o desafio consiste em elevar a taxa de atendimento do saneamento que é ainda reduzida, noutros está na manutenção e renovação de redes antigas e no combate às perdas de água. Assim, também as variações na densidade populacional, dispersão dos aglomerados urbanos e na orografia reclamam uma lógica adaptada e seletiva de investimento nas infraestruturas.

³¹ Este caminho pode resultar da fusão de sistemas do litoral com sistemas do interior e/ou de soluções de perequação tarifária, designadamente pela fixação de preços únicos ou criação de fundos de equilíbrio tarifário.

No plano institucional o maior desafio está no elevado número e heterogeneidade dos *stakeholders* envolvidos no setor. A dupla segmentação dos sistemas (em abastecimento/saneamento e em alta/baixa), a diversidade de natureza das entidades envolvidas (públicas estaduais, públicas municipais e privadas; administrativas e empresariais; titulares e/ou gestoras), a composição mista dos capitais de várias entidades gestoras (nos sistemas multimunicipais: Águas de Portugal e municípios; nos sistemas municipais, alguns casos de capitais mistos municipais e privados), a pulverização de sistemas (que eleva o número de entidades gestoras para cerca de 500) e a existência de um regulador independente com poderes alargados vêm aumentar a dimensão e complexificar extraordinariamente o processo institucional desta reorganização. São muitas instituições, muitos centros de interesses nem sempre coincidentes e muitos centros de poder de que poucos pretendem abdicar. Sabendo que grande parte da reorganização do setor será estrutural-institucional, estão “lançados os dados” para um difícil processo.

No plano económico e financeiro importa destacar os riscos e limitações, bem como as oportunidades. Desde logo, são críticos os riscos relativos à sustentabilidade financeira de alguns dos sistemas individualmente considerados e do Grupo Águas de Portugal no seu conjunto, designadamente o elevado nível de endividamento das empresas e do grupo Águas de Portugal, a persistente falta de recuperação integral dos custos dos serviços e a acumulação de dívidas relevantes dos sistemas municipais aos sistemas multimunicipais. Do mesmo modo, as metas de acessibilidade física e de qualidade fixadas no PEAASAR II implicam ainda avultados investimentos que nem o Grupo Águas de Portugal parece poder suportar, nem o Estado e municípios podem financiar no atual quadro de consolidação orçamental das contas públicas nacionais e municipais. Por outro lado, a irracionalidade e falta de escala no modelo vigente encerra oportunidades muito significativas para ganhos de eficiência e economias de escala, gama e processo que, se aproveitadas, poderão assegurar a sustentabilidade e a acessibilidade económica dos serviços de águas em Portugal.

4.3. Perspetivas da reorganização do setor

Ao longo do ano de 2012 a Assembleia da República e o Governo foram definindo as linhas gerais da reorganização do setor das águas, para além do que já constava do Programa do XIX Governo Constitucional.

No dia 10 de agosto de 2012 foi publicada a Resolução da Assembleia da República n.º 113/2012, na qual o Parlamento recomenda ao Governo um conjunto de princípios e orientações para a reorganização dos serviços de águas.

Também durante 2012 o Governo foi tornando pública e começando a implementar a sua estratégia de reforma do setor. Na sua última reunião do ano o Conselho de Ministros aprovou uma proposta de lei de alteração da Lei de Delimitação de Setores que viabiliza a subconcessão de sistemas multimunicipais de águas e de saneamento de águas residuais a entidades de natureza privada e aprovou a nova orgânica da ERSAR, reforçando os seus poderes de autoridade, sancionatórios e regulamentares³².

Em síntese, a reorganização do setor das águas atualmente em curso tem um dimensão estrutural-institucional e uma dimensão comportamental.

As opções fundamentais no plano estrutural consistem em: (a) integração horizontal através da agregação de sistemas; (b) verticalização; (c) abertura a privados da subconcessão de sistemas multimunicipais; (d) fortalecimento da regulação independente.

No plano comportamental as prioridades da reforma do setor das águas são: (i) assegurar a sustentabilidade financeira dos sistemas; (ii) um regime tarifário que garanta a acessibilidade económica, a recuperação integral dos custos e a atenuação das disparidades tarifárias inter-regionais; (iii) adoção de incentivos à eficiência dos serviços e do consumo de água; (iv) revisão das metas de atendimento (acessibilidade física) previstas no PEAASAR II acompanhada de uma política de investimento mais seletiva e adequada quer às disponibilidades financeiras, quer às características demográficas, geográficas e orográficas dos territórios.

Um dos primeiros passos é a integração horizontal. O plano que o Governo e a Águas de Portugal estão a implementar prevê a fusão dos atuais 19 sistemas multimunicipais controlados pela Águas de Portugal³³ em apenas quatro ou cinco sistemas multimunicipais, com dimensões territoriais e populacionais menos díspares. Estas fusões irão agregar sistemas do litoral com sistemas do interior, permitindo o aumento da escala, o aproveitamento de sinergias, a harmonização tarifária e a viabili-

³² Comunicado do Conselho de Ministros de 27 de dezembro de 2012.

³³ Onze sistemas de abastecimento e saneamento, seis de saneamento e dois apenas de abastecimento. 18 dos quais são concessões e um, a EPAL, é ainda gestão delegada.

zação de investimentos. Estes novos sistemas agregados envolverão 247 municípios que abrangem cerca de 9,2 milhões de habitantes.

No que respeita aos sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal, o caminho passa quer pela integração horizontal, quer pela verticalização (integração da gestão da baixa na alta). A concretização destes movimentos está dependente da decisão dos municípios, que são os titulares dos serviços. O fortalecimento dos poderes da ERSAR, incluindo tarifários, sobre todas as entidades gestoras independentemente da sua natureza e modelo de gestão poderá constituir um incentivo a que os municípios aceitem as agregações horizontais e a verticalização³⁴.

Como referido, a verticalização estava já prevista no Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, que regula as chamadas parcerias público-públicas. A Empresa Águas de Portugal – Águas da Região de Aveiro, SA³⁵, foi o primeiro caso em que os municípios integraram os respetivos sistemas municipais num sistema multimunicipal.

No que respeita à abertura do setor a privados, a proposta do Conselho de Ministros de 27 de dezembro de 2012 prevê que estes possam adquirir participações maioritárias em subconcessionárias de sistemas multimunicipais. Este processo implicará, além da alteração da Lei de Delimitação de Setores³⁶, um processo concorrencial de atribuição das subconcessões dos sistemas multimunicipais. Esta solução significa também que o Grupo Águas de Portugal e os municípios acionistas dos sistemas multimunicipais manterão um papel relevante pois o concessionário continuará, nos termos da proposta do Governo, a ter de ser maioritariamente controlado por entidades públicas.

Relativamente aos sistemas municipais e intermunicipais, manter-se-á a abertura existente para soluções de capitais mistos ou de concessão da gestão dos sistemas a privados. É concebível que o reforço dos poderes tarifários da ERSAR, a imposição da recuperação integral dos custos dos serviços e os atuais constrangimentos orçamentais e de endividamento

³⁴ É que o reforço dos poderes da ERSAR significa uma correspondente diminuição do controlo dos municípios e, por isso, das suas possibilidades de fixação de tarifas e respetiva subsídição.

³⁵ A AdRA – Águas da Região de Aveiro, SA, responsável pela gestão do Sistema de Águas da Região da Aveiro, tem como acionistas a Águas de Portugal (51%) e os dez municípios participantes (em percentagens diferenciadas que em conjunto totalizam 49% do capital social).

³⁶ A decisão do Conselho de Ministros é ainda uma mera proposta de lei que será apresentada, discutida e votada, com eventuais alterações, pela Assembleia da República.

dos municípios, que limitam as suas possibilidades de investimento em infraestruturas, criem um ambiente mais favorável à concessão dos sistemas municipais e intermunicipais a entidades privadas.

A última orientação fundamental para a reorganização estrutural do setor relaciona-se com o fortalecimento do papel da regulação administrativa independente. Como se referiu, também aqui se trata de um caminho iniciado em 2009 com o alargamento dos poderes e do âmbito de atuação do regulador, que passou a ter poderes sobre todas as entidades gestoras independentemente da natureza e forma de gestão. A decisão do Conselho de Ministros de 27 de dezembro de 2012 veio aprofundar esse caminho, reforçando “os poderes de autoridade, sancionatórios e regulamentares da ERSAR, para potenciar a sua capacidade de atuação nos setores regulados através da atribuição e robustecimento de instrumentos fundamentais para a atividade de regulação e supervisão das entidades prestadoras dos serviços de águas e resíduos”.

Finalmente, e embora não se trate de um aspeto da reorganização estrutural, importa referir as perspetivas de revisão do regime tarifário. É que as alterações estruturais acima referidas têm elas próprias consequências no domínio tarifário.

Assim, a fusão de sistemas juntando sistemas do litoral e do interior é uma forma eficaz de promover a harmonização tarifária e simultaneamente assegurar a sustentabilidade financeira dos sistemas. Na fundamentação da sua proposta de agregação dos sistemas multimunicipais em quatro grandes sistemas o Governo sustentou³⁷ que estas fusões alcançam os seguintes resultados no plano tarifário: harmonização tarifária em alta numa banda máxima de variação de 15% considerando abastecimento e saneamento, o que compara com uma banda máxima de variação de 46% no presente³⁸; convergência de cinco anos para as tarifas que aumentam e convergência imediata para os municípios que baixam as tarifas; recuperação do défice tarifário histórico em 25 anos.

³⁷ Apresentada pela ministra do Ambiente em audição parlamentar na Comissão do Ambiente, Ordenamento do Território e Poder Local realizada no dia 20 de dezembro de 2012.

³⁸ Segundo o Governo a variação de 15% corresponde a: no abastecimento (AA) = € 0,46 - € 0,59 m³ e no saneamento (AR) = € 0,55 - € 0,68 m³. A variação atual de 46% corresponde a AA = € 0,39 - € 0,69 m³ e AR = € 0,59 - € 0,73 m³. O Governo prevê que comparando os impactos tarifários nos sistemas multimunicipais envolvidos nas fusões, o maior aumento de tarifa previsto será de € 0,14 m³ e a maior diminuição será de € 0,18 m³. Para o total dos sistemas envolvidos prevê-se um total do aumento de € 0,77 m³ enquanto o total de diminuição estimado será de € 1,04 m³ (AA+AR).

Por outro lado, a revisão do regime tarifário deverá visar, além da referida harmonização tarifária, as seguintes prioridades: (i) assegurar a acessibilidade económica dos serviços de águas através do estabelecimento de uma tarifa social para as famílias mais carenciadas que assegure que ninguém fique privado de acesso à água e ao saneamento por força da respetiva situação económica ou social³⁹; (ii) a recuperação integral dos custos dos serviços pelas tarifas, evitando a subsidiação cruzada ou pelos contribuintes e a formação de défices tarifários; (iii) a implementação de incentivo à eficiência, quer do lado da oferta (dos sistemas), quer do lado da procura (poupança no uso da água).

4.4. Balanço das intenções reformistas

Uma vez elencadas as principais linhas da reorganização estrutural do setor das águas importa concluir com uma avaliação desta reorganização pretendida no quadro da sua evolução histórica

Neste sentido, a questão central é a de saber se a reorganização do setor em curso corresponde ou não a uma mudança de paradigma, isto é, à inauguração de uma nova fase da evolução histórica.

Sem ignorar que há alterações estruturais muito importantes – senão mesmo vitais – em curso, não parece que tais mudanças impliquem uma mudança de paradigma.

Senão, veja-se que muitos dos traços identificadores previamente existentes se mantêm: a propriedade dos recursos hídricos em Portugal continua pública; a titularidade dos serviços de águas e a propriedade dos ativos associados à prestação de serviços permanece pública; continua a existir distinção dos conceitos de titularidade e da gestão dos serviços, bem como a possibilidade de serem dissociados; mantêm-se a abertura a diferentes modelos de gestão dos sistemas e a diferentes naturezas das entidades gestoras, incluindo as figuras da gestão direta, da delegação e das concessões; o caminho da integração horizontal e vertical não elimi-

³⁹ Note-se que atualmente este é sobretudo um problema de micro-acessibilidade, isto é, um problema específico de certas famílias. É que no plano da macro-acessibilidade Portugal encontra-se atualmente numa situação bastante confortável. O indicador de acessibilidade económica (encargo médio do agregado familiar com os serviços a dividir pelo rendimento médio disponível do agregado familiar) de Portugal é de 0,5% quando as melhores recomendações internacionais apontam para um máximo de 2%. Naturalmente que esta situação tenderá a agravar-se com o cumprimento da obrigação de recuperação integral dos custos.

nam a dupla segmentação de abastecimento e saneamento e sistemas de em alta e em baixa; a obrigação legal de recuperação integral dos custos dos serviços já vigora em Portugal há vários anos.

Mesmo os aspetos que poderão ter maiores impactos na natureza do modelo vigente correspondem a opções tomadas durante a quarta fase de evolução do setor visando o aperfeiçoamento do modelo escolhido. Assim sucede com a estratégia de verticalização, que já constava do PEAASAR II e fôra legislada – e efetivamente concretizada com a AdRA – em 2009, e com a aposta na regulação, que foi um traço essencial ao longo da quarta fase, com passos muito relevantes em 1998 (IRAR) e 2009 (ERSAR). Mesmo a abertura aos privados acaba por ter um alcance limitado e muito dificilmente se pode considerar que muda a natureza do modelo vigente. É que os privados continuam a ter acesso vedado à titularidade dos serviços e acesso limitado (dependente de contrato de subconcessão) à gestão dos sistemas multimunicipais.

Em suma, as orientações essenciais da reorganização estrutural-institucional em curso⁴⁰ são relevantes e poderão ser decisivas para assegurar a sustentabilidade do setor. Contudo, o que está em causa é uma mudança de grau dentro de um certo modelo e não uma mudança de modelo. As linhas condutoras dessa reorganização parecem ser a racionalização e a eficiência das estruturas e respetivos processos, com vista a assegurar a acessibilidade física e económica dos serviços, a sua sustentabilidade económico-financeira, social, técnica e ambiental, a promoção da coesão territorial e a viabilização de investimentos futuros.

Resumindo, o modelo de setor de serviços de águas que se pretende que resulte da reorganização prevista parece ser essencialmente o mesmo que o vigente – uma versão híbrida do modelo francês – embora mais integrado, racionalizado e sustentável em função de alguns aperfeiçoamentos ou aprofundamentos quer estruturais, quer comportamentais, que se pretende introduzir.

⁴⁰ Recorde-se: integração horizontal através da agregação de sistemas, verticalização, abertura a privados da subconcessão de sistemas em alta e fortalecimento da regulação independente.

5. Legislação e bibliografia recomendadas

5.1. Principal legislação recomendada:

- Diretiva-Quadro da Água – Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000.
- Lei da Água – Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro.
- Lei de Delimitação de Setores – Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho.
- Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro: permite o acesso de capitais privados às atividades económicas de captação, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos urbanos – alterado várias vezes e republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.
- Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro: estabelece o regime jurídico da construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público, quando atribuídos por concessão, e aprova as respetivas bases – várias vezes alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto.
- Regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos – Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.
- Regime jurídico das parcerias entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos – Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.
- Regime económico e financeiro dos recursos hídricos – Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho.
- PEAASAR II – Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais 2007-2013 – aprovado pelo Despacho n.º 2339/2007, de 28 de dezembro.
- Resolução da Assembleia da República n.º 113/2012, de 10 de agosto.

5.2. Principal bibliografia recomendada:

- Comissão Especializada de Legislação e Economia da APDA (2010), *Água e saneamento em Portugal – os mercados e os preços 2010*, Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas.

- Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (2011), *Relatório anual dos serviços de águas e resíduos em Portugal (2010)* – Volume 1 – Caracterização geral do setor.
- BAPTISTA, Jaime Melo, PIRES, João Simão e MAÇÃS, Fernanda (2010), *O quadro legal dos serviços de águas em Portugal*, ERSAR.
- PATO, João Howell (2011), *História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal*, ERSAR.
- MARQUES, Rui Cunha (2010), *Regulation of water and wastewater services*, IWA Publishing.

RAÍZES E CONTEXTO DA DISTINÇÃO BINÁRIA ENTRE SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS E SISTEMAS MUNICIPAIS NO SETOR DA ÁGUA E PERSPETIVAS DE FUTURO¹

Rui Medeiros

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

O título, com a referência – retirada da excelente dissertação de doutoramento de José de Melo Alexandrino – às raízes e contexto do regime em vigor e às perspetivas de futuro, indicia o propósito desta intervenção. Com efeito, mais do que descrever o modelo consagrado na lei, assente na conhecida distinção entre sistemas municipais (ou intermunicipais) e sistemas multimunicipais, o que se pretende nesta conferência é evidenciar a metanarrativa que subjaz à opção trilhada pelo legislador português e os caminhos que se podem abrir no quadro da refundação do setor.

1. A matriz binária do modelo em vigor

I. É sabido que o atual quadro normativo aplicável à atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e recolha, tratamento e rejeição de efluentes assenta numa distinção jurídica fundamental: a que separa os sistemas municipais ou intermunicipais, que se encontram na titularidade dos municípios, dos sistemas multimunicipais, situados na esfera do Estado.

¹ O texto que agora se publica corresponde fundamentalmente à versão revista do texto elaborado no âmbito da preparação da conferência proferida em abril de 2012 no curso de pós-graduação de atualização sobre Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

II. Como pano de fundo está a ideia – a que se regressará mais adiante – segundo a qual tanto a atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas, como a atividade de saneamento básico em geral constituem tradicionalmente tarefas municipais.

Tal não obistou, a partir de 1993, ao reconhecimento pelo legislador da importância da intervenção do Estado para suprir carências existentes ao nível da organização e do funcionamento dos sistemas municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e recolha, tratamento e rejeição de efluentes. Considerou-se, com efeito, que, em situações em que as carências referidas atingissem níveis elevados, o interesse nacional na correta prossecução das atividades públicas em causa justificaria a intervenção da administração central. Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, alterou a Lei n.º 46/77, de 8 de julho – anterior Lei de Delimitação de Setores –, consagrando a possibilidade de intervenção do Estado nos setores referidos através da criação de sistemas multimunicipais.

Sete dias volvidos desde a data da publicação do mencionado Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, ocorre a publicação do diploma que estabelece o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos. Trata-se, como é sabido, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

Este diploma, considerando que com a alteração da Lei de Delimitação de Setores estavam finalmente reunidas as condições para se consagrar o regime legal da gestão e exploração de sistemas que tenham por objeto aquelas atividades, constroi um sistema assente na distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais.

Conforme se lê no respetivo preâmbulo, os primeiros são considerados “sistemas em ‘alta’ (a montante da distribuição de água ou a jusante da coleta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abrangem a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado, e os segundos todos os restantes, independentemente de a sua gestão poder ser municipal ou intermunicipal”. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 379/93 apresentam, por seu turno, no próprio articulado, uma defi-

nição de sistemas multimunicipais e de sistemas municipais que não se afasta, no essencial, daquela que se encontra consagrada na Lei de Delimitação de Setores. Assim, “são sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, sendo a sua criação precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos”, ao passo que “são sistemas municipais todos os demais (...), bem como os sistemas geridos através de associações de municípios”.

A distinção enunciada releva para efeitos de determinação do regime aplicável. Com efeito, em relação aos sistemas multimunicipais prevê-se que a exploração e a gestão seja feita “diretamente pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas” (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 379/93). Estabelece-se ainda que, sem embargo da criação imediata de alguns sistemas multimunicipais (n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 379/93), “a criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objeto de decreto-lei”, o qual, entre outras coisas, deve prever obrigatoriamente o prazo do contrato de concessão, o investimento a cargo da empresa concessionária, a remuneração do investimento e os poderes do concedente (n.º 2 do artigo 3.º e artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 379/93). Já no que toca aos sistemas municipais, o artigo 6.º esclarece que a gestão e exploração pode ser diretamente efetuada pelos respetivos municípios e associações de municípios ou atribuída em regime de concessão a entidade pública ou privada de natureza empresarial ou a associação de utilizadores.

III. Subjacentes ao modelo sinteticamente descrito estão duas ideias fundamentais: de um lado, a configuração da gestão da água como uma atribuição municipal por natureza e a assunção de que as atividades em baixa integram o núcleo duro ou o conteúdo essencial da autonomia municipal nesta matéria; do outro, a perspetivação dos sistemas multimunicipais como uma espécie de reserva de soberania.

2. Gestão da água como atribuição municipal por natureza e atividades em baixa como parte integrante do núcleo duro ou conteúdo essencial da autonomia municipal

I. A ideia de que os sistemas multimunicipais restringem uma atribuição fundamental dos municípios resulta do modo como a lei contrapõe sistemas municipais e sistemas multimunicipais. A distinção não está configurada em termos inequívocos, socorrendo-se a lei de critérios distintos cuja articulação não se mostra fácil. Em qualquer caso, uma análise atenta do conceito de sistema multimunicipal revela com nitidez que os sistemas multimunicipais são configurados como uma restrição (legítima) à autonomia municipal e, por isso, a sua admissibilidade depende da verificação de pressupostos estritos.

a) O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, caracteriza o sistema multimunicipal como um sistema grossista. Nele se lê, com efeito, que os sistemas multimunicipais são “sistemas em ‘alta’ (a montante da distribuição de água ou a jusante da coleta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abrangem a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado”, enquanto os sistemas municipais são “todos os restantes, independentemente de a sua gestão poder ser municipal ou intermunicipal”.

A caracterização preambular dos sistemas multimunicipais como sistemas em alta revela já uma intenção claramente restritiva na delimitação dos sistemas multimunicipais.

Todavia, neste primeiro plano a afirmação preambular – embora releve como caracterização tendencial dos sistemas multimunicipais – não traduz um elemento essencial do conceito, uma vez que não é corroborada pelo sentido que se extrai do articulado. É que, bem vistas as coisas, o articulado do diploma, bem como a Lei de Delimitação de Setores, não incluem na definição de sistema multimunicipal o elemento atividade grossista, não impedindo que a atividade desenvolvida pelos referidos sistemas tenha como utilizadores diretos, não apenas os municípios envolvidos, mas também os habitantes dos municípios territorialmente abrangidos. A própria exigência de que os sistemas multimunicipais “sirvam pelo menos dois municípios”, de que a Lei de Delimitação de Setores não abdica, não significa que os sistemas multi-

municipais devam ter necessariamente e apenas como utilizadores finais dois ou mais municípios. A conclusão é claramente reforçada, ao menos quanto à distribuição direta integrada, pelo disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93. Aí se esclarece, com efeito, que “são considerados utilizadores (...) os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais ou da distribuição direta integrada em sistemas multimunicipais”. E, não se vislumbrando qualquer fundamento material para distinguir os sistemas multimunicipais com distribuição direta integrada dos sistemas multimunicipais com recolha direta integrada, a mesma solução não pode deixar de valer igualmente para este segundo caso.

- b) O artigo 4.º da Lei n.º 46/77, com a redação do Decreto-Lei n.º 372/93, numa definição que, no essencial, foi recebida pelo n.º 2 do artigo 1.º da nova Lei de Delimitação de Setores (Lei n.º 88-A/97), considera sistemas multimunicipais “os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional”, qualificando como sistemas municipais “todos os demais, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios”. O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, reproduz a mesma solução.

Os referidos preceitos fazem, pois, apelo a dois critérios cumulativos na definição de sistema multimunicipal. Antes de mais, como condição necessária exige-se um sistema que sirva pelo menos dois municípios. Porém, para a criação de um sistema multimunicipal não basta a existência de um sistema comum a vários municípios. É ainda essencial que razões de interesse nacional associadas à exigência de um investimento predominante a efetuar pelo Estado justifiquem que um tal sistema não seja gerido pelos municípios envolvidos ou por associações de municípios.

A caracterização do sistema multimunicipal – e, conseqüentemente, a admissibilidade de um sistema de titularidade estatal – é, por isso, assumidamente restritiva.

Por um lado, não obstante a importância da dimensão teleológica, a definição legal de sistemas multimunicipais não se contenta com a exigência de que se trate de sistemas que exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional. Ou seja, na

letra da lei, mesmo que razões de interesse nacional – que justificam teleologicamente a autonomização legal da figura dos sistemas multimunicipais – o aconselhem, não se prevê a possibilidade de criação de um sistema de titularidade estatal que sirva apenas um município, mesmo que a cobertura da rede de distribuição de água ou da rede de drenagem de efluentes em baixa apresente carências que exijam investimentos avultados para o seu desenvolvimento e expansão que os municípios não consigam assegurar. A lei parece considerar que, estando em causa a criação de um sistema que respeita unicamente a um município, os interesses locais são sempre decisivos. Tudo isto, sublinhe-se, apesar da experiência de sucesso da EPAL no abastecimento de água em Lisboa.

Por outro lado, o legislador não se basta, para legitimar a criação de um sistema multimunicipal, com a existência de razões ponderosas de interesse nacional, só admitindo, entre as diversas concretizações suscetíveis de preencher este conceito, aquelas que se prendam com razões financeiras associadas à necessidade de realização de investimentos pelo Estado. Ora, como é sabido, outras razões de interesse nacional podem, em teoria, justificar uma intervenção estadual.

II. O entendimento que subjaz à configuração restritiva dos sistemas multimunicipais aflora noutros traços do regime jurídico adotado.

Não se está com isto a pensar na tentativa – que se frustrou – de atribuir aos municípios servidos por sistemas multimunicipais o direito de deterem uma participação maioritária no capital da sociedade concessionária da respetiva exploração e gestão, pois a Lei n.º 176/99, de 25 de outubro, que a protagonizou, foi quatro dias volvidos revogada pelo Decreto-Lei n.º 439-A/99, de 29 de outubro. Tão-pouco se tem em vista, neste contexto, o disposto no n.º 2 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto. É certo que este preceito legal, dedicado ao modelo de gestão concessionada de sistemas municipais, veio vedar “(...) o acesso de empresas que integram o setor empresarial do Estado ao capital de concessionárias de sistemas municipais (...)”. É provável, porém, que a causa próxima desta norma legal resida antes na Recomendação n.º 2/2006 da Autoridade da Concorrência, relativa ao funcionamento dos setores de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, na qual pode ler-se que “a participação do Grupo Águas de Portugal como entidade proponente, através das empresas suas participadas nos referidos concursos [concursos para a concessão de sistemas municipais], tem vindo a motivar desconfianças relativamente ao nível de concorrência existente

no mercado” (cfr. n.º 38) e que, “no que respeita ao funcionamento do referido mercado, as relações de proximidade existentes entre as empresas do Grupo Águas de Portugal e os municípios comprometem a igualdade entre candidatos, a imparcialidade e a transparência dos procedimentos concursais para a adjudicação de concessões de sistemas municipais” (cfr. n.º 41). Por isso, aliás, atenta a razão apresentada, a proibição que se extrai do n.º 2 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 194/2009 não impede a adoção do modelo de delegação em parceria entre o Estado e os municípios, a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, e que se encontra regulada no Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

Digna de nota, em contrapartida, é a solução consagrada em matéria de propriedade dos bens afetos à concessão. Na verdade, particularmente significativa da tendência de que se deu breve eco, e que claramente transparece do modo como a lei delimita os sistemas multimunicipais, é a opção adotada em matéria de reversão dos bens. A redação originária do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 379/93 dispunha, sob a epígrafe “propriedade dos bens afetos à concessão”, que, “enquanto durar a concessão, a propriedade dos bens integrados nos sistemas multimunicipais e a ela afetos pertence à concessionária, revertendo para o Estado no termo da concessão”. Todavia, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 14/2002, de 26 de janeiro, o novo n.º 2 do artigo 4.º passou a dispor que, no termo da concessão, os bens afetos à concessão se transferem, “livres de quaisquer ónus ou encargos e em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem qualquer indemnização, para uma associação de municípios representativa dos municípios utilizadores do sistema multimunicipal, ou, em alternativa, para o conjunto desses municípios utilizadores, mediante o exercício do respetivo direito de opção e o pagamento da indemnização a que a concessionária tenha direito (...)”. Significa isto que, mesmo em relação à atividade tendencialmente em alta, os sistemas só transitariamente são de titularidade estatal. Por isso, sendo a titularidade originária municipal, no momento em que cessem as razões de interesse nacional que impuseram a realização de um investimento predominante a efetuar pelo Estado, os bens afetos à concessão revertem para a esfera municipal.

III. A leitura clássica do princípio da autonomia municipal, com a consequente limitação da possibilidade de intervenção do Estado na atividade de distribuição de água ou de saneamento em baixa, está igualmente subjacente ao Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

Como é sabido, uma das disfunções que adveio da separação rígida entre sistemas municipais e sistemas multimunicipais traduziu-se no défice de integração vertical dos sistemas. É certo que era e é obrigatória para os municípios a ligação aos sistemas multimunicipais (n.ºs 2 e 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 379/93). Todavia, quando terminou o Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento e Águas Residuais para o período de 2000-2006 e o Governo procedeu a uma atualização da estratégia através do PEAASAR II, a vigorar no período de 2007-2013, o problema da integração vertical mereceu um destaque especial. Por isso, entre as medidas identificadas – além de uma ideia de integração territorial das baixas em vista à geração de economias de escala e a uma maior articulação dos municípios na resolução dos problemas relacionados com o abastecimento de água e saneamento das populações –, o PEAASAR II aposta num modelo alternativo de integração vertical no quadro de parcerias entre o Estado e os municípios.

O Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, vem justamente ao encontro dessa medida de organização, estabelecendo a possibilidade de gestão das baixas em regime de parceria entre o Estado e as autarquias locais. Quis-se, de acordo com a estratégia governamental gizada no PEAASAR II, permitir que o Estado partilhasse a responsabilidade, até agora exclusivamente municipal, da gestão das baixas. Tais parcerias podem, de acordo com o n.º 2 do artigo 2.º do mencionado diploma, materializar-se em três formatos distintos: a) entidade do setor empresarial do Estado em que participem municípios ou associações de municípios; b) entidade do setor empresarial local em que participem entidades do setor empresarial do Estado; c) entidade do setor empresarial do Estado legalmente habilitada para o exercício de atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos.

Em qualquer caso, revelando a preocupação em não romper com a leitura clássica do princípio constitucional da autonomia municipal – e assumindo, portanto, de modo implícito, a premissa de que a gestão da água constitui uma atribuição municipal por natureza e as atividades em baixa integram o núcleo duro ou o conteúdo essencial da autonomia municipal nesta matéria –, o modelo de parceria proposto no Decreto-Lei n.º 90/2009 traduz apenas uma possibilidade ao dispor dos municípios que estes podem livremente decidir mobilizar, não ficando pois obrigados por tal diploma a adotar qualquer dos modelos de gestão nele propostos. Isto não obstante as parcerias em causa terem “por objetivos fundamen-

tais a prestação dos serviços públicos de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos sólidos urbanos com garantia da universalidade, da igualdade no acesso, da qualidade do serviço, da transparência na prestação de serviços, da proteção dos interesses dos utentes, da solidariedade económica e social e da proteção da saúde pública, do ambiente e do ordenamento do território” (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 90/2009). Além disso, sempre que a parceria se concretize através de uma sociedade integrante do setor empresarial do Estado [alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 2.º], a sua instituição implica uma prévia *delegação das competências* dos municípios no Estado. O Decreto-Lei n.º 90/2009 tem, portanto, subjacente a mesma premissa, constituindo nesse sentido uma espécie de *vinho novo em odres velhos*.

No fundo, subjacente ao novo regime está o entendimento, exemplarmente sustentado por Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, segundo o qual os serviços públicos de água e saneamento em baixa são “naturalmente exclusivos dos municípios” já que apresentam uma natureza “essencialmente municipal”, sendo por isso atentatório do “princípio da correta repartição de atribuições entre o Estado e os municípios” qualquer situação em que “a distribuição doméstica de água aos munícipes e a recolha domiciliária de efluentes líquidos” – considerada em si mesma uma “parte irredutível” da competência dos municípios – seja unificada “à conta do Estado”. Tal situação constituirá, em última análise, uma expropriação do “conteúdo essencial da autonomia autárquica” (“Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos”, in *Estudos de regulação pública, I*, Coimbra, 2004, p. 9 e seguintes – em especial, pp. 30-31, 48 e 50-51).

3. Sistemas multimunicipais como uma espécie de reserva de soberania

I. O regime específico consagrado na lei para os sistemas multimunicipais tem como pano de fundo a ideia de que os sistemas que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional representam – ainda que transitoriamente – uma espécie de reserva de soberania.

II. Em relação aos sistemas multimunicipais, o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 379/93 limita-se a prever, laconicamente, que “a criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objeto de decreto-lei”.

Aparentemente, sem prejuízo dos limites constitucionais, dir-se-ia que, em nome de razões de interesse nacional, se estaria numa espécie de espaço *interno* do Estado em largamente livre ou *impermeável* ao Direito (para empregar a conhecida formulação utilizada tradicionalmente no âmbito das relações especiais de poder – Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 512).

É certo que a evolução do Direito da União Europeia dificilmente se compadece com uma tal leitura. Com efeito, não obstante a indiferença histórica das diretivas da contratação pública em relação ao procedimento de adjudicação de contratos de concessão de serviço público, é hoje geralmente reconhecido – e o tema está demasiado tratado para justificar uma referência desenvolvida nesta sede – que a escolha do concessionário, ainda que feita por via legislativa, não pode fazer-se sem que seja assegurado que o procedimento pré-contratual respeita os princípios fundamentais do Direito da União em geral e o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade em particular, o que obriga, à partida, a garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para assegurar a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

Ainda assim, justamente porque o Estado não quis abrir mão da sua prerrogativa quase livre de atribuição de uma concessão multimunicipal por via legislativa, a reforma de 2003 no setor das águas – socorrendo-se da exceção da relação *in house* admitida pela jurisprudência comunitária e consagrada hoje no Código dos Contratos Públicos – veio reforçar os elementos suscetíveis de garantir um *domínio efetivo* e uma *dependência estrutural* do concessionário em face do concedente – a fim de assegurar o respeito pelos requisitos da relação *in house* e, por essa via, preservar o *status quo*. Concretamente, nos termos do n.º 10 do artigo 4.º-A do Decreto-Lei n.º 379/93, aditado pelo Decreto-Lei n.º 103/2003, de 23 de maio, o ministro da tutela “tem, relativamente às entidades gestoras de sistemas multimunicipais, poderes de fiscalização, direção, autorização, aprovação e suspensão dos atos das mesmas”.

III. Noutro plano, é sabido que, numa primeira fase, em coerência com o espírito socializante subjacente ao texto inicial da Constituição de 1976, tanto a atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas, como a atividade de saneamento básico em geral, estiveram vedadas à iniciativa económica privada. O artigo 4.º da Lei de Delimitação de Setores de 1977 (Lei n.º 46/77, de 8 de julho) a isso se opunha.

Entretanto, como é conhecido, Portugal recusou o modelo de sistema económico subjacente a muitas das soluções consagradas no texto inicial da Constituição. As sucessivas revisões constitucionais e a integração na União Europeia – não obstante os tratados constitutivos estabelecerem que “os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-membros” (artigo 345.º do TFUE) – reforçaram significativamente os princípios estruturantes de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Em coerência, em matéria de setores vedados, na atual redação do n.º 3 do artigo 86.º da Constituição o legislador constitucional limita-se a permitir – e não já a impor – que se vedem certas áreas económicas à iniciativa privada.

O legislador ordinário acompanhou – e, em alguns aspetos, antecipou – o sentido da evolução constitucional. Não surpreende, por isso, que as sucessivas alterações à citada Lei n.º 46/77 – Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro, Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro, Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de setembro, e Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro – tenham, todas elas, procurado reduzir o âmbito dos setores de atividade económica totalmente vedados à iniciativa económica privada.

Ainda assim, não obstante a evolução legal, no setor da água o legislador manteve-se cauteloso. De facto, a última das referidas alterações à Lei de Delimitação de Setores de 1977, introduzida pelo já citado Decreto-Lei n.º 372/93 e reproduzida na ulterior Lei de Delimitação de Setores (Lei n.º 88-A/97), reconhece que “a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos pressupõe a definição de uma estratégia rigorosa que acautele os interesses nacionais, possibilite o aumento do grau de empresarialização do setor, incluindo capitais privados, e permita a aceleração do ritmo de investimento”, pelo que o legislador vem considerar que faz “sentido que seja aberta a possibilidade de participação de capitais privados, embora sob a forma de concessão, a empresas intervenientes nestes setores”. Concretizando, o artigo 4.º da Lei n.º 46/77, com a redação do Decreto-Lei n.º 372/93,

numa solução que se manteve na Lei de Delimitação de Setores de 1997, estabelece, com base na distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais, mas numa solução que passa a valer indiferenciadamente tanto para a água e saneamento como para os resíduos, que, enquanto nos sistemas municipais a concessão a privados passa a estar autorizada, a gestão dos sistemas multimunicipais deve manter-se no setor público e, por isso, ainda que a atividade seja concessionada, a sociedade concessionária deve ser uma sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos.

A solução encontrada suscita, ainda assim, algumas perplexidades.

Desde logo, o critério legal, ao exigir que uma concessionária de um sistema multimunicipal seja detida maioritariamente por entidades públicas, assenta numa delimitação clássica. O legislador utiliza um critério rígido e formal – a maioria do capital social –, não permitindo abarcar soluções em que o Estado ou outras entidades públicas, embora não detendo a maioria do capital, possam exercer uma *influência* dominante sobre a concessionária multimunicipal.

Por outro lado, contrariando o sentido fundamental que subjaz à reforma de 1993 – maior abertura a capitais privados –, embora a Lei n.º 46/77 não se referisse diretamente à recolha e tratamento de resíduos sólidos, a limitação à intervenção de privados no capital social das concessionárias de sistemas multimunicipais passa a abranger expressamente a exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha e tratamento de resíduos sólidos (cfr., porém, no caso LIPOR, no sentido de que o conceito de *saneamento básico* abrangia a recolha e o tratamento de resíduos sólidos, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/94).

Enfim, e este aspeto é particularmente relevante, não é clara a razão de ser que subjaz à solução adotada em matéria de setores vedados e que assenta na distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais. Percebe-se, obviamente, que o legislador, legitimado democraticamente, pretenda vedar à iniciativa privada serviços públicos que repute essenciais e se encontrem dependentes de importantes redes e infraestruturas fixas com uma implantação territorial transmunicipal. Mas, se a razão é essa, não se percebe por que motivo, no final da concessão, quando o sistema multimunicipal se converte num sistema intermunicipal de titularidade autárquica, uma tal preocupação em não abrir a atividade aos privados desaparece.

4. A necessidade de revisitação do paradigma subjacente ao regime legal em vigor

4.1. As disfunções do atual modelo

I. O regime de que se deu uma breve nota assenta, como se verificou, numa contraposição rígida entre sistemas municipais (ou intermunicipais) e sistemas multimunicipais.

Pode duvidar-se, desde logo, da bondade do esquema redutor *Entweder-Oder* adotado pelo legislador. Basta lembrar que a separação rígida consagrada arranca, na sua lógica pura, de uma visão dualista da administração, assente no binómio administração local/administração central, ignorando que, nos arquipélagos dos Açores e da Madeira, a existência de uma entidade política intermédia situada entre as autarquias locais e o Estado pode justificar especificidades. Da mesma forma, a organização binária do setor das águas ignora que a tradição histórica de gestão dos serviços de abastecimento de água no município de Lisboa e áreas circundantes apresenta especialidades relativamente ao que sucede no resto do país, assumindo a EPAL um duplo papel na área da grande Lisboa, visto que esta empresa de capitais exclusivamente públicos e sem participação acionista dos municípios não só está encarregada da captação, adução e tratamento da água utilizada nos municípios desta área, agindo como sociedade gestora do sistema multimunicipal (mesmo antes da criação desta figura de uma forma geral), como também assegura a distribuição da água ao utilizador final no município de Lisboa, assumindo, pois, um papel que nos municípios circundantes pertence aos sistemas municipais. Significa isto que, em Portugal, no âmbito da EPAL a aposta tem sido na criação de um sistema empresarial, estadual e com dimensão, não fundado numa concessão e que compreende no seu âmbito quer o abastecimento direto dos consumidores finais em Lisboa, quer uma atividade em alta.

Todavia, no contexto desta conferência independentemente das disfunções inerentes à lógica binária adotada, é fundamental começar por chamar a atenção para o facto de a diferenciação radical entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais ter conduzido a uma organização de geometria variável. Efetivamente, no plano dos sistemas multimunicipais, a concretização do modelo foi realizada por via empresarial através do Grupo Águas de Portugal, controlado pelas Águas de Portugal, SGPS, SA, sociedade cujo capital social é detido pela Párpública, pela Caixa Geral de Depósitos e pela Direção-Geral do Tesouro. O Grupo Águas de

Portugal integra um conjunto vasto de empresas e detém a maioria do capital social em todas as concessionárias multimunicipais, tanto no âmbito do abastecimento de água e de saneamento de águas residuais como, através da *sub-holding* EGF – Empresa Geral de Fomento, SA, em relação ao tratamento de resíduos sólidos. Em contrapartida, no que se refere aos sistemas de titularidade municipal as soluções adotadas foram as mais diversas, dando origem a um quadro muitíssimo hetero-géneo e no qual a lógica empresarial pode estar ausente. Com efeito, no uso das prerrogativas que lhes são concedidas no âmbito da autonomia municipal, e em face da pluralidade dos modelos admitidos – o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, admite a gestão direta, a gestão delegada e a gestão concessionada –, os municípios optaram por trilhar as mais diversas vias, coexistindo hoje no território nacional inúmeros serviços municipais, serviços municipalizados, empresas municipais e concessionárias.

II. Em segundo lugar, a divisão rígida entre sistemas multimunicipais e municipais conduziu, além das disfunções em matéria de integração vertical já assinaladas, a uma grande dispersão e a uma relativa exiguidade dos diversos sistemas. Se, mesmo em relação aos sistemas multimunicipais, a dinâmica própria do processo de criação dos novos sistemas ao longo dos anos e as dificuldades em obter por via societária a maioria de dois terços dos votos emitidos em assembleia geral para operar a fusão de concessionárias existentes (o que pressupõe a adesão de parte significativa dos municípios acionistas da concessionária) provocaram a multiplicação das concessionárias, a tendencial reserva municipal no âmbito da baixa contribuiu substancialmente para a pulverização e atomização dos sistemas.

III. A conjugação dos aspetos assinalados tem profundas consequências. Em particular, além da multiplicação de estruturas, da dificuldade em obter economias de escala e da diferenciação dos níveis de serviço prestados, na prática assiste-se a uma relevante heterogeneidade tarifária.

Na realidade, numa solução coerente com a natureza municipal da atribuição, o facto de cada município ou associação de municípios fixar, autonomamente, taxas a pagar pelos serviços prestados na respetiva circunscrição territorial – ou, nos casos em que houver concessões, aprovar as taxas a serem cobradas pelos concessionários – cria – atenta a dispersão e exiguidade dos sistemas – uma diferenciação entre os valores a pagar pelos utentes nos vários municípios, sem que uma tal diferen-

ciação tenha necessária correlação com a escala do sistema, a população servida ou a qualidade do serviço prestado.

Além disso, nos casos em que a gestão não obedeça a uma lógica empresarial a dinâmica do sistema propicia a adoção de tarifários que não permitem uma cobertura suficiente dos custos do serviço municipal prestado – com a conseqüente insustentabilidade financeira do sistema ou o risco de redução da qualidade do serviço (em virtude designadamente da insuficiente manutenção e reabilitação das redes). De resto, e uma vez que o produto da cobrança de taxas e preços resultantes da prestação de serviços pelos municípios constitui receita municipal, nada obsta tão-pouco à afetação pelos municípios das receitas obtidas no âmbito da atividade de abastecimento de água e de saneamento a outros fins que não, em primeira linha, o pagamento das tarifas devidas pelos municípios utilizadores aos concessionários multimunicipais – com graves conseqüências em termos de dívidas dos municípios às concessionárias em alta.

4.2. A inadaptação do regime em vigor a uma leitura do princípio da autonomia autárquica adaptada aos sinais dos tempos

I. A visão de que se deu breve nota, com o seu primeiro pilar assente na ideia de que a gestão da água constitui uma atribuição municipal por natureza e de que as atividades em baixa integram o núcleo duro ou o conteúdo essencial da autonomia municipal nesta matéria, é coerente com a importância que a Constituição confere à autonomia autárquica e encontra respaldo na tradição legal portuguesa.

É sobejamente conhecida a centralidade que o princípio da autonomia das autarquias locais assume na Constituição de 1976. Este princípio, elevado inclusivamente a limite material de revisão constitucional, significa, para recordar a fórmula feliz adotada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 358/92, que o legislador constitucional reconhece às comunidades locais uma verdadeira autonomia em face do Estado-administração, constituindo as autarquias locais uma autêntica administração autónoma, concebida como parte integrante da organização democrática do Estado e expressão do autogoverno das populações no âmbito de cada circunscrição territorial.

É sabido, por outro lado, que tanto a atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas, como a

atividade de saneamento básico em geral constituem tradicionalmente tarefas municipais. Basta, para não ir mais longe, recordar que, nos termos dos artigos 47.º e 49.º do Código Administrativo, cabia já aos municípios, não só a atividade de “abastecimento público”, incluindo “a construção e conservação de redes de distribuição pública de água para consumo domiciliário”, mas também a matéria da “salubridade pública”, abrangendo com isto quer “o estabelecimento de redes de esgotos”, quer “a remoção, despejo e tratamento de lixos, detritos e imundícies domésticas”. De resto, o n.º 26 do artigo 51.º do Código Administrativo dispunha ainda que competia às câmaras, para o desempenho das suas atribuições, “conceder a exploração de serviços e resgatar a concessão”, quando o julgasse conveniente. Mas, nos termos do artigo 164.º do Código Administrativo, era permitido às câmaras, com aprovação dos respetivos conselhos municipais e do Governo, explorar, sob forma industrial, por sua conta e risco, serviços públicos de interesse local que tivessem por objeto “a captação, condução e distribuição de água potável” e “o aproveitamento, depuração e transformação das águas de esgoto, lixos, detritos e imundícies” (Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/94).

E, saltando para os textos legais em vigor, a Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, reconhece, na alínea l) do n.º 1 do artigo 13.º, que a matéria do ambiente e saneamento básico constitui atribuição dos municípios. Concretamente, e deixando de lado os sistemas municipais de limpeza pública e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º, “é da competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão de equipamentos e a realização de investimentos nos seguintes domínios: sistemas municipais de abastecimento de água; sistemas municipais de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas”.

II. O entendimento que subjaz à legislação em vigor está bem ancorado em vozes autorizadas da doutrina.

Recorde-se que, versando justamente sobre estas temáticas, Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira consideram que o princípio da autonomia local não pode ser dissociado do conceito de interesses próprios ou tarefas próprias presente no n.º 2 do artigo 235.º da Constituição. Dessa conjugação resultaria a existência de “uma esfera de atribuições próprias e exclusivas dos municípios – reserva de atribuições municipais”, que estaria ligada aos “interesses especificamente locais”, isto é, os

interesses “próprios de uma comunidade territorialmente limitada, distintos dos interesses gerais da coletividade geral”. Por outro lado, ainda segundo os mesmos autores, o princípio da descentralização territorial exigiria igualmente uma “verdadeira separação (vertical) de poderes”, que garantisse neste caso às autarquias locais um “núcleo de atribuições específicas e tendencialmente distinto daquele que cabe à administração estadual”. A regra deveria ser, assim, a descentralização, sendo considerada lesiva deste princípio, bem como do princípio da autonomia local, a “(re)concentração de tarefas que já tinham sido descentralizadas ou que sempre tinham pertencido à esfera municipal”. Todas as medidas consideradas “centralizadoras” necessitariam, por isso, de “motivações muito mais fortes quanto à sua necessidade e proporcionalidade”. Enfim, o próprio princípio da subsidiariedade impõe que apenas seja confiado à esfera de competência do Estado central aquilo que não possa ser adequadamente reservado aos municípios (*Concessão*, cit., p. 67 e seguintes).

De resto, na mesma linha, se bem que a propósito das concessões municipais de distribuição de eletricidade, também Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira consideram materialmente inconstitucional, por violação do princípio da autonomia local, uma lei que restrinja “o poder autárquico de definição dos termos da concessão”, visto que “o interesse, designadamente económico, dos municípios na negociação das condições de concessão mais vantajosas e na escolha da proposta economicamente mais vantajosa é obviamente um interesse autárquico e é naturalmente um interesse constitucionalmente protegido, tutelado no âmbito do princípio da autonomia local” (*As concessões municipais de distribuição de eletricidade*, Coimbra, 2001, pp. 39-40).

III. É duvidoso, no entanto, que se deva falar em atribuições dos municípios “por natureza” e, como tal, inconceptíveis de serem alteradas por mero efeito da lei e que o pano de fundo que subjaz à regulamentação do setor das águas em vigor seja constitucionalmente imposto.

Seguramente, e esta primeira afirmação não sofre contestação séria, não têm fundamento constitucional quaisquer orientações que configurem os “assuntos locais por natureza” como interesses do município situados para além da Constituição, visto que as atribuições municipais não têm natureza originária, pré-estadual e pré-constitucional, pois, numa ordem fundada na Constituição e na soberania, una e indivisível do povo só o Estado pode ser reconhecido como centro de poderes públicos anterior

e pressuposto da Constituição (André Folque, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios*, Coimbra, 2004, p. 74 e seguintes).

Todavia, mesmo quando se centra a análise no modo como se distinguem, no quadro da Constituição, os interesses municipais dos interesses nacionais, a ideia da existência de um vasto acervo de interesses exclusivamente imputáveis às comunidades locais está hoje em crise. Como reconhece parte da doutrina e é assumido pelo próprio Tribunal Constitucional, em termos que não se justifica desenvolver nesta intervenção, a configuração de um quadro de relações entre o Estado e as autarquias assente num modelo horizontal rígido de repartição de atribuições – isto é, fundado numa distinção material entre assuntos locais, que competiriam inteiramente e em exclusivo às autarquias, e assuntos nacionais – não é constitucionalmente necessária. O próprio princípio da descentralização não é ilimitado, devendo ser articulado com o princípio da unidade e da eficácia da atividade administrativa (n.º 2 do artigo 267.º da Constituição) e com o papel superior da administração central na realização das tarefas fundamentais do Estado (artigo 182.º da Constituição – André Folque, *A tutela*, cit., pp. 47-48). De resto, salvo em casos pontuais, o legislador constituinte não operou uma delimitação concreta do leque de atribuições municipais, remetendo tal tarefa para a liberdade de conformação do legislador ordinário. O âmbito da autonomia administrativa varia, portanto, em função das opções do legislador democrático.

Esta linha de argumentação não é minimamente infirmada pelo princípio da subsidiariedade. Desde logo, a ideia de subsidiariedade é dificilmente compatível com o dualismo exacerbado subjacente à leitura do princípio da autonomia municipal que aqui se repudia, tendo antes como domínio privilegiado de aplicação as situações em que o Estado e as autarquias locais não se contemplam reciprocamente como instâncias separadas, mas sim como entidades entre as quais se devem repartir atribuições e competências em domínios comuns. Sobretudo, o princípio da subsidiariedade não pode ser visto apenas sob o prisma do reforço da autonomia das autarquias locais. Naturalmente, o princípio em causa postula a limitação da esfera de competência do Estado e das regiões autónomas àquilo que não possa ser adequadamente confiado às autarquias locais (subsidiariedade do Estado, *stricto sensu*, e das regiões autónomas em face dos municípios) (Vital Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 1997, pp. 249-250). Mas, bem vistas as coisas, o princípio da subsidiarie-

dade – por vezes justamente apresentado como um princípio neutro – constitui um *princípio dinâmico biunívoco* (Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 368), podendo servir também para justificar a não inclusão no âmbito das atribuições autárquicas, seja a título exclusivo seja a título principal, de interesses que, sendo também corporizáveis como interesses das comunidades locais, tenham igualmente uma dimensão regional ou estadual que imponha a sua disciplina à escala maior e legitime a atendibilidade do interesse supramunicipal (Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 274).

As considerações anteriores não impedem, necessariamente, que se distinga entre o “nó duro, a zona absolutamente incomprimível da autonomia das autarquias locais”, e o “círculo adjacente” formado por aquelas matérias que não pertencem àquela zona mas ao que se pode chamar a “zona facultativa ou optativa” do princípio constitucional em causa (Marcelo Rebelo de Sousa, “Distribuição pelos municípios da energia elétrica de baixa tensão”, in *CJ*, ano XIIIIV, 1988, p. 25 e seguintes, em especial 31).

Porém, e este aspeto é fundamental, a crescente e sempre mutável sobreposição de interesses faz com que o conteúdo mínimo da autonomia local não seja uma realidade estática ou fixa, impondo, pelo contrário, uma ponderação comparada e atualizada entre interesses locais e nacionais. Discorda-se, em face do exposto, do entendimento segundo o qual violam os princípios da autonomia local e da descentralização soluções que envolvam a “(re)concentração de tarefas que já tinham sido descentralizadas ou que sempre tinham pertencido à esfera municipal” (Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, *Concessão, cit.*, p. 70). Por isso, e embora se não possa sustentar, em face da Constituição portuguesa, que tudo se resume agora a fórmulas de codecisão do poder central e local, a verdade é que, como reconhecem os juizes do Palácio Ratton, proliferam os domínios que não podem pertencer em exclusivo ao município, já que incidem sobre matérias que têm de ser vistas em conexão com o todo nacional, pelo que devem estar abertas à intervenção concorrente das autarquias e do Estado (cfr., entre tantos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/95). Significa isto que “os interesses próprios, comuns e específicos das populações de cada autarquia local (...) não constituem obstáculo a que sobre tais matérias concorram interesses gerais titulados pelo Estado” (Paulo Otero, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, II, Lisboa, 1995, p. 772).

Esta referência sintética à evolução da leitura da autonomia municipal aponta para a falência da velha conceção das atribuições municipais por *natureza* e, nessa medida, põe em causa um dos pilares em que assenta o regime português em vigor em matéria de organização dos serviços de abastecimento de água e de saneamento.

E, se assim é, dir-se-ia que é tempo de visitar as bases do sistema. Naturalmente, qualquer solução que venha a ser gizada pelo legislador democrático, numa redefinição da repartição de atribuições entre o Estado e os municípios (e, nos Açores e na Madeira, as regiões autónomas), não pode ignorar as vinculações jurídico-constitucionais que se extraem da Constituição e deve, em particular, buscar uma ponderação equilibrada dos interesses em presença. Não basta, assim, a afirmação de princípio da legitimidade de uma maior intervenção do Estado na gestão dos sistemas municipais para que ela resista ao crivo da constitucionalidade. Importa também assegurar que, numa ponderação conforme ao princípio da proporcionalidade e aos demais princípios constitucionais relevantes, as soluções legais concretamente adotadas são equilibradas, designadamente não sacrificando desproporcionada ou excessivamente a autonomia dos municípios. Ainda assim, rompidas as amarras ao paradigma clássico da autonomia municipal, há todo um mundo novo que pode ser explorado.

4.3. A incoerência do papel dos privados

O papel restritivo dos privados no setor da água casava-se bem com o texto inicial da Constituição de 1976, com o seu “registo de esquerda” (Vital Moreira, “Revisão e revisões: a Constituição ainda é a mesma?”, in *20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000, p. 203) e a sua estrutura bipolar, na qual o princípio democrático coexistia com o princípio socialista, de raiz marxista, apontando para a futura conformação de uma sociedade sem classes através da coletivização dos principais meios de produção (Rui Machete, “Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional”, in *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, 1991, p. 449 e seguintes).

Já se verificou, porém, que entretanto este quadro se alterou de forma significativa. Mesmo no período que antecedeu a primeira revisão constitucional, não obstante aquilo que já se apelidou de carga confessional do texto aprovado pela Assembleia Constituinte, no plano económico-social assistiu-se a profundas mutações. Além do pedido de adesão à Comunidade Económica Europeia formulado em março de 1976 por um

governo socialista, a legislação fundamental aprovada sobretudo em 1977, designadamente a lei de delimitação de setores, as leis sobre indemnizações, as bases gerais da reforma agrária, a lei do arrendamento rural, se para uns revelava uma “política de restauração capitalista consubstanciada na *contrarrevolução* legislativa” (Vital Moreira, *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa, 1980, pp. 46, 94-96 e 115-116), testemunhava justamente a rejeição do modelo económico socialista coletivista (Sousa Franco, “A revisão da Constituição Económica”, in *ROA*, n.º 42, p. 683). As revisões constitucionais de 1982 e de 1989, reforçadas pela prática política prosseguida nesse período, encerraram “o ciclo das revisões de acomodação estrutural pós-revolucionária” e aplainaram “o caminho para a restauração de uma ordem económica presidida pelo mercado e pela iniciativa privada” (Vital Moreira, *Revisão*, cit., p. 199).

A verdade, porém, é que, não obstante o ano de 1989 traduzir o final deste “processo constituinte global” (J. M. Cardoso da Costa, *A evolução constitucional no quadro da Constituição da República de 1976*, Coimbra, 1994, p. 5) e a evolução subsequente confirmar de modo inequívoco a rejeição de um modelo em que o privado deva ficar “reduzido, disperso e acantonado” (Francisco Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 – a transição dualista*, Coimbra, 1988, p. 302), o legislador ordinário, ancorado na distinção entre sistemas municipais e multimunicipais, mantém desde 1993 uma solução cautelosa, só admitindo a participação de privados no capital social de concessionárias multimunicipais em posição minoritária.

Hoje, quase 20 anos volvidos desde a reforma do setor das águas de 1993, o tema merecia ser revisitado pelo legislador. Não se justifica voltar a referir algumas das disfunções do regime atual e que já foram assinaladas. Mais importante é antes sublinhar que, em rigor, nos nossos dias a alternativa não se reduz ao binómio, também aqui redutor, setor público-setor privado. De facto, independentemente do modo como a Constituição económica continua a tratar os chamados *setores de propriedade dos meios de produção*, não se pode obliterar que, num contexto como o atual de *responsabilidades partilhadas e de desestadualização da prossecução dos interesses públicos* (Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005, p. 139 e seguintes), há formas bem conhecidas de envolver os privados e manter a afetação primacial de um serviço à prossecução do interesse público. Não se trata, pois, de reinventar a roda. É sugestivo, aliás, que há muito, ainda no tempo da Comissão Constitucional, este órgão de controlo da constitucionalidade tenha

chegado a admitir, no Parecer n.º 15/77, que a gestão indireta (em sentido amplo) de um serviço público através de concessão a entidades privadas “ não é incompatível com os fins a que deve estar afetado o setor público da propriedade dos meios de produção”. Obviamente, é duvidoso que, num tal cenário, se estivesse ainda no setor público da economia tal como delimitado no n.º 2 do artigo 82.º da Constituição (Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, II, Coimbra, 2006, p. 34 e seguintes). Mas, num quadro constitucional aberto, que hoje já não impõe a existência de setores básicos vedados às empresas privadas, e num contexto económico-financeiro em que o Estado português se encontra exaurido, decisivo é não perder de vista que há formas, mesmo nos chamados sistemas multimunicipais, de associar os privados à prossecução do interesse público no quadro daquilo que se pode chamar um setor privado publicizado (Paulo Otero, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do estado*, Coimbra, 1998, pp. 65-66).

EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA

Jaime Melo Baptista

Presidente da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).

1. O que são os serviços de águas?

Os serviços de águas compreendem o abastecimento público de água e o saneamento de águas residuais urbanas. São serviços estruturais e insubstituíveis das sociedades modernas, essenciais ao bem-estar dos cidadãos e à saúde pública, bem como às atividades económicas. O seu impacto social é pois muito importante, referindo-se habitualmente que 1 euro investido nestes serviços pode poupar 9 euros em despesas de saúde e representar 6 euros em benefícios económicos.

Em Portugal, o serviço de abastecimento de água, primeira parte do ciclo urbano da água, e o serviço de saneamento de águas residuais, segunda parte desse ciclo, são prestados por cerca de 400 entidades gestoras a cerca de 10 milhões de consumidores, tendo por origem no abastecimento de água e por destino final no saneamento de águas residuais os recursos hídricos utilizáveis disponíveis na natureza, estimados em 10 mil milhões de metros cúbicos por ano.

A primeira parte do ciclo urbano da água consiste na captação de água bruta (750 milhões de metros cúbicos por ano) e no seu complexo processamento através de entidades gestoras com elevada capacitação, recursos humanos e conhecimento que, através de pesadas infraestruturas, que incluem 7000 captações, 600 estações de tratamento de água para consumo, 12 000 km adutores, 8000 elevatórias, 10 000 reservatórios e 33 000 km redes de distribuição, com elevado consumo de energia (650 GWh por ano), conseguem produzir água potável (450 milhões de metros cúbicos por ano), rejeitando 10 milhares de toneladas por ano de lamas para o ambiente e emissões gasosas para a atmosfera. Tudo isto

implica um custo para a sociedade de cerca de 700 milhões de euros por ano.

A segunda parte do ciclo urbano da água consiste na rejeição de águas residuais (400 milhões de metros cúbicos por ano) e no seu complexo processamento através de entidades gestoras com elevada capacitação, recursos humanos e conhecimento que, através de pesadas infraestruturas, que incluem 15 000 km coletores, 1600 elevatórias, 2500 km emissários e 1600 estações de tratamento de águas residuais, com elevado consumo de energia (350 GWh por ano), conseguem produzir efluentes adequadamente tratados (500 milhões de metros cúbicos por ano), rejeitando 75 milhares de toneladas por ano de lamas para o ambiente e emissões gasosas para a atmosfera, envolvendo tudo isto um custo para a sociedade de cerca de 700 milhões de euros por ano.

2. Qual a grande questão dos serviços de águas que se coloca a nível internacional?

A nível internacional, a grande questão que se coloca é a enorme desigualdade dos cidadãos de todo o mundo em termos das condições de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais ou excreta e ambientais, especialmente gravosa quando se trata de serviços essenciais ao bem-estar dos cidadãos e à saúde pública.

Daí terem surgido iniciativas como os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio, aprovados pelas Nações Unidas em 2000, que estabelecem metas para os serviços de águas em termos de cobertura da população, preconizando que até 2015 os países devem reduzir para metade a população sem acesso a água potável e ao saneamento. Portugal tem já praticamente cumprido o objetivo, mas isso não acontece na maioria dos países.

Mais recentemente, em 2010, as Nações Unidas declararam o acesso aos serviços de abastecimento e saneamento como direito humano, preconizando que os países membros das Nações Unidas têm a obrigação de promover todas as medidas necessárias para concretizarem esse direito. Enquanto direito humano, os serviços devem ser fisicamente acessíveis, dimensionados para o número de utilizadores, higienicamente seguros, economicamente acessíveis e culturalmente aceitáveis. Devem ainda assegurar acesso sem discriminação, participação dos cidadãos no processo

de decisão e mecanismos de monitorização e reporte. A prossecução pelos governos significa obrigação de respeitar, proteger e cumprir esses direitos. Portugal está muito avançado nesta obrigação, mas mais uma vez isso não acontece na maioria dos países.

3. Porque é necessária a regulação dos serviços de águas?

Os serviços de águas e resíduos são de interesse geral e constituem monopólios naturais ou legais, o que tem naturalmente riscos associados. Por um lado não há incentivo natural na procura de maior “eficiência” e “eficácia” pelas entidades gestoras e, por outro, aumentam os riscos de prevalência destas perante os utilizadores.

Surge então a necessidade de regulação, que pode ser definida como o mecanismo que reproduz, num mercado de monopólio, os resultados de eficiência expectáveis num ambiente competitivo, criando um mercado de competição virtual e induzindo as entidades gestoras a agirem em função do interesse público sem pôr em causa a sua viabilidade. Constitui um mecanismo moderno de intervenção do Estado.

Os objetivos gerais da regulação são geralmente quatro: a proteção dos interesses dos utilizadores quanto ao acesso ao serviço, qualidade de serviço e respetivo preço; a contribuição para a salvaguarda da viabilidade económica das entidades gestoras e dos seus legítimos interesses; a contribuição para a consolidação do restante tecido empresarial do setor, de apoio às entidades gestoras; a contribuição para a salvaguarda dos aspetos ambientais, nomeadamente minimizando os impactes da atividade na água, no ar e no solo.

4. Qual o panorama internacional da regulação dos serviços de águas?

Para um melhor conhecimento do panorama internacional da regulação dos serviços de águas a ERSAR promoveu um estudo em parceria com o Instituto Superior Técnico sobre “A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: uma perspetiva internacional” (Marques, R. C., 2011), com o objetivo de identificar boas práticas regulatórias em diversos países em aspetos como obrigações de

serviço público, regulação dos preços, exigências de qualidade de serviço e modelos regulatórios e também para melhorar o modelo português de regulação com base nessas boas práticas.

A metodologia seguida passou pela pesquisa bibliográfica, pela identificação de entidades regulatórias (explícitas e implícitas), pelo contacto com 174 países e pelo envio de um questionário que abordava aspetos gerais dos serviços de águas, âmbito da atividade regulatória, aspetos gerais da entidade reguladora, aspetos organizacionais da entidade reguladora, regulação económica, obrigações de serviço público e regulação da qualidade de serviço.

Da avaliação da informação recebida e comparação entre países resultou a identificação das principais tendências do setor e da regulação e das melhores práticas regulatórias. A situação foi analisada com grande pormenor em alguns países, nomeadamente Bélgica, França, Holanda, Itália, Portugal, Reino Unido, Roménia, Suécia, Estados Unidos, Moçambique, Zâmbia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Indonésia, Singapura e Austrália.

Concluiu-se que as principais tendências do setor passam pela titularidade dos serviços em geral municipal, regional ou estatal e pela prestação dos serviços de águas assegurada em geral por entidades públicas, mas com uma participação privada relevante em alguns países através de delegação, concessão ou prestação de serviços. O número e a dimensão das entidades gestoras são variáveis, mas há uma tendência para entidades regionais, na procura de economias de escala, e para a empresarialização (pública e privada) dos serviços de águas, na procura de melhorias de eficiência e de eficácia. Há uma necessidade generalizada de recuperação de custos e de implementação de tarifários adequados, salvaguardando os aspetos sociais, e de maior contratualização entre os diferentes agentes do setor, com uma crescente atenção na partilha do risco. Há ainda tendência para a definição de níveis mínimos de qualidade de serviço e para uma maior transparência e responsabilidade social das entidades gestoras.

Adicionalmente, concluiu-se que as principais tendências da regulação passam pelo crescimento da regulação dos serviços de águas, independentemente da presença ou ausência do setor privado, pela coexistência de regulação explícita e implícita e de regulação setorial e multissetorial, e ainda pela regulação nacional, mas também regional e mesmo local.

Existem alguns casos de regulação independente mas também de autorregulação pelas entidades gestoras ou suas associações. São utilizadas diferentes abordagens de regulação económica, bem como o *benchmarking* para a regulação da qualidade de serviço. Há complementaridade com os reguladores da concorrência e ambiental e tendência de aumento do papel das associações de consumidores. Há tendência de reforço da transparência regulatória e da participação dos agentes do setor.

Finalmente, concluiu-se que as melhores práticas regulatórias devem incluir as obrigações de serviço público, a qualidade do serviço e o estabelecimento de preços. A entidade reguladora deve ser dotada de independência e dos meios adequados para desempenhar as suas funções. O procedimento regulatório deve ser claro, compreensível e participado pelos agentes do setor e o quadro regulatório deve assegurar a prestação de contas (*accountability*) perante o setor e a sociedade. A regulação deve incluir mecanismos de incentivo de eficiência. A regulação deve definir níveis de qualidade de serviço e utilizar o *benchmarking* para promoção de eficácia e eficiência das entidades gestoras, verificando-se que em termos internacionais é utilizada em 80% dos casos uma abordagem designada *sunshine regulation ou name and shame*. Contudo, 25% dos países aplicam sanções financeiras, 12% pre-veem mecanismos de compensação direta dos utilizadores e em apenas 8% são compilados *rankings* globais de desempenho.

5. Em síntese...

Existem, de acordo com a informação disponível, 136 reguladores de serviços de águas no mundo, cobrindo cinco continentes e 57 países, perto de um terço do total. Destes, só 30 são dedicados aos serviços de águas, sendo os restantes multissetoriais. O universo identificado alarga-se para 396 entidades num total de 174 países se incluirmos outras autoridades públicas com direitos de decisão similares. Cerca de um quinto da população mundial tem serviços regulados.

Quanto às suas características, uma minoria é constituída por entidades reguladoras independentes que podem aprovar legislação. Cerca de metade tem âmbito nacional, reporta ao Parlamento, tem um mandato de cinco anos, é financiada pelos consumidores e prevê a possibilidade de recurso das suas decisões. A maioria tem uma direção colegial, mecanismos de participação dos agentes do setor, utiliza *benchmarking*, publicita as suas decisões e pode aplicar sanções.

PERSPETIVAS DE EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA

Jaime Melo Baptista

Presidente da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).

1. Como se têm vindo a desenvolver os serviços de águas em Portugal?

Ao longo do último século e meio houve em Portugal diversos ciclos de políticas públicas nos serviços de águas, com graus variáveis de sucesso, como descrito no livro editado pela ERSAR e intitulado *História das políticas de saneamento básico e intervenções públicas* (Pato, J. H., 2011).

Vivemos atualmente mais um ciclo de políticas públicas, iniciado em 1993, que teve como vetores a empresarialização no setor, a constituição do Grupo Águas de Portugal, a abertura ao setor privado e a agregação física dos sistemas à escala regional.

O País reorganizou este setor de forma integrada para garantir o desenvolvimento sustentável dos serviços de águas, utilizando paralelamente diversos instrumentos como referido seguidamente.

Passou a existir uma visão para o setor através da estratégia nacional materializada no PEAASAR II, um enquadramento institucional adequado com responsabilidades claras das entidades e dos agentes envolvidos, um enquadramento legislativo e normativo moderno e uma panóplia de modelos de governança passíveis de serem utilizados pelos decisores políticos.

Houve alguns avanços na procura de uma organização territorial otimizada com aproveitamento de economias de escala, com evolução no nível local para regional, que porém ainda se encontra muito fragmentada nos sistemas municipais mas conseguida nos sistemas estatais.

Passou a existir um importantíssimo património de infraestruturas resultante de grandes investimentos, capacidade de gestão de recursos financeiros, nomeadamente de fundos europeus, recursos humanos adequados em número e capacitação, integrando uma comunidade técnica madura, ativa e participativa, bem como objetivos de qualidade de serviço com a monitorização das entidades gestoras. Houve alguns avanços na recuperação tendencial dos custos com a implementação de modelos tarifários mais adequados, mas ainda longe da sustentabilidade económica e financeira do setor. Passaram a existir instrumentos adequados de proteção dos consumidores. A investigação e desenvolvimento passou a ter projeção internacional, criando conhecimento e assegurando uma crescente autonomia nacional. Houve avanços na melhoria da eficiência estrutural do setor e orgânica das entidades gestoras, ainda que insuficiente. Por último, passou a existir um quadro regulatório de promoção da melhoria da prestação serviços com qualidade e a preços socialmente aceitáveis, que adiante se descreve.

2. Que resultados já foram obtidos com a concretização deste ciclo de política pública?

Em termos de resultados na evolução do serviço de abastecimento público de água a situação tem melhorado muito, atingido o objetivo global de 95% de cobertura da população. Tem que se continuar a fazer algum investimento mas de forma mais racional, com o objetivo de resolver problemas localizados e com preocupações de gestão patrimonial, numa perspetiva de custo-benefício.

Em termos de evolução da população com “água segura” a situação também tem melhorado muito, prevendo-se atingir em 2013 cerca de 99%, meta prevista no PEAASAR II. Um número crescente de entidades recomenda o uso de água da torneira em lugar da água engarrafada, nomeadamente a entidade reguladora, a Direção-Geral de Saúde e o Ministério do Ambiente. Há agora que manter, atualizar e aperfeiçoar os mecanismos existentes, numa perspetiva de custo-benefício.

Em termos de evolução do serviço de saneamento de águas residuais a situação tem melhorado, mas ainda está algo distante do objetivo de 90% de cobertura da população. Consequentemente, a qualidade dos nossos recursos hídricos também tem melhorado. Há ainda que se continuar o investimento mas de forma mais racional, orientado por objetivos ambientais, de saúde pública e de gestão patrimonial, numa perspetiva de custo-benefício.

Em síntese, nas duas últimas décadas Portugal implementou uma profunda reforma do setor, desenvolvida de forma integrada. Embora essa implementação não esteja completa, a situação melhorou muito em termos de cobertura da população com abastecimento público de água e sua fiabilidade, qualidade da água segura para consumo humano e cobertura da população com saneamento de águas residuais, incluindo tratamento e qualidade dos nossos recursos hídricos.

Mas estará tudo bem? Certamente que não. Temos necessidade de introduzir medidas corretivas sob pena de deixarmos degradar ou mesmo colapsar o que já temos, nomeadamente melhorar a eficiência estrutural do setor, ainda excessivamente fragmentado e desarticulado, melhorar a eficiência orgânica e operacional das entidades gestoras, o que implica boa informação interna e externa, e assegurar a sustentabilidade económica e financeira do setor com um adequado nível de recuperação de custos. Caso contrário estaremos a hipotecar o futuro e a pôr em causa os investimentos realizados.

3. Quais as perspetivas de evolução dos serviços de águas em Portugal?

Para ser concluída a reforma do setor a ERSAR tem vindo a recomendar como medidas a conclusão da racionalização dos serviços de titularidade estatal, a racionalização dos serviços de titularidade municipal (só agora sujeitos a regulação), a introdução de mecanismos de garantia de acessibilidade económica e o reforço da eficiência e da eficácia do setor. Analisa-se cada uma delas seguidamente.

Quanto à conclusão da racionalização dos serviços de titularidade estatal, passa pela integração espacial das entidades gestoras por áreas geográficas, numa perspetiva litoral-interior, pela gestão conjunta do abastecimento e de saneamento, pela reavaliação dos modelos de governança das entidades gestoras, pela revisão dos atuais contratos dos sistemas multimunicipais e manutenção do esforço de investimento seletivo em novas infraestruturas, especialmente no saneamento.

Quanto à racionalização dos serviços de titularidade municipal, passa pela promoção da integração vertical da baixa na alta ou, alternativamente, pela promoção por parte dos municípios da agregação das entidades gestoras em baixa, pela gestão conjunta do abastecimento e do sanea-

mento, pela adoção dos modelos de governança mais adequados, pela conclusão infraestrutural das baixas e das ligações às altas e pela gestão patrimonial das infraestruturas existentes. A aprovação de legislação sobre os tarifários, tendo por base a Recomendação Tarifária IRAR/ERSAR n.º 1/2009, assume aqui um papel essencial.

Quanto à introdução de mecanismos de garantia de acessibilidade económica, passa por dois níveis distintos.

O primeiro é a garantia de macroacessibilidade económica, por forma a assegurar a acessibilidade económica da generalidade dos consumidores a estes serviços em todo o território, utilizando a subsidiação apenas nos casos em que, por motivos exógenos à entidade gestora, o tarifário venha a dificultar a acessibilidade económica, podendo também ser utilizado complementarmente, se necessário, um fundo de equilíbrio tarifário à escala nacional.

O segundo nível é a garantia de microacessibilidade económica, por forma a assegurar a acessibilidade económica dos consumidores com situações sociais mais frágeis ou extremas, adotando medidas como tarifa volumétrica com escalões progressivos, extinção da cobrança autónoma da contratação e da ligação, tarifário social, tarifário familiar e proibição de caução.

Quanto ao reforço da eficiência e da eficácia, deve ser promovida a concorrência real e virtual no setor, promovendo o *benchmarking* regulatório como forma de concorrência virtual, incentivando a concorrência pelo mercado por exemplo através de mecanismos de delegação, concessão e *outsourcing*, aumentando a eficiência e a eficácia na prestação dos serviços, motivando a inovação e o progresso tecnológico e aproveitando esta oportunidade de desenvolvimento para reforçar a capacidade do tecido empresarial no mercado nacional e internacional, com criação de emprego e riqueza.

4. Qual o modelo regulatório da ERSAR e as perspetivas de evolução de gestão e tecnológica do setor?

Em termos de modelo regulatório a ERSAR efetua a regulação estrutural do setor, a regulação comportamental de cada entidade gestora e outras atividades complementares, que a seguir se pormenorizam e podem ser consultadas em www.ersar.pt.

Note-se que até agora, face ao seu mandato, a ERSAR regulou apenas as 62 concessões estatais e municipais. A partir de 2012, com a alteração legislativa verificada, passou a regular a totalidade, ou seja, 498 entidades gestoras, o que significa a universalidade da regulação. Prevê-se também que reforce poderes e passe a entidade administrativa independente com a prevista nova lei orgânica.

5. Como se materializa a regulação estrutural do setor?

A regulação estrutural tem por objetivo a contribuição para uma melhor organização do setor através da colaboração na formulação das estratégias nacionais, da proposta de medidas de racionalização e de resolução de disfunções e da monitorização e reporte público e periódico da evolução do setor e do grau de implementação das estratégias nacionais.

Tem ainda como objetivo a contribuição para a clarificação das regras do setor, através da proposta de nova legislação relevante ou de alteração da legislação existente, da aprovação de regulamentos e da emissão de recomendações para o setor.

6. Como se materializa a regulação comportamental na componente do cumprimento legal e contratual das entidades gestoras?

No caso da regulação do cumprimento legal e contratual das entidades gestoras a ERSAR efetua um ciclo regulatório ao longo do período de vida efetiva de cada entidade gestora.

Através dele, a ERSAR: monitoriza a aplicação do regime jurídico dos serviços de titularidade estatal e municipal; pronuncia-se previamente à constituição, pelo Estado ou municípios, de sistemas e entidades gestoras intermunicipais e empresas municipais; pronuncia-se previamente ao lançamento de concurso de seleção de parceiro privado na gestão delegada ou concessionada; pronuncia-se previamente à assinatura de contrato entre delegante *versus* delegatário e concedente *versus* concessionário; pronuncia-se previamente à aprovação dos regulamentos de serviço das entidades gestoras; monitoriza e audita casuisticamente o cumprimento legal e contratual das entidades gestoras; conduz processos de conciliação entre as partes quando necessário; pronuncia-se previamente à modi-

ficação de sistemas ou entidades gestoras (alargamento geográfico, reequilíbrio e regularização de riscos); pronuncia-se previamente à extinção de sistemas ou entidades gestoras (saída de parceiros privados, resgate e rescisão de contratos); avalia anualmente a evolução do setor em termos de mercado e da entrada e saída de entidades gestoras; publica e disponibiliza a informação de diversas formas a todos os agentes do setor, incluindo os consumidores; premeia as melhores entidades gestoras como incentivo para as restantes.

A desejável melhoria da evolução de gestão e tecnológica do setor passa por promover a capacitação a nível de processos de reorganização e melhoria da gestão de entidades gestoras, de processos de constituição, licitação, desenho contratual e modificação contratual de entidades gestoras, de estudos justificativos de alteração dos modelos de gestão e de elaboração dos regulamentos municipais.

7. Como se materializa a regulação comportamental na componente da regulação económica das entidades gestoras?

No caso da regulação económica das entidades gestoras a ERSAR efetua um ciclo anual ou plurianual de regulação económica para cada entidade gestora.

Através dele: a ERSAR inicia o ciclo anual de regulação definindo os procedimentos e as especificações e recomendando pressupostos económicos; as entidades gestoras fazem a previsão de custos e proveitos e propõem o tarifário para o ano seguinte; no caso da gestão delegada e concessionada a ERSAR analisa as propostas e prepara o seu parecer preliminar; assegura o contraditório pelas entidades gestoras e elabora o seu parecer final; as tarifas para o ano seguinte das entidades gestoras são aprovadas pela entidade competente; as entidades gestoras desenvolvem a sua atividade executando os orçamentos e aplicando os tarifários aprovados durante o ano; a ERSAR realiza ações de fiscalização casuísticas às entidades gestoras para verificação dos tarifários e da execução orçamental; concluído o ano, as entidades gestoras acedem ao Portal da ERSAR entre 1 e 31 de março e selecionam o módulo de regulação económica, reportando as contas reais por cada atividade (abastecimento, saneamento e resíduos) relativas ao ano anterior; visualizam os dados e os indicadores resultantes e podem extrair o relatório de dados e

resultados, fazendo então a ERSAR a validação dos dados; seguidamente a ERSAR avalia o desempenho económico de cada entidade gestora; assegura o contraditório pelas entidades gestoras e pondera eventuais alterações na avaliação; avalia a evolução no tempo de cada indicador económico para cada entidade gestora e para o conjunto de entidades; compara as entidades gestoras entre si fazendo *benchmarking* por *clusters*; publica e disponibiliza a informação de diversas formas a todos os agentes do setor, incluindo os consumidores; premeia as melhores entidades gestoras como incentivo para as restantes.

A desejável melhoria da evolução de gestão e tecnológica do setor passa por promover a capacitação a nível de apuramento de custos e técnicas de custeio nos serviços de águas e resíduos, a implementação da contabilidade analítica nas entidades gestoras, os estudos tarifários e adaptação à recomendação tarifária da ERSAR, a elaboração de modelos económicos e financeiros e a melhoria da faturação e cobrança.

8. Como se materializa a regulação comportamental na componente da regulação da qualidade de serviço das entidades gestoras?

No caso da regulação da qualidade de serviço das entidades gestoras a ERSAR efetua um ciclo anual de regulação da qualidade de serviço para cada entidade gestora.

O ciclo anual de regulação inicia-se em janeiro com base em procedimentos e especificações previamente definidos; as entidades gestoras acedem por código ao Portal da ERSAR entre 1 e 31 de março e selecionam o módulo de qualidade de serviço, carregando cerca de 50/60 dados por cada atividade (abastecimento, saneamento e resíduos) relativos ao ano anterior; visualizam os dados e os indicadores resultantes e podem extrair o relatório de dados e resultados, iniciando então a ERSAR o processo de validação dos dados, numa primeira fase em gabinete e a seguir com auditorias locais às entidades gestoras; seguidamente a ERSAR avalia a qualidade de serviço e a sua evolução no tempo de cada entidade gestora face aos valores de referência; assegura o contraditório pelas entidades gestoras e pondera eventuais alterações na avaliação; compara as entidades gestoras entre si fazendo *benchmarking* por *clusters* e comparando com os valores de referência; avalia a evolução no tempo de cada indicador de qualidade de serviço para o conjunto de

entidades; publica e disponibiliza a informação de diversas formas a todos os agentes do setor, incluindo os consumidores; premeia as melhores entidades gestoras como incentivo para as restantes.

A desejável melhoria da evolução de gestão e tecnológica do setor passa por promover a capacitação a nível de: implementação de sistemas de gestão patrimonial de infraestruturas; implementação de sistemas de avaliação da qualidade dos serviços; estudos de reabilitação de infraestruturas; modelação e simulação hidráulica e de parâmetros de qualidade; avaliação de resiliência e avaliação de risco (secas, cheias, sismos, etc.); melhoria da eficiência hídrica no setor urbano (por exemplo, águas residuais); melhoria da eficiência hídrica em redes de distribuição de água (perdas); melhoria da eficiência da exploração das infraestruturas de gestão de resíduos; melhoria da eficiência energética em sistemas de águas e resíduos; implementação de sistemas de garantia de qualidade; implementação de sistemas de gestão de segurança; implementação de sistemas de gestão ambiental; implementação de sistemas de gestão da segurança e saúde no trabalho.

9. Como se materializa a regulação comportamental na componente da regulação da qualidade da água das entidades gestoras?

No caso da regulação da qualidade da água para consumo humano fornecida pelas entidades gestoras a ERSAR efetua um ciclo regulatório para cada reclamação relativa a cada entidade gestora.

O ciclo anual de regulação inicia-se em janeiro com base em procedimentos e especificações previamente definidos; as entidades gestoras acedem por código ao Portal da ERSAR até 30 de setembro e submetem os programas de controlo da qualidade da água no módulo de qualidade da água; a ERSAR analisa os programas face à legislação e aprova ou não, devendo neste caso ser revistos pelas entidades gestoras; as entidades gestoras executam o programa ao longo do ano, controlando os parâmetros de qualidade nos locais e datas previstos; a ERSAR realiza ações de fiscalização casuísticas às entidades gestoras para verificação do cumprimento do controlo da água; realiza também a supervisão casuística aos laboratórios que trabalham para as entidades gestoras para verificar a qualidade analítica; pode aplicar contraordenações às entidades gestoras ou penalizar os laboratórios de análises quando justificado; acompanha os eventuais incumprimentos em tempo real em articulação com as enti-

dades gestoras e as autoridades de saúde; as entidades gestoras procedem à correção desses incumprimentos e fazem análises de confirmação; as entidades gestoras acedem ao Portal da ERSAR até 31 de março do ano seguinte e selecionam o módulo de qualidade da água, carregando os dados de qualidade da água do ano anterior, que totalizam mais de 640 mil no total do setor; então a ERSAR inicia o processo de validação dos dados; seguidamente avalia a qualidade da água de cada entidade gestora face aos valores paramétricos; compara as entidades gestoras entre si fazendo *benchmarking* por *clusters* e comparando com os valores paramétricos; avalia a evolução no tempo de cada parâmetro de qualidade da água para cada entidade gestora e para o conjunto de entidades; assegura o contraditório pelas entidades gestoras e pondera eventuais alterações na avaliação; publica e disponibiliza a informação de diversas formas a todos os agentes do setor, incluindo os consumidores; premeia as melhores entidades gestoras como incentivo para as restantes.

A desejável melhoria da evolução de gestão e tecnológica do setor passa por promover a capacitação a nível da elaboração de programas de controlo operacional de águas para consumo humano e da elaboração de planos de segurança de água para consumo humano (avaliação de risco).

10. Como se materializa a regulação comportamental na componente da *interface* com os consumidores?

No caso da análise das reclamações dos consumidores, a ERSAR efetua um ciclo regulatório para cada reclamação relativa a cada entidade gestora.

O consumidor tem o direito de reclamar sobre os serviços que recebe, utilizando se quiser o livro de reclamações da entidade gestora; a entidade gestora fica com uma cópia da reclamação, para devida análise, devolvendo outra ao consumidor, e envia no prazo de dez dias o original junto com a resposta ao reclamante à ERSAR, que procede à sua análise; a ERSAR pode recolher esclarecimentos adicionais junto do reclamante e da entidade gestora; envia às duas partes a sua recomendação para a resolução da reclamação; caso uma das partes não concorde, recomenda a resolução por via judicial ou para-judicial pelos Centros de Arbitragem e/ou Julgados de Paz; avalia anualmente a evolução no tempo e a tipologia das reclamações para cada entidade gestora e para o conjunto de entidades; publica e disponibiliza a informação de diversas formas a todos os agentes do setor, incluindo os consumidores; premeia as melhores entidades gestoras como incentivo para as restantes.

A desejável melhoria da evolução de gestão e tecnológica do setor passa por promover a capacitação a nível de sistemas de informação de apoio à gestão de reclamações.

11. Como se materializam as outras atividades regulatórias?

As atividades complementares passam pela elaboração e divulgação de informação ao público através da coordenação e realização da recolha e divulgação da informação relativa ao setor e às respetivas entidades gestoras e da disponibilização de informação concisa, credível e de fácil interpretação.

Passam ainda pelo apoio técnico às entidades gestoras através da elaboração de publicações técnicas em parceria com centros de conhecimento, da promoção direta e indireta de seminários e conferências, do apoio a eventos de terceiros, de estudos de opinião (sondagens), da promoção da I&D e da resposta a questões diversas.

12. Em síntese...

Em síntese, o papel da ERSAR passa por acompanhar a estratégia para o setor, por promover regras claras para o seu funcionamento, por aplicar mecanismos de controlo das entidades gestoras, a nível legal e contratual, económico, de qualidade de serviço, incluindo a qualidade da água e da relação com os consumidores, por disponibilizar informação credível e por incentivar a inovação e o desenvolvimento.

Para isso é essencial continuar a aperfeiçoar o modelo regulatório face à evolução do contexto do setor dos serviços de águas em Portugal com uma perspetiva de curto, médio e longo prazo, tendo em conta, de forma integrada, as vertentes técnica, económica, jurídica, ambiental, de saúde pública, social e ética e implementando esse modelo com regras estáveis, independência, capacidade, imparcialidade e transparência.

PARTE II

**RECURSOS HÍDRICOS
E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO**

ORDENAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS E PLANEAMENTO DAS ÁGUAS

José Mário Ferreira de Almeida

Senior Partner da FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

1. Planeamento e ordenamento

Assumamos como ponto de partida desta necessariamente breve excursão sobre o tema uma das muitas definições de planeamento como o processo articulado de decisões que identificam objetivos a atingir a partir do conhecimento da realidade e da previsão de meios, técnicas e formas de alcançar esses objetivos.

Neste processo, dinâmico, um primeiro momento é, assim, dedicado à recolha da informação que retrata a atualidade, que traça o diagnóstico. Mas nem só do diagnóstico vive o planeamento, embora seja inteiramente válida a observação de que, na prática, a utilidade de demasiados dos nossos planos se queda pela validade do conhecimento da realidade. Determinado com rigor em que pé estamos, importa saber em que patamar nos queremos situar e qual o horizonte temporal para o conseguir. Isto é, o plano é a pauta que determina, a partir do conhecimento da realidade, quais os objetivos a atingir e o conjunto de vinculações jurídicas que permitem tornar eficazes os atos subsequentes de execução.

Também não basta conhecer a realidade para definir com rigor, e sobretudo com realismo, os desideratos a alcançar numa dada cronologia. Importa identificar que meios – jurídicos, técnicos, administrativos e financeiros – temos à disposição para o efeito. É ainda indispensável a capacidade de antevisão dos meios que poderemos vir a ter no quadro temporal considerado.

Esta estrutura do plano enquanto instrumento de suporte das políticas públicas é por inteiro aplicável ao planeamento do setor da água.

A Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro não adota uma noção ampla de planeamento, optando por dividir o regime de acordo com um critério funcional. As políticas públicas, no que à disciplina dos recursos hídricos se refere, executam-se essencialmente através dos instrumentos de intervenção elencados no artigo 16.º¹. No entanto, a lei reparte-os por diferentes categorias em razão da sua função. Uns são instrumentos de *planeamento das águas*; outros, instrumentos de *ordenamento dos recursos hídricos*. Isto é, o legislador optou por adotar uma visão restrita de planeamento, referenciada às características próprias das bacias hidrográficas, abrangendo matérias como a garantia da renovação do recurso de modo a satisfazer, com caráter de permanência e qualidade, primariamente as necessidades de consumo humano.

Mais próxima do conceito de *ordenamento* (do território) ensaiado com diferentes matizes pela doutrina² é a ideia de *ordenamento dos recursos hídricos*. O objeto da atividade ordenadora é, nesta perspetiva, o *recurso hídrico*, o bem económico, ambiental, o suporte de atividades diversas, especialmente referenciado no quadro de alguns dos instrumentos do sistema de gestão territorial, assentando na necessidade de perspetivar a sustentabilidade dos usos que os recursos hídricos proporcionam, a potenciação do seu valor e a proteção de pessoas e bens contra fenómenos extremos associados às águas. Trata-se de garantir, através de instrumentos de intervenção de natureza regulamentar, um nível de vinculação intenso, incidente (também) sobre a esfera jurídica de particulares.

Esta noção de *ordenamento* extrai-se do artigo 18.º da Lei da Água que nos diz que “compete ao Estado, através do ordenamento adequado das utilizações dos recursos hídricos, compatibilizar a sua utilização com a proteção e valorização desses recursos, bem como com a proteção de pessoas e bens contra fenómenos associados aos mesmos recursos”.

Já a noção restrita de planeamento, mais próxima da ideia de *programação*, com um grau de vinculação menos intenso, colhe-se do artigo 23.º e seguintes da Lei da Água, e como se percebe pelos objetivos caracterizados no artigo 24.º, sem descartar uma visão espacial aborda a problemá-

¹A que acrescem os Planos de Gestão de Riscos de Inundações regulados no Decreto-lei n.º 115/2010, de 22 de outubro.

²Sobre as diferentes propostas do conceito de ordenamento do território v. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2008, p. 63 e seguintes, e a vasta bibliografia sobre o tema que aí se refere.

tica das águas numa perspetiva essencialmente gestionária. O *quid* do planeamento é aqui a gestão da quantidade (das disponibilidades), da qualidade e as condições da afetação a diferentes usos.

2. Princípios e objetivos comuns e específicos

Os regimes jurídicos do planeamento das águas e do ordenamento dos recursos hídricos, tal como resultam da Diretiva-Quadro da Água e da Lei da Água, obedecem a princípios comuns que devem enquadrar as políticas públicas neste domínio.

O primeiro princípio ou ideia-força é a *integração*. Toda a atuação pública que vise prosseguir os objetivos legalmente definidos obedece a uma lógica holística, transversal e institucionalmente coordenada. Nesta lógica desempenham um papel fundamental não só os princípios gerais e comuns definidos no artigo 14.º da Lei da Água, mas também os objetivos específicos do *ordenamento* e do *planeamento*, e muito em particular o disposto no artigo 17.º sobre a articulação entre os instrumentos previstos sistema nacional de gestão territorial e no regime jurídico dos recursos hídricos.

O segundo princípio ou ideia-força é a *compatibilização*. Para a lei, tão decisiva quanto a *integração* das medidas que preparem ou concretizem as políticas públicas da água é a compatibilidade entre as diferentes utilizações necessárias ou úteis da água, uma vez que muitas delas são potencialmente inconciliáveis ou, pelo menos, de difícil conciliação. As opções nos domínios do ordenamento ou do planeamento, além de permitirem a utilização da água para múltiplos fins, devem ser concebidas de modo a que não ponham em causa a sustentabilidade quantitativa e qualitativa do recurso nem a sua valorização e proteção também numa perspetiva de proteção civil, isto é, contra catástrofes resultantes de, como diz a lei na parte final do n.º 1 do artigo 14.º, “fenómenos extremos associados às águas”³. Neste quadro principológico assume decisiva importância, como veremos adiante com mais pormenor, a unidade de planeamento e gestão que constitui a *bacia hidrográfica*.

³ Furtou-se o legislador, e bem, à tendência de associar este tipo de fenómenos exclusivamente a causas naturais. Como se sabe, alguns dos “fenómenos extremos” resultam de atuações humanas designadamente relacionadas com a errada ocupação e utilização dos territórios.

Além destas ideias basilares e comuns aos regimes jurídicos do planeamento e do ordenamento, o n.º 2 do artigo 14.º da Lei da Água revela que a pretendida compatibilização e integração de políticas, instrumentos, ações e medidas vai muito para além da estrita consideração do recurso. Não está só em causa a água enquanto bem essencial à vida humana ou a atividades económicas fundamentais como a agricultura ou a geração de energia. Nem o regime se ocupa em exclusivo da incidência espacial dos recursos hídricos, antes os encara como suporte de outros sistemas que se relacionam mas não se confundem com os meios aquáticos. Assumindo uma evidente interdependência sistémica, dispõe a lei que “devem ser planeadas e reguladas as utilizações dos recursos hídricos das zonas que com eles confinam de modo a proteger a quantidade e a qualidade das águas, os ecossistemas aquáticos e os recursos sedimentológicos”.

Os princípios alicerçam os objetivos comuns ao ordenamento e ao planeamento dos recursos hídricos e da água expressos no artigo 14.º da Lei da Água: (i) utilização sustentável; (ii) proteção e valorização; (iii) salvaguarda de pessoas e bens. E os objetivos comuns desdobram-se em finalidades específicas de cada um dos modos de intervenção pública aqui sumariamente analisados.

No caso dos instrumentos de ordenamento dos recursos hídricos visa-se garantir imediata e diretamente a qualidade, a quantidade e a sustentabilidade da água, garantia essencial à sobrevivência e à saúde humanas, através da definição de um quadro de condicionantes e restrições. Todavia, através destes prosseguem-se outros objetivos (em conjugação com outros regimes) como, por exemplo, a contribuição para a preservação da estrutura biofísica fundamental do território, a defesa do valor cultural da paisagem, o combate à desertificação, a manutenção de *habitats* prioritários e do património genético impedindo o empobrecimento biológico ou, o que não é menos relevante, bem pelo contrário, a sustentabilidade de atividades económicas de importância fundamental (agricultura, pesca, caça, exploração florestal, mineira...).

Do lado do *planeamento das águas* alinham-se como objetivos específicos os descritos no artigo 24.º da Lei da Água: (i) a garantia de uma gestão baseada no princípio da solidariedade intergeracional; (ii) a definição de critérios de afetação dos usos da água tendo em consideração não só o respetivo valor económico direto mas também os interesses públicos do desenvolvimento regional e local ou representados nas diferentes polí-

ticas setoriais, além do respeito pelos direitos individuais sobre os recursos hídricos que a lei reconheça; (iii) a definição das normas de qualidade ambiental e os critérios relativos ao estado das águas.

O artigo 25.º desenha o quadro principológico específico do planeamento das águas implicando que a Administração Pública, na elaboração e execução dos diferentes instrumentos de intervenção com esta natureza, se subordine aos princípios da integração⁴, da ponderação global⁵, da adaptação funcional⁶, da durabilidade⁷, da participação⁸, da informação⁹ e da cooperação internacional¹⁰.

3. Incidência territorial

Em razão da multiplicidade de interesses associados aos recursos hídricos o âmbito das intervenções não se limita às parcelas do território onde se localizam os meios aquáticos, alargando-se ao espaço envolvente e a outras zonas não necessariamente próximas dessas parcelas.

Assume particular relevância o conceito de *território envolvente com incidência nos recursos hídricos* uma vez que a imposição de restrições neste espaço obriga o legislador a um especial dever de precisão do conceito de forma a prevenir infrações ao princípio da proporcionalidade.

Nos termos do n.º 2 do artigo 15.º da Lei da Água, *território envolvente* corresponde às margens dos lagos e albufeiras de águas públicas e às orlas costeira e estuarina em relação às quais importa definir e impor

⁴ “A atividade de planeamento das águas deve ser integrada horizontalmente com outros instrumentos de planeamento da Administração, de nível ambiental, territorial ou económico.”

⁵ “Devem ser considerados os aspetos económicos, ambientais, técnicos e institucionais com relevância para a gestão da água, garantindo a sua preservação quantitativa e qualitativa e a sua utilização eficiente, sustentável e ecologicamente equilibrada.”

⁶ “Os instrumentos de planeamento das águas devem diversificar a sua intervenção na gestão de recursos hídricos em função de problemas, necessidades e interesses públicos específicos, sem prejuízo da necessária unidade e coerência do seu conteúdo planificador no âmbito de cada bacia hidrográfica.”

⁷ “O planeamento da água deve atender à continuidade e estabilidade do recurso em causa, protegendo a sua qualidade ecológica e capacidade regenerativa.”

⁸ “Quaisquer particulares, utilizadores dos recursos hídricos e suas associações, podem intervir no planeamento das águas e, especificamente, nos procedimentos de elaboração, execução e alteração dos seus instrumentos.”

⁹ “Os instrumentos de planeamento de águas constituem um meio de gestão da informação acerca da atividade administrativa de gestão de recursos hídricos em cada bacia hidrográfica.”

¹⁰ “No âmbito da região hidrográfica internacional, o planeamento das águas deve encarar, de forma concertada, os problemas de gestão dos recursos hídricos.”

regras de harmonização das diversas utilizações com a preservação dos recursos e meios hídricos, cabendo aos regimes legais que enquadram os planos especiais de ordenamento do território aplicáveis a estas áreas estabelecer as respetivas extensões.

Já as *zonas objeto de medidas de proteção dos recursos hídricos* compreendem, nos termos do n.º 3 do referido artigo 15.º da Lei da Água, os perímetros de proteção e as áreas adjacentes às captações de água para consumo humano, as áreas de infiltração máxima para recarga de aquíferos e as áreas vulneráveis à poluição, sendo que o citado preceito restringe à poluição por nitratos de origem agrícola (*sic*) sem se perceber a razão da exclusão de muitos outros agentes poluidores, agrotóxicos na sua maioria, do mesmo modo drenados para rios, lagos e meio marítimo ou infiltrados no subsolo contaminando aquíferos.

Porém, a lei não fecha o catálogo, considerando que a aplicação de medidas restritivas de proteção pode ser estendida a outras áreas que, pelas suas características naturais ou valor ecológico, social ou económico, devem ser objeto de especial tutela.

Também neste caso, cabe aos diplomas que enquadram os diferentes instrumentos de intervenção (e aos próprios instrumentos de intervenção) a fixação em concreto do âmbito espacial de incidência das medidas de proteção.

4. Os instrumentos de planeamento

Feita esta descrição do âmbito material e espacial do planeamento e do ordenamento segundo o figurino legal, vejamos mais de perto os regimes jurídicos através do exame aos diferentes instrumentos de intervenção.

Começemos pelo *planeamento das águas* e pela sua natureza jurídica.

Trata-se de instrumentos que vinculam em primeiro grau a Administração Pública, destinados, como se lê no próêmio do artigo 24.º da Lei da Água, a fundamentar e orientar a proteção e gestão das águas e a compatibilizar as suas diferentes utilizações com vista a alcançar os objetivos que acima visitámos. Mais concretamente, têm como propósito, atentos os princípios e objetivos específicos da atividade planificadora das águas, definir o quadro estratégico fundamental onde se alinham as grandes opções de política da água (Plano Nacional da Água) ou orientar os diferentes níveis e instâncias da decisão administrativa na conceção das regras

de gestão e na programação e nas ações de proteção no quadro das diferentes bacias hidrográficas (Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica e Planos Específicos de Gestão das Águas). Menos claro é o enquadramento a dar aos Planos de Gestão dos Riscos de Inundação, assunto que se aborda *infra*.

Olhemos então para o essencial do regime de cada um dos instrumentos de intervenção caracterizam o *planeamento das águas*.

4.1. Plano Nacional da Água

O Plano Nacional da Água (PNA) tem o âmbito territorial e o conteúdo material definidos no artigo 28.º da Lei da Água. Abrange todo o território nacional e tem a natureza de instrumento de programação de alcance estratégico.

O Plano Nacional da Água estabelece os grandes princípios e opções que devem nortear a política pública da água, contendo as diretrizes a observar pelos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica e pelos outros instrumentos de planeamento.

É constituído por uma análise dos principais problemas, um diagnóstico e hierarquização de ameaças e potencialidades, a definição de objetivos específicos e sua articulação com os objetivos de outras políticas públicas interferentes, designadamente de ordem social, económica e ambiental. Contém ainda uma síntese de medidas e ações com vista a alcançar os objetivos e programas de investimento “devidamente” calendarizados e o modelo de promoção e avaliação da sua aplicação.

É aprovado por decreto-lei, forma que permite a interação e o compromisso políticos entre os diferentes departamentos governamentais, reforçando o carácter transversal das políticas públicas da água, mas também torna possível o alargamento do debate, do consenso e o reforço da legitimidade dessas políticas através da intervenção parlamentar por via do instituto da apreciação dos diplomas legais do Governo.

O Plano Nacional da Água é produto de uma ideologia que acredita na utilidade das programações que vão muito para além da definição de objetivos e do enquadramento de comportamentos administrativos num dado período temporal a partir do retrato da realidade num dado momento. Porém, qualquer avaliação sobre a fidelidade à estratégia definida, aferida com base nos níveis de cumprimento ou de execução das

medidas propostas no calendário considerado, demonstra que a validade e utilidade destes instrumentos se queda, quase sempre, pelo rigor do diagnóstico ou pelo realismo e garantias de maior exequibilidade dadas dos instrumentos de menor escala e de natureza normativa.

Assente nas perspectivas de evolução macroeconómica e das finanças públicas, sempre otimistas e cronicamente inalcançáveis, a parte do Plano Nacional da Água que contém o modelo de promoção e o seu financiamento transforma alguns dos muitos e bons objetivos em quimeras, que se vão transferindo para o plano seguinte (como em geral acontece entre nós com a generalidade dos instrumentos de planeamento de natureza estratégica, ainda que de âmbito setorial).

O Plano Nacional da Água em vigor data de 2002, aprovado que foi pelo Decreto-Lei n.º 112/2002, de 17 de abril. Deveria ter sido revisto até ao final de 2010, por força da Diretiva-Quadro e do artigo 29.º da Lei da Água.

Na falta do prometido novo quadro planificador estratégico, o que decorre do Plano Nacional da Água aprovado em 2002?

Define-se a si próprio como elemento enquadrador que, em conjunto com os Planos de Bacia Hidrográfica, tem natureza estratégica e programática de desenvolvimento do processo de planeamento de recursos hídricos para o início do século XXI, elaborado de acordo com o Decreto-Lei n.º 45/94, de 22 de fevereiro (que regulava o processo de planeamento de recursos hídricos, entretanto revogado pela Lei da Água).

Um pormenor que depõe no sentido da sistemática dificuldade em tornar racional o nosso sistema de planeamento decorre do facto de o Plano Nacional da Água estabelecer uma divisão territorial ao arpejo da que resulta dos espaços naturais de incidência do planeamento das águas. Com efeito, o Plano Nacional da Água instituía como unidade territorial de planeamento e gestão, para efeitos do seu desenvolvimento e execução, não a bacia hidrográfica mas a área geográfica de competência das então Direções Regionais de Ambiente e Ordenamento do Território. Isto, apesar de desde 1987 a Lei de Bases do Ambiente considerar a bacia hidrográfica uma unidade básica de gestão (*vd.* artigo 12.º da Lei n.º 11/87, de 7 de abril).

O novo Plano Nacional da Água terá em conta, necessariamente, outra realidade, uma vez que o desenho das unidades territoriais não é dificultado pela inexistência de entidades administrativas com competências sobre essas unidades, ao invés do que acontecia em 2002. As unidades operativas de planeamento são agora, por força da Lei da Água, as

regiões hidrográficas, cuja gestão central compete à Agência Portuguesa do Ambiente por intermédio das Administrações das Regiões Hidrográficas, ainda que transformadas em serviços deste instituto público em consequência da reorganização estrutural da área do ambiente levada a cabo pelo XIX Governo Constitucional.

O Plano Nacional da Água não tem natureza regulamentar. Vincula a Administração Pública e não incide diretamente sobre a esfera jurídica dos particulares (confirmando-se por aqui o seu carácter programático e o patamar estratégico em que se situa). E tal como os demais *instrumentos de planeamento das águas*, as medidas preconizadas nos instrumentos de gestão do território, nomeadamente os Planos Especiais de Ordenamento do Território, devem obedecer aos princípios da articulação e compatibilização, que implica a obrigação de planear e regular a ocupação e o uso do território tomando em consideração as medidas de proteção e de valorização estabelecidas na lei para os recursos hídricos e concretizadas através destes instrumentos (vd. n.º 2 do artigo 17.º da Lei da Água e n.º 1 do artigo 20.º e n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro).

O esquema relacional baseado no princípio de articulação com os IGT pode assim resumir-se: (i) Plano Nacional da Água articula-se com o PNPO – Programa Nacional de Política de Ordenamento do Território através de um “compromisso recíproco de integração e compatibilização” (n.º 1 do artigo 17.º da Lei da Água); (ii) o Plano Nacional da Água articula-se com os Planos Setoriais, com impactos significativos sobre as águas, integrando nestes os “objetivos e medidas” protagonizados naqueles (articulação que se estende aos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica); (iii) o Plano Nacional da Água articula-se com os Planos Especiais de Ordenamento do Território (PEOT) e com os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) através da compatibilização mútua de ações e medidas (vd. n.º 2 do artigo 17.º da Lei da Água).

4.2. Plano de Gestão de Bacia Hidrográfica

Vejamos agora o essencial do regime dos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica (PGBH).

Além das normas da Diretiva-Quadro da Água, da Lei da Água e legislação complementar, aos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica aplica-se a disciplina do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, designadamente quanto aos momentos fundamentais do planeamento do

sistema de gestão territorial¹¹, pese embora tratar-se de um instrumento de planeamento das águas sem caráter normativo. É assim por força da alínea a) do n.º 2 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 380/99, atento o conteúdo material destes planos tal como definido pela Lei da Água.

Visam, nos termos do n.º 1 do artigo 29.º da Lei da Água e do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 77/2006, de 20 de março, definir os modelos de gestão, proteção e valorização ambiental social e económica das águas ao nível da bacia hidrográfica.

Além dos traços gerais do género, não é ainda possível analisar a espécie uma vez que ainda não foi aprovado um só destes planos. E, assim sendo, nos termos previstos no artigo 104.º da Lei da Água e do artigo 94.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, mantêm-se em vigor os Planos de Bacia Hidrográfica (PBH) aprovados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 45/94, de 22 de fevereiro.

Esta *ultra-atividade* de figuras criadas por legislação revogada pela Lei da Água e diplomas complementares deve ser considerada *cum grano salis*.

Impõe-se que não se reconheça a estes instrumentos natureza jurídica e alcance diferentes dos que a Lei da Água atribui aos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica. Tal como os demais *instrumentos de planeamento das águas*, os Planos de Bacia Hidrográfica não têm natureza regulamentar, pese embora na sua estrutura documental aparecer um documento designado “regulamento”¹².

¹¹ O que significa que lhe são aplicáveis princípios e normas que definem o essencial do quadro de planeamento no ordenamento jurídico português, como são os casos dos princípios e normas constantes, *inter alia*, do artigo 4.º, 5.º, 6.º, 8.º a 10.º e 15.º do RJIGT.

¹² A falta de rigor quanto à qualificação jurídica dos Planos de Bacia Hidrográfica – como aliás de outros instrumentos, muitos deles de programação setorial, que povoam o nosso universo planificatório – levou a que os “regulamentos” destes planos contivessem disposições sobre a natureza jurídica, disposições que mesmo antes da entrada em vigor da Lei da Água deveriam ser consideradas ilegais à luz do RJIGT.

Por exemplo, o artigo 2.º do Regulamento do Plano da Bacia Hidrográfica do rio Minho dispõe: “1. O Plano tem a natureza de regulamento administrativo e constitui o instrumento orientador da gestão dos recursos hídricos na área da Bacia Hidrográfica do rio Minho.

2. Nos termos do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, o Plano da Bacia Hidrográfica do rio Minho é um plano setorial.

3. Os planos regionais, municipais e intermunicipais de ordenamento do território, bem como os projetos e programas a realizar na sua área de intervenção devem conformar-se com o Plano.

4. O Plano vincula todas as entidades públicas bem como entidades particulares no exercício da função administrativa, que lhe tenha sido concessionada ou delegada.”

Ora, não é esta a força vinculativa nem o esquema relacional com as restantes instrumentos de planeamento, resultantes do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, diploma que deixa muito claro que não vinculam como vinculam os regulamentos, sendo a exequibilidade das suas proposições conseguida à custa do instituto da adaptação, designadamente dos PMOT, às suas definições.

Nos termos da lei, os Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica incidem sobre uma ou mais das regiões hidrográficas já definidas, partindo o procedimento da caracterização dos territórios que abrange, passando pela definição de programas de monitorização e calendarização, pela elaboração das questões significativas e aprovação do documento final.

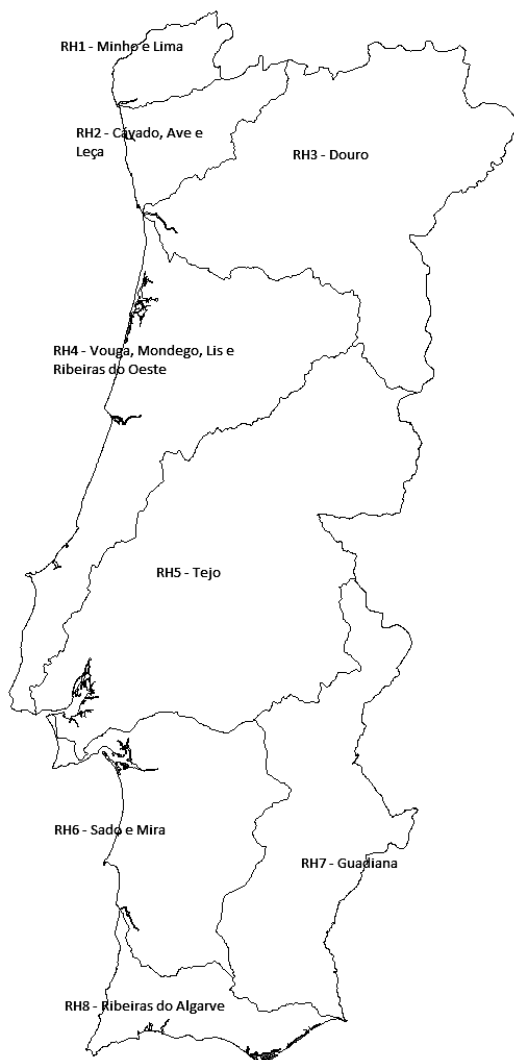
A competência para a aprovação dos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica pertence, no quadro da atual orgânica da água, à Agência Portuguesa do Ambiente (APA) enquanto autoridade nacional do setor, cabendo às Administrações da Região Hidrográfica (transformadas em serviços da Agência Portuguesa do Ambiente) a direção do procedimento técnico.

A opção da Agência Portuguesa do Ambiente foi dotar cada região hidrográfica do seu Plano de Gestão, pelo que, se esta opção não for entretanto revista, no futuro¹³ existirão no território continental oito Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica, tantos quantos as regiões hidrográficas, a que acresce o da Região Autónoma dos Açores e o da Região Autónoma da Madeira, da responsabilidade dos respetivos governos regionais.

Merece alguma reflexão o tratamento dado pela Lei da Água ao caso das bacias hidrográficas internacionais.

Complexa é a gestão partilhada dos recursos hídricos com outros Estados, como acontece com os rios que atravessam os territórios de Portugal e Espanha. Além do acompanhamento diplomático e técnico resultante dos direitos e obrigações assentes pelos acordos bilaterais celebrados entre os dois Estados, no contexto da União Europeia não faz sentido se não a proclamação feita na Carta Europeia da Água (do Conselho da Europa, aprovada em Estrasburgo a 6 de maio de 1968) segundo a qual “a gestão dos recursos hídricos deve inscrever-se no quadro da bacia natural”. Ora, como acontece com muitos outros recursos naturais (bióticos e abióticos), a exploração em níveis que garantam a sua sustentabilidade só é possível através de um alinhamento político e técnico transfronteiriço que, sem ignorar o interesse estratégico que detêm para os Estados individualmente

¹³ Os objetivos ambientais traçados quer pela Diretiva-Quadro da Água, quer pela LAg, deveriam ser atingidos em 2015, o que pressupunha que no presente momento se estivesse em fase de plena execução dos PGBH. Porém, na data em que se atualizam as notas que deram origem a este texto, encontram-se somente aprovados os PGBH Sado/Mira, Guadiana e Ribeiras do Algarve. Os demais estão em fase de ponderação dos contributos recolhidos nas consultas públicas.



Regiões hidrográficas definidas para o território continental

considerados, permita, no caso particular dos recursos hídricos, assegurar a suficiência e a qualidade das águas para os diferentes usos, mas também a manutenção das características biofísicas das bacias de modo a preservar a biodiversidade e a prevenir os efeitos das catástrofes naturais associadas a fenómenos extremos.

A Lei da Água fica, porém, muito aquém de que seria de esperar num domínio onde a cooperação transfronteiriça tem algum caminho feito. A lei,

além da afirmação do princípio da cooperação internacional apoiada no conceito de bacia hidrográfica internacional [cfr. alínea g) do artigo 25.º da Lei da Água] diz unicamente que a Agência Portuguesa do Ambiente, enquanto Autoridade Nacional da Água, diligencia no sentido da elaboração de um “plano conjunto”, sem se perceber como é que este plano vigorará em cada um dos territórios nacionais, nem tão-pouco que conteúdo e vinculações poderá estabelecer.

Aliás, a lei contém uma expressão enigmática ao acrescentar no n.º 4 do artigo 29.º “devendo em qualquer caso os planos de gestão de bacia hidrográfica ser coordenados ou articulados entre a autoridade nacional da água e a entidade administrativa competente do Reino de Espanha”. A expressão “em qualquer caso” deixa adivinhar que a ideia de um “plano conjunto”, ainda que consequente com as melhores práticas internacionais, coerente com a política ambiental da União Europeia e assumida expressamente na Carta Europeia da Água, implica com interesses nacionais que vão muito para além dos que subjazem aos processos de planeamento das águas, o que situa no nível diplomático a discussão de uma solução planificatória conjunta. E por isso, “em qualquer caso” significa singelamente que, para o caso de não existirem planos conjuntos das bacias partilhadas por Portugal e Espanha – que corresponde à situação atual, não havendo sinais que a mesma se altere entretanto –, deve existir uma especial relação dialógica entre as autoridades de um lado e de outro da fronteira, designadamente nos domínios técnicos relacionados com a gestão do recurso. Todavia, essa prática é a tradução do casuísmo, contrária à ideia de planeamento.

4.3. Plano Específico de Gestão das Águas

A Lei da Água prevê ainda a existência de Planos Específicos de Gestão das Águas.

Trata-se de instrumentos de intervenção eventuais – e não obrigatórios –, à escala de sub-bacia, setor, problema, tipo de água ou sistema aquífero (n.º 1 do artigo 31.º da Lei da Água), com caráter complementar dos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica.

Do ponto de vista material diz a lei no n.º 3 do artigo 31.º que devem ter um “conteúdo similar” aos planos que complementam e pormenorizam aos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica sem que isso signifique que tenham a natureza de planos setoriais de ordenamento do território,

designadamente para efeitos de aplicação dos princípios e regras gerais relativas ao sistema de gestão territorial, mas sobretudo à obrigatoriedade de adaptação dos Planos Municipais Ordenamento do Território às suas definições.

A nosso ver, a natureza jurídica variará em razão do conteúdo concreto de cada um dos planos. O carácter de instrumento de pormenorização das proposições do Plano de Gestão de Bacia Hidrográfica parece indiciar que aquilo que, nos termos do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de dezembro, caracteriza um plano setorial é matéria de definição primária pelos Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica e não pelos planos específicos que, como parece ser intenção de legislador, surgem da necessidade de pormenorizar opções que não podem deixar de constar dos instrumentos concebidos à escala da região hidrográfica.

4.4. Plano de Gestão de Riscos de Inundações

O âmbito do *planeamento de águas* completa-se com os Planos de Gestão de Riscos de Inundações (PGRI).

A existência de um quadro destinado à avaliação dos riscos de acidentes relacionados com as águas resulta de exigência comunitária. O Decreto-Lei n.º 115/2010, de 22 de outubro, veio, neste domínio, transpor a Diretiva 2007/60/CE do Parlamento e do Conselho.

Partindo da identificação de zonas de risco de cheias e da elaboração das correspondentes cartas de risco, o artigo 9.º do referido diploma impõe a elaboração e aprovação dos Planos de Gestão de Riscos de Inundações como meios que visam, em última análise, reduzir o potencial destrutivo das inundações para as pessoas e seus bens, para a economia, para o ambiente e património cultural, para as infraestruturas.

Os Planos de Gestão de Riscos de Inundações estruturam, assim, medidas a adotar para prevenir riscos a partir de um quadro classificatório aprovado pelo Governo (e correspondente registo cartográfico) das zonas suscetíveis de serem atingidas pelo transbordo das águas do seu leito ou do seu curso normal. Este quadro serve para identificar áreas sensíveis, suscetíveis aos impactos mais destrutivos ou danosos de fenómenos extremos associados às águas, designadamente zonas ocupadas ou locais de assentamento de atividades ou de existências patrimoniais – naturais ou não – relevantes (cfr. artigo 23.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro – Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos).

O conceito-chave que funciona como pressuposto do planeamento dos riscos de inundação é o de *zona adjacente às águas públicas*, definido no n.º 1 do artigo 24.º do diploma como toda a área contígua à margem que como tal seja classificada por ser ameaçada pelo mar ou pelas cheias. A classificação é feita por portaria do ministro que superintenda no setor da água.

A lei optou por restringir os limites da discricionariedade típica do planeamento ao fixar o essencial da extensão das zonas adjacentes que os Planos de Gestão de Riscos de Inundações têm obrigatoriamente de respeitar.

Nos termos do n.º 2 do artigo 24.º da Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos, as *zonas adjacentes* estendem-se desde o limite da margem¹⁴ até uma linha convencional definida para cada caso pelo regulamento de classificação ou, em alternativa, à maior cheia conhecida com período de retorno de 100 anos, ou ainda à maior cheia conhecida se a inexistência de registos impedir o conhecimento do período de retorno.

Esta limitação da discricionariedade do planeamento pela definição legal da área sobre a qual incide o Plano de Gestão de Riscos de Inundações facilita o controlo de legalidade por via do princípio da proporcionalidade que neste domínio assume especial relevância pois, como resulta do disposto n.º 3 do artigo 24.º e do artigo 25.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, a classificação como *zona adjacente* não cede perante o estatuto privado da propriedade, impondo-lhe os ónus (sujeitos a registo) decorrentes das restrições de utilidade pública determinadas no diploma que procede à classificação. Trata-se, pois, de situações de restrição de direitos fundamentais, particularmente sensíveis ao princípio que determina a proibição do excesso e a ação na justa e estrita medida da necessidade.

Nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 115/2010, de 22 de outubro, os Planos de Gestão de Riscos de Inundações constituem planos setoriais e as cartas de risco têm de ser consideradas na elaboração dos Planos Especiais de Ordenamento do Território e dos Planos Municipais de Ordenamento do Território, devendo estes ser adaptados ao que neles vier a ser estabelecido (cfr. n.º 6 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 115/2010).

Podem ainda implicar alterações na delimitação das áreas de Reserva Ecológica Nacional (REN).

¹⁴ A noção de margem é dada pelo artigo 11.º do mesmo diploma.

5. Os instrumentos de ordenamento dos recursos hídricos

Através do sistema de gestão territorial o planeamento dos recursos hídricos adquire dimensão plurisubjetiva e força vinculativa para lá das fronteiras da Administração.

Enquanto planos setoriais, os atos de *planeamento das águas* são, como decorre do artigo 35.º do RJIGT, instrumentos de programação ou de concretização da política pública da água nas suas diferentes vertentes mas sem natureza regulamentar. A vinculação dos particulares só é obtida diretamente por via dos *instrumentos de ordenamento dos recursos hídricos*.

Os mais eficazes desses instrumentos são, sem dúvida, os Planos Especiais de Ordenamento do Território (PEOT). O artigo 16.º da Lei da Água confirma-o.

Nos termos do artigo 42.º do RJIGT, os Planos Especiais de Ordenamento do Território são instrumentos de carácter regulamentar, elaborados pela Administração Central como meios de intervenção supletiva para salvaguarda de valores de interesse nacional com repercussão espacial. Objetivo: garantir a permanência dos sistemas considerados fundamentais à utilização sustentável dos recursos. Entre eles, e em primeira linha, os recursos hídricos e todos os sistemas que deles dependem ou com eles se relacionam.

A Lei da Água enumera os Planos Especiais de Ordenamento do Território relevantes para a proteção e valorização dos recursos hídricos: Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas (POAAP); Planos de Ordenamento da Orla Costeira (POOC); Planos de Ordenamento dos Estuários (POE)¹⁵.

5.1. Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas

O regime jurídico dos Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas vem definido no Decreto-Lei n.º 107/2009, de 15 de maio (pontualmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março).

São abrangidos pelo regime, por carecerem de plano de ordenamento, as albufeiras decorrentes de construção de infraestruturas hidráulicas,

¹⁵ Categoria criada pela própria Lei da Água que alterou o n.º 3 do artigo 42.º do RJIGT.

respetivos leitos, margens e terrenos circundantes numa faixa classificada como *zona terrestre de proteção*. Além das albufeiras, são ainda objeto dos Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas as lagoas e lagos de águas públicas identificados em anexo ao referido diploma¹⁶.

O artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 107/2009 elenca os objetivos gerais do regime de proteção pretendido com os Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas. Salientam-se a hierarquização de usos das águas armazenadas, a proteção e valorização dos usos primários, a disciplina dos usos secundários ou complementares e a garantia da qualidade da água.

Neste último domínio, o caráter normativo e não meramente estratégico ou orientador dos Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas permite a definição de um conjunto de limites e restrições ao uso, designadamente de áreas que, constituindo propriedade privada, são essenciais à proteção das albufeiras (lagos e lagoas) e como tal são declaradas. O n.º 3 do artigo 20.º da Lei da Água contém uma lista das interdições nessas zonas. Porém, como resulta do proémio do referido preceito, esse catálogo não é fechado, admitindo a lei que legislação específica ou os próprios Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas, em razão das especificidades, situação e característica de cada uma das albufeiras, lagos ou lagoas definam condicionamentos e proibições de outras atividades.

Nessa legislação específica inclui-se o Decreto-Lei n.º 107/2009, cujo artigo 19.º alarga substancialmente o elenco das atividades interditas. A intensidade das medidas de proteção varia, contudo, em razão da categoria da albufeira determinada pela classificação que é, nos termos da lei, obrigatória.

As albufeiras são divididas em três categorias: (i) de utilização protegida; (ii) de utilização condicionada; (iii) de utilização livre (cfr. n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 107/2009). As primeiras correspondem aos reservatórios de água primariamente destinada a consumo público ou onde o acervo de valores naturais a conservar exige maior severidade e rigor na

¹⁶ Os lagos e lagoas podem, porém, ser objeto de proteção através de outros Planos Especiais de Ordenamento do Território, designadamente por via de Planos de Ordenamento de Áreas Protegidas ou de Planos de Ordenamento da Orla Costeira [vd. alínea b) do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 107/2009].

definição de medidas de proteção, designadamente interdições absolutas. Nas segundas incluem-se as albufeiras cujas características (dimensão reduzida, obstáculos submersos, margens declivosas, dificuldades de acesso...) impõem condicionalismos a usos secundários em razão do risco. Nesta categoria inscrevem-se também as que se situam em área transfronteiriça e as sujeitas a variações do seu potencial ecológico ou estado químico. Já as albufeiras de utilização livre são todas aquelas que, não apresentando razões para imposição de medidas de salvaguarda especialmente rigorosas, podem ser objeto de múltiplos aproveitamentos, em particular para atividades turísticas e recreativas¹⁷.

A sua elaboração compete à Autoridade Nacional da Água [cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março].

5.2. Plano de Ordenamento da Orla Costeira

Vejamos o essencial do regime jurídico de outro instrumento de ordenamento de recursos hídricos, o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC).

O quadro legal dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira foi recente e profundamente revisto, através da revogação do Decreto-Lei n.º 309/93, de 2 de setembro, diploma à luz do qual foram aprovados os Planos de Ordenamento da Orla Costeira atualmente em vigor que cobrem a totalidade desta faixa do litoral português¹⁸.

O regime geral que enquadra a elaboração e execução dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira consta do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de julho, que elege como objetivos gerais destes planos especiais de ordenamento do território, no que aos recursos hídricos diz respeito, a proteção da integridade biofísica do espaço e a conservação dos valores ambientais e paisagísticos, a valorização dos recursos situados nestas zonas e a sustentabilidade das atividades socioeconómicas relacionadas e dependentes do mar e da orla costeira. Do elenco de objetivos específicos que cada Plano de Ordenamento da Orla Costeira deve prosseguir,

¹⁷ A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 107/2009, de 15 de maio, determinou a reclassificação das albufeiras existentes de modo a adequar a classificação aos critérios do n.º 2 do artigo 7.º. A reclassificação foi realizada através da Portaria n.º 522/99, de 15 de maio, e n.º 91/2010, de 11 de novembro.

¹⁸ Deixou de ser indiferente utilizar as expressões “litoral”, “orla costeira”, “faixa costeira”, “costa” (ou “linha de costa”) para designar as mesmas realidades. Hoje estas locuções representam conceitos que o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de julho, diferencia.

destacam-se: (i) a compatibilização dos diferentes usos e atividades características de orla costeira, potenciando a utilização dos recursos numa perspectiva de sustentabilidade; (ii) a promoção de requalificação dos recursos hídricos tendo em conta as relações entre os meios hídricos interiores e costeiros e os sistemas naturais associados; (iii) a valorização das praias e dos seus usos; (iv) a proteção e valorização dos ecossistemas identificáveis, quer na zona marítima quer nas zonas terrestres abrangidas pelo Plano (cfr. artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de julho).

À semelhança dos Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas, os Planos de Ordenamento da Orla Costeira tendem a ser instrumentos de disciplina das ocupações das áreas abrangidas e de classificação e imposição de condicionantes de práticas e atividades potenciadores de dano numa das parcelas do território mais sensíveis como é o litoral português, ou pelo menos em parte dele.

Observado cada um dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira aprovados e em vigor, conclui-se que estes planos especiais constituem bem mais do que instrumentos de ordenamento de recursos hídricos, embora cumpram a função de prosseguir os objetivos que quer a Diretiva-Quadro quer a Lei da Água traçam para estas zonas. São, sobretudo, instrumentos das políticas públicas sobre uma parcela do território fundamental do ponto de vista da sustentabilidade ambiental, nalguns casos de uma enorme sensibilidade a pressões antrópicas ou alterações naturais, mas fundamental para a economia do País.

No litoral – no conceito largo adotado pelo PNPOT e consagrado no na alínea e) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de junho – concentram-se mais de dois terços da população e têm assento as principais estruturas produtivas do País.

A relevância destas políticas públicas exorbita, de resto, do interesse nacional de proteção e valorização da faixa costeira portuguesa e os recursos nela presentes para obedecer às diretivas de uma estratégia global, com especial incidência nos territórios da União Europeia¹⁹.

¹⁹ O enquadramento jurídico e institucional nacional é assim influenciado, entre outros, pela Agenda XXI, aprovada em 1992 na Conferência do Rio de Janeiro; pela Carta do Litoral resultado da Conferência das Regiões Periféricas Marítimas da CEE, Creta, 1981; pelo Modelo de Gestão Sustentável das Zonas Costeiras e do Código de Conduta Europeia das Zonas Costeiras, aprovados pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa; pelo *Guide méthodologique d'aide e la gestion intégrée de la zone côtier* editado pela UNESCO em 1997; pela decisão da CE "Para uma Estratégia Europeia de Gestão Integrada das Zonas Costeiras

O novo quadro legal, que mais tarde ou mais cedo implicará a atualização dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira em vigor, ainda que acentue a necessidade de explorar o potencial endógeno da faixa costeira, terá de dar outra resposta às ameaças que pairam sobre esta parcela do território, como as que resultam das alterações climáticas, os riscos associados às fragilidades geológicas ou consequentes da cada vez menor deriva sedimentar ao longo da costa, no quadro da Estratégia Nacional para a Gestão Integrada da Zona Costeira aprovada pela RCM n.º 2/2009, de 8 de setembro, e dos planos de ação que deveriam constituir os instrumentos de programação, não do que já consta de cada um dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira, mas da execução de medidas, incluindo a calendarização e meios a mobilizar.

O modelo planificatório construído para a gestão desta parcela do território nacional é, aliás, a prova de um dos principais problemas da gestão dos recursos litorais – a desintegração. Sobre o litoral português incidem os nove Planos de Ordenamento da Orla Costeira em vigor²⁰ e, salvo erro, oito Planos de Ordenamento de Áreas Protegidas – também eles planos especiais de ordenamento do território, um plano intermunicipal de ordenamento do território –, 62 PDM dos municípios ribeirinhos e inúmeros PMOT de menor escala (planos de urbanização e de pormenor), além dos Planos Regionais de Ordenamento do Território já aprovados. Todavia, nesta faixa exígua “povoada” por tantos planos – quase todos eles preceitos –, existem ainda áreas sensíveis do ponto de vista da proteção dos recursos hídricos e de outros que dependem da sua sustentabilidade, que se mantêm alérgicas ao planeamento e até à articulação com o planeado. É o caso das zonas do domínio público marítimo afetadas às administrações portuárias, muitas delas sem interesse portuário evidente²¹.

¹⁹(cont.) (GIZC)”, 1999; pela Comunicação da Comissão ao Conselho e Parlamento Europeu relativa-mente à Gestão Integrada da Zona Costeira: Uma Estratégia para a Europa (COM/200/547); pela Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2002 relativa à execução da gestão integrada para a zona costeira da Europa (2002/413/CE), além dos instrumentos de regulamentação internacional sobre os recursos marinhos e proteção de ecossistemas próprios das zonas costeiras, com relevo para a Convenção de RAMSAR sobre as zonas húmidas e seus *habitats*.

²⁰Caminha-Espinho; Ovar-Marinha Grande; Alcobaça-Mafra; Cidadela-Forte de São Julião da Barra; Sintra-Sado; Sado-Silves; Sines-Burgau; Burgau-Vilamoura; Vilamoura-Vila Real de Santo António.

²¹O n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 21 de julho, impõe por isso à Agência Portuguesa do Ambiente o especial dever de articulação com os municípios, administrações portuárias e demais entidades públicas com interesses a salvaguardar.

A outra face da desintegração da gestão do litoral e, no seu âmbito, da orla costeira, é o extenso universo de entidades públicas que exercem poderes sobre esta parcela do território, problema que, porém, só encontrará resposta num modelo institucional que assente na consciência de que há problemas – como os da proteção e valorização dos recursos hídricos – cuja solução não é compaginável com uma cultura de pulverização de centros de decisão administrativa. Isto é, a gestão integrada do litoral só será conseguida com uma reforma administrativa a sério, que não sacralize nada, designadamente as ideias de desconcentração e descentralização que, mal aplicadas, geram um intrincado sistema de distribuição de competências que eleva a burocracia a níveis asfixiantes da ação.

O âmbito de aplicação dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira abrange quer o mar, quer a terra, incidindo sobre o que a nova lei continua a qualificar como zona terrestre de proteção e, no meio aquático, sobre as zonas marítimas de proteção, de acordo com a definição dada nos artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de julho²².

5.3. Planos de Ordenamento dos Estuários

A referência aos Planos de Ordenamento dos Estuários (POE) é necessariamente sucinta.

Não constando do elenco originário dos Planos Especiais de Ordenamento do Território previstos na Lei de Bases do Ordenamento do Território e do Urbanismo – Lei n.º 48/98, de 11 de agosto a introdução desta figura foi feita pela Lei da Água que para o efeito alterou o n.º 3 do artigo 42.º do RJIGT.

Nos termos do artigo 22.º da Lei da Água os Planos de Ordenamento dos Estuários destinam-se à proteção das águas, leitos e margens e dos ecossistemas presentes nas águas de transição que constituem os estuários dos rios, assim como a promover a valorização social, económica e ambiental da orla terrestre envolvente.

²² Perante o acentuado agravamento do recuo da linha de costa nalguns pontos do território e a necessidade de proteger os sistemas biofísicos próximos do mar e que dele dependem, o novo regime jurídico prevê agora a possibilidade de a zona terrestre de proteção ser alargada para 1000 metros a partir da margem das águas do mar.

O regime específico destes planos há de ser objeto de legislação que densifique o escasso normativo que a Lei da Água lhes dedica, como previsto no n.º 2 do referido artigo 22.º.

Tal como os Planos de Ordenamento da Orla Costeira, o alcance e objetivos dos Planos de Ordenamento dos Estuários excedem largamente o interesse público de proteção e valorização dos recursos hídricos, constituindo instrumento das políticas públicas de ordenamento de territórios particularmente sensíveis como são os territórios ribeirinhos.

Todavia, é discutível a opção do legislador materializada na criação de mais uma categoria de Planos Especiais de Ordenamento do Território. A disciplina das águas de transição, no conceito do n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva-Quadro no qual se inscrevem as águas e os territórios estuarinos, apesar das características biofísicas e a singularidade dos problemas destas zonas, poderia constar dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira, com evidentes vantagens para a coerência sistémica do sistema de gestão territorial que o atual excesso de planos manifestamente prejudica. De resto, a demonstração de que esta figura, não estando a mais, não suscitou grande entusiasmo, está no facto de não ter sido ainda criado o regime jurídico que a Lei da Água prevê e, conseqüentemente, não existir qualquer Plano de Ordenamento dos Estuários, nem tão-pouco sinais de vontade política de os elaborar.

6. Recursos hídricos e outros instrumentos de gestão territorial

A eficácia das ações e medidas destinadas à proteção da qualidade, quantidade e sustentabilidade dos recursos hídricos e seu ordenamento não depende somente dos instrumentos de intervenção especificadamente previstos na Lei da Água. Todo o sistema de gestão territorial é convocado para a prossecução dos objetivos das políticas públicas da água, como aliás decorre do RJIGT, em especial do disposto no artigo 8.º, e da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo no artigo 14.º, quanto ao dever jurídico de harmonização dos interesses públicos com expressão territorial, e do disposto no n.º 2 do artigo 12.º que identifica a orla costeira e zonas ribeirinhas, as albufeiras de águas públicas e a rede hidrográfica como recursos de valores de primeira grandeza a salvaguardar.

Por isso, a alínea b) do n.º 3 do artigo 12.º do RJGT determina que “os PMOT estabelecerão, no quadro definido pelos instrumentos de gestão territorial cuja eficácia condiciona o respetivo conteúdo, os parâmetros de ocupação e de utilização do solo adequados à salvaguarda e valorização” entre outros, daqueles recursos.

Se se conferirem os conteúdos materiais de cada um dos PMOT, obtém-se a confirmação de que o princípio da compatibilização entre os planos setoriais (Plano Nacional da Água, Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica, Planos de Gestão de Riscos de Inundações) implica a “absorção”, ou mesmo uma primeira definição planificatória, das proposições, regras, medidas e ações destinadas a prosseguir os objetivos expressos na Diretiva-Quadro e na Lei da Água em âmbitos territoriais mais limitados, aumentando assim a eficácia da execução daqueles instrumentos.

Observe-se, por exemplo, o conteúdo material do PDM tal como expresso no RJGT (n.º 1 do artigo 85.º). Os PDM servem, *inter alia*, para estabelecer, ao nível concelhio, o sistema de valores e recursos naturais, entre eles as águas; para identificar condicionantes à ocupação e uso do solo; para inventariar reservas e zonas de proteção contra fenómenos extremos ou a favor da sustentabilidade de aquíferos ou da qualidade de origens e planos de água; para criar condições de atuação sobre áreas críticas.

Um olhar sobre o âmbito material dos Planos de Urbanização (artigo 88.º do RJGT) revela que, através dele, e à escala do zonamento, se definem, caracterizam e identificam valores naturais a proteger, entre eles, necessariamente, às águas.

E a definição legal do conteúdo dos Planos de Pormenor contempla, nos termos do artigo 91.º do RJGT, a obrigação de através deles, e à escala territorial a que obedecem, caracterizar esses valores.

É, de resto, ao nível dos PMOT que se planeiam e programam as infraestruturas que permitem, por exemplo, que as águas residuais (domésticas e industriais) sejam separadas controladamente das águas correntes superficiais ou dos recursos subterrâneos. É também a este nível do planeamento que se estabelecem as regras destinadas a impedir a impermeabilização indiscriminada dos solos, uma das causas do aumento dos caudais de cheia, ou as infraestruturas de drenagem, os sistemas de captação e distribuição de água para consumo humano. Como é também ao nível dos PMOT que, em razão da identificação mais pormenorizada dos problemas que a escala a que são elaborados permite, melhor se

definem as medidas com incidência especial com vista à proteção das origens de água ou à eficiência das suas múltiplas utilizações.

Um exame abrangente do sistema de gestão territorial também permite perceber a importância para a gestão dos recursos hídricos de outros instrumentos de natureza estratégica como o PNPT²³ e os PROT²⁴, e de outros planos setoriais como os projetos de grandes barragens ou infraestruturas hidráulicas, os PROF – Planos Regionais de Ordenamento Florestal ou os PGF – Planos de Gestão Florestal, estes últimos dando continuidade a uma tradição secular do direito nacional que associa – e bem – a salvaguarda da floresta à proteção dos meios aquáticos.

Além destas componentes setoriais do modelo planificatório nacional, há que ter ainda presente a importância do Plano Setorial da Rede Natura 2000, aprovado no quadro da transposição das Diretivas Aves e *Habitats*, parte do sistema de preservação da biodiversidade a nível transeuropeu. Nele igualmente se preveem medidas e ações de proteção ou recondução a estados favoráveis de *habitats* marinhos, ecossistemas lacustres, dos rios e suas galerias, das zonas húmidas, em conjugação com os POAP – Planos de Ordenamento das Áreas Protegidas, outro dos instrumentos do sistema de gestão territorial que não é indiferente à gestão das águas, especialmente das águas interiores mas também no meio marinho onde a conservação de espécies e seus *habitats* reclama por instrumentos de planeamento adequados.

7. Nota crítica

Uma nota final, em tom crítico, sobre os sistemas de planeamento e ordenamento sumariamente descritos e analisados.

A primeira observação é a de que estamos perante um edifício em construção. E tal como aconteceu em geral com a implementação do sistema de gestão territorial em que os instrumentos de natureza estra-

²³ O artigo 17.º da Lei da Água afirma expressamente o princípio do compromisso recíproco de integração e compatibilização entre PNPT e Plano Nacional da Água. Tarefa que aliás não será difícil de conseguir no novo Plano Nacional da Água dada a exiguidade das propostas sobre a matéria constantes do PNPT em vigor.

²⁴ Na medida em que, nos termos da alínea d) do artigo 52.º do RJIGT, os PROT servem de quadro de referência aos Planos de Ordenamento das Albufeiras de Águas Públicas, Planos de Ordenamento da Orla Costeira e Planos de Ordenamento dos Estuários.

tégica (PNPOT e PROT) surgiram muito depois dos planos que deveriam enquadrar, também o planeamento das águas se define a partir da base com a iminente aprovação do conjunto dos planos de gestão das bacias, sem que tenha sido avaliado o Plano Nacional da Água e aprovado o novo quadro estratégico nacional do setor.

O segundo aspeto tem que ver com a estrutura do modelo de planeamento português. Correto na separação funcional entre instrumentos de carácter estratégico (ou de desenvolvimento territorial), instrumentos de natureza regulamentar (ou de planeamento territorial), de natureza setorial ou especial, é por de mais profuso nos tipos legais, o que torna muito complexa a relação entre os diferentes planos e a articulação entre os distintos níveis de planeamento, contribuindo para a instabilidade dos modelos planificatórios e gerando dificuldade de compreensão, pelo cidadão mas também pelas instituições, do que em cada setor deve ser observado como diretriz ou como restrição.

Quem passou pela experiência de integrar a equipa encarregada de elaborar proposta técnica de um qualquer plano sabe bem como é densa a floresta das condicionantes impostas pela multitude de planos da mais diferente natureza...

Por isso, passado o longo período de aversão ao planeamento, a ambição deverá ser agora a simplificação.

REGIME JURÍDICO DAS ÁREAS DE APROVEITAMENTO HIDROAGRÍCOLA

André Folque

Mestre em Direito. Docente convidado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Retrospectiva das políticas públicas de fomento hidroagrícola

Nas cosmogonias da Antiguidade, água e terra constituíam elementos opostos. Hoje, nem o ordenamento do território passa sem os recursos hídricos, nem a proteção e valorização da água passam sem um correto e eficaz ordenamento do território.

O conceito de bacia hidrográfica, como chave interpretativa e operativa do direito público da água, a existência de instrumentos de gestão territorial de natureza hídrica ou as restrições de interesse público que resultam das obras de fomento hidroagrícola são exemplos eloquentes desta compreensão.

Compreensão que não é nova, diga-se de passagem. Quer a bacia hidrográfica quer as bases do que hoje conhecemos como áreas de aproveitamento hidroagrícola já se encontravam no extraordinário corpo normativo que, entre nós, constituiu durante décadas a matriz do direito público hídrico: o Decreto n.º 8, de 5 de dezembro de 1892, e o seu regulamento de execução.

E se entre o território e a água situarmos a agricultura, mais cientes ficamos da necessidade de coordenação de políticas públicas, de cuja execução o direito público é instrumento privilegiado.

Revisitemos a história desta criação do Direito Administrativo – o regime dos solos beneficiados por obras de fomento hidroagrícola – verdadeira-mente precursor das tendências contemporâneas, seja em termos de

associação e colaboração entre o Estado e os particulares, seja em termos de administração autónoma, como expressão de participação constitutiva dos interessados.

Esta retrospectiva deve-se a duas contingências. Se, por um lado, o tema é objeto do direito português há perto de 110 anos, por outro confrontamo-nos com um interesse muito reduzido da parte da doutrina e com elementos jurisprudenciais não apenas escassos como desprovidos um tratamento crítico.

Na verdade, pode recensear-se na doutrina nacional apenas o artigo de Manuel David Masseno, publicado na *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 7, em 1997, “A disciplina jurídica dos recursos hidroagrícolas em Portugal”, além das referências no clássico *Manual do Direito de Águas* de Tavela Lobo e, claro, no *Manual de Direito Administrativo* de Marcello Caetano.

Já do ponto de vista do direito administrativo geral, encontrando nas associações de regantes e beneficiários dos perímetros de rega como parcela da Administração Pública, devem-se a Jorge Miranda (“As associações públicas no direito português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1986¹) a Vital Moreira (*Administração autónoma e associações públicas*, 1997²) os contributos essenciais.

Na análise retrospectiva do direito legislado fica claro que o atual regime jurídico das obras de fomento hidroagrícola é um produto da história, por muitas vicissitudes que venha encontrando na intervenção do legislador.

Os quadros de referência deste instituto e mesmo os próprios conceitos inscrevem-se numa tradição sólida que vale a pena visitar. O excuro leva-nos a ver como questões controvertidas hoje suscitadas – nomeadamente a medida dos encargos a suportar pelos proprietários e regantes – não são novas e em tempos anteriores já foram objeto de discussão e ponderação.

O grande esforço de investimentos públicos hidroagrícolas ocorreu na década de 1930, com o propósito, no Sul do País, de criar núcleos de pequenos proprietários atraídos por obras de irrigação, algo a que o latifúndio alente-

¹ P. 79.

² P. 78 e seguintes.

jano parece ter sempre oferecido reação; ao centro e a norte, o objetivo de aumentar a produção, otimizando recursos e melhorando as condições de vida de uma população rural numerosa e dispersa.

Trata-se de uma sucessão de regimes jurídicos que ilustram de forma especialmente incisiva o princípio da função social da propriedade que, apesar da matriz socializante da Constituição de 1976, temos hoje dificuldade em encontrar senão implicitamente (n.º 1 do artigo 61.º e artigo 80.º). Nesta matriz, o corporativismo do Estado Novo e a democracia económica e social da III República convergem de uma forma que alguns não imaginariam.

Não por acaso, é sob o impulso do ministro Duarte Pacheco que se afirma a necessidade coletiva de ordenamento do território e se fixam as grandes linhas das obras de fomento hidroagrícola, perante uma agricultura rudimentar, incapaz de atingir a subsistência e na base de abissais desigualdades sociais e económicas.

Na Lei n.º 1949, de 15 de fevereiro de 1937, já podemos identificar os grandes traços do regime das obras de fomento hidroagrícola e das áreas beneficiadas:

- 1) a iniciativa do Estado na generalidade das obras de fomento hidroagrícola (Base I);
- 2) o próprio conceito de obras de fomento hidroagrícola: “as obras de aproveitamento de águas públicas para rega, de drenagem, de enxugo e defesa dos terrenos, de adaptação ao regadio, de enateiramento ou colmatagem”, podendo compreender a afetação ao domínio público de águas particulares (Base II);
- 3) a declaração de utilidade pública das obras (Base III);
- 4) a diferenciação entre obras principais e subsidiárias (Base IV);
- 5) o reembolso público das despesas por meio de uma anuidade, então cumulando taxa de rega e de beneficiação (Base VI), de acordo com a limitação pela mais-valia resultante das obras efetuadas (e com a interessante imputação dos custos acrescidos ao arrendatário com contrato anterior);

- 6) a constituição de um modelo de administração corporativa ou autônoma sem um substrato inteiramente patrimonial (Bases IX e X), ao tempo as designadas associações de regantes, dotadas de personalidade jurídica e formadas pelos proprietários dos terrenos dominados pelo aproveitamento hidroagrícola, usufrutuários, enfiteutas, fiduciários, arrendatários e parceiros;
- 7) a execução fiscal por não pagamento da taxa de exploração e conservação, proporcional à área beneficiada (Base XI);
- 8) a afirmação da função social da propriedade por meio da obrigação de utilização da água de rega nas áreas beneficiadas pelos canais em exploração (Base XIII) (com a interessante faculdade de o proprietário poder fazer cessar o contrato ou reclamar indenização do arrendatário que não utilize a água).

Com o Decreto-Lei n.º 42 665, de 20 de novembro de 1959, houve lugar a uma profunda reflexão muito bem ilustrada no respetivo preâmbulo. Um dos pontos mais controvertidos na anterior legislação era o limitar as anuidades de reembolso ao montante da mais-valia por cada terra beneficiada: a diferença dos rendimentos antes e depois da beneficiação. O critério, porém, mostrar-se-ia injusto.

Certamente nos surpreende a forma clara como as cogitações do legislador eram expostas (aqui no tocante aos limites das taxas) e que justificaria um novo regime, de acordo com os proveitos maiores ou menores de cada parcela:

“Assim, por exemplo, os agricultores que desde início ponham todo o seu zelo e competência na exploração das terras beneficiadas, alcançando elevados acréscimos de rendimento – que depois poderão não se manter –, verão as taxas de rega e beneficiação fixadas nos termos gerais da lei, isto é, em percentagem sobre o custo da obra. Pelo contrário, os utentes das terras menos cuidadosos ou menos aptos poderão usufruir do benefício da limitação da unidade de reembolso à mais-valia real, assim fortemente reduzida, situação de flagrante injustiça que, além do mais, compromete os superiores desígnios do Estado em matéria de fomento hidroagrícola.

Por outro lado, a circunstância de a taxa de rega e beneficiação poder equivaler à totalidade da mais-valia produzida pelas obras conduz a tornar estas indesejáveis pelos beneficiários, pois significa que o au-

mento de rendimento é suscetível de ser inteiramente absorvido pelo encargo do reembolso. Certamente, esta manifesta imperfeição do regime legal vigente poderia ser facilmente corrigida mediante a redução do limite superior da taxa de rega e beneficiação a uma simples parte alíquota da mais-valia, reconhecendo-se ao beneficiário a parte restante.”

Pelo mesmo exórdio ficamos a conhecer o direito norte-americano, segundo o qual apenas o custo da construção das redes de distribuição da água de rega de drenagem estava sujeito ao reembolso integral, mas sem juros e num prazo de 40 anos, cujos primeiros dez se limitavam aos encargos de exploração e conservação da obra.

Seguem-se análises comparativas com a Espanha, de onde se retira com interesse o cálculo dos encargos sobre duas bases distintas: a da área beneficiada, em função das culturas, e o volume de água consumido. Depois, uma comparação com a legislação italiana de 1933, fortemente inspiradora do direito português, e por fim com a França, em cujos territórios do Norte de África estavam em curso consideráveis investimentos de irrigação.

Ao citado Decreto-Lei n.º 42 665, de 20 de novembro de 1959, viria juntar-se o Regulamento das Associações de Regantes e Beneficiários, aprovado pelo Decreto n.º 47 153, de 18 de agosto de 1966.

Só em 1982 viriam a ocorrer novas alterações de vulto, num tempo em que a reforma agrária de 1975 já iniciara o seu retrocesso. Trata-se do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, por um lado, e dos decretos regulamentares n.º 84/82, de 4 de novembro, e n.º 86/82, de 12 de novembro, regulando as associações de beneficiários e as juntas de agricultores, respetivamente. As novidades, porém, não seriam muitas.

2. Obras de fomento hidroagrícola, empreendimentos de fins múltiplos e associações de utilizadores do domínio público hídrico

E o regime fundamental continua a ser o do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, na redação do Decreto-Lei n.º 86/2002, de 6 de abril, e do Decreto-Lei n.º 169/2005, de 26 de setembro. Redações que modificaram, pelo menos, um aspeto essencial: aponta-se hoje para o modelo

da concessão na exploração dos aproveitamentos, em lugar de integrar na própria Administração Pública as corporações de beneficiários³.

O que vale mesmo para as obras iniciadas ou concluídas na vigência do Decreto-Lei n.º 42 665, de 20 de novembro de 1959, ou seja até 15 de julho de 1982⁴ (artigo 91.º, ao revogar a Lei n.º 1949, de 15 de fevereiro de 1937, e legislação complementar), pois na versão originária (artigo 87.º) determinava-se a aplicação subsidiária do direito pretérito aos empreendimentos anteriores.

Para as novas obras de fomento hidroagrícola o aplicador confronta-se, porém, com a abundante produção legislativa no domínio hídrico. São tantos os atos legislativos, e com tantas áreas de concorrência, que nos podem mesmo suscitar dúvidas sobre se o regime de 1982 ainda perdura ou, pelo menos, em que medida.

É certo que a Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro) não revogou nem sequer parcialmente o Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, e, de resto, vem confirmar a concessão como modelo das relações administrativas com os utilizadores, na linha das alterações de 2002, ao incluir na alínea e) do artigo 61.º a implantação de infraestruturas hidráulicas que se destinem a rega. Vem instituir as associações de utilizadores do domínio público hídrico como pessoas coletivas de direito privado (n.º 2 do artigo 70.º) e o seu capítulo VI é dedicado às infraestruturas hidráulicas, onde no artigo 76.º surge a figura dos empreendimentos de fins múltiplos.

Infraestruturas hidráulicas é um conceito que vai muito além das obras de fomento hidroagrícola, pois compreende os empreendimentos de trata-

³Na vigência do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, mas ainda sem as alterações de 2002: Odivelas, Ferreira do Alentejo (1988), Baixo Mondego (1988), Macedo de Cavaleiros (1989), Cova da Beira (1989), Vigia (1990), Sotavento do Algarve (1993), Baixo Vouga (1995), Lucefecit (1997), Barlavento Algarvio (1997), Baixas de Óbidos (1998), Xévara (1998), Minutos (2001). Na versão posterior ao Decreto-Lei n.º 86/2002, de 6 de abril: Veiros (2005), freguesia da Luz (2006), Rego do Milho (2007), Vale de Vilariça (2007), Monte Novo (2009), Temilobos (2009), Benaciate (2010) e Ardila/Enxoé (2011)..

⁴Para o período 1959/82 justifica-se recensear os seguintes aproveitamentos hidroagrícolas: do Divor (1967), do Roxo (1968), do Mira (1970). E, como, por sua vez, o Decreto-Lei n.º 42 665 estendia a sua aplicação a obras anteriores, também estas se incluem, ao arripio de algumas especificidades individuais que tinham sido mantidas em vigor (artigo 89.º): Paul de Magos (1938), Campos de Alvega (1939), Paul da Cela (1940), Campos de Burgães (1940), Campos de Loures (1940), Veiga de Chaves (1949), Campina da Idanha (1949/54), Vale do Sado (1949), Vale de Campilhas (1954), Campos de Silves, em Lagos (1955/56), Vale do Lis (1956/57), Vale do Sorraia (1957/58), Lezíria Grande de Vila Franca de Xira (1959) e Campos de Alvor (1959).

mento e rejeição de efluentes, os meios de captação e distribuição de água para abastecimento doméstico e industrial, bem como a regularização de margens e leitos para segurança contra cheias (n.º 3 do artigo 75.º).

Mesmo as disposições sobre os denominados planos específicos de gestão de águas [alínea c) do n.º 2 do artigo 24.º e artigo 31.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro] nada especificam sobre obras de fomento hidroagrícola, perímetros de rega ou figuras afins. Conquanto revelem alguma potencialidade na proteção, a sua aplicabilidade direta depende, no entanto, de regulamento (artigo 27.º) que submeta algumas “atividades dos administrados aos condicionamentos e restrições autorizados por lei, impostos pela proteção e boa gestão das águas”. É que das normas relativas aos planos de gestão de bacia não se retira sequer uma exigência genérica, salvo nas medidas de matriz económica, ao serem referidas as de “concretização dos princípios da recuperação dos custos dos serviços de águas e do utilizador/pagador, através do estabelecimento de uma política de preços de água e da responsabilização dos utilizadores, em concordância com a análise económica das utilizações da água e com a correta determinação dos custos dos serviços de água associados com as atividades utilizadoras dos recursos hídricos” [alínea f) do n.º 3 do artigo 30.º].

Os empreendimentos de fins múltiplos, cujo regime veio a ser desenvolvido no Decreto-Lei n.º 311/2007, de 17 de setembro, não se confundem com as obras de fomento hidroagrícola, desde logo porque estas últimas possuem um único fim. Mas, na verdade, uma obra de fomento hidroagrícola pode ser um desses fins múltiplos e, por conseguinte, vir a sujeitar-se a este regime, o qual recuperou para a Administração Central alguns poderes de tutela administrativa e lhes acrescenta a previsão de recurso tutelar (n.º 2 do artigo 7.º). Além disso, áreas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola – originariamente constituídas para uma utilização principal – podem ser equiparadas aos empreendimentos de fins múltiplos se dispuserem ou passarem a dispor de condições para, no decurso da sua exploração, realizar outras utilizações especiais (n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

De todo o modo, no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, já se previa a necessidade de compatibilizar um e o outro regime jurídico. Por isso se determina que, dentro de um empreendimento de fins múltiplos, o regime das obras de fomento hidroagrícola e áreas beneficiadas só se aplica às obras nelas integradas.

Deparamo-nos ainda com as albufeiras de águas públicas, suas zonas de proteção e planos de ordenamento. O Decreto-Lei n.º 107/2009, de 18 de maio, veio revogar o Decreto-Lei n.º 502/71, de 18 de novembro.

Também aqui encontramos infraestruturas hidráulicas e um fim primário que exige compatibilidade dos demais fins: atividades secundárias [alínea e) do artigo 40.º], como a pesca, a navegação de reçoio, a hotelaria e até a agricultura.

As albufeiras, porém, situam-se a montante das obras de fomento hidroagrícola. No regime das albufeiras o que se pretende é o uso sustentável da água, preservando quantidade e qualidade. Já nas obras de fomento hidroagrícola o propósito imediato é alcançar um uso efetivo da água para rega. No artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, fica bem claro o primado do aproveitamento agrícola sobre o eventual aproveitamento hidroelétrico. No artigo 69.º-A determina-se que apenas o abastecimento público, às populações, possa ser prioritário e justificar algum prejuízo à satisfação das necessidades das áreas beneficiadas.

De resto, as atividades agrícolas podem ser condicionadas na zona de proteção (n.º 6 do artigo 20.º) pois não podem “implicar significativas mobilizações do solo, representar risco para o meio hídrico, ou conduzir ao aumento da erosão ou ao transporte de material sólido para o meio hídrico”, além de ser interdito o uso de fertilizantes orgânicos [alínea l) do n.º 1 do artigo 21.º].

De modo algum o regime das albufeiras de águas públicas e suas zonas de proteção consome o âmbito das obras de fomento hidroagrícola. Desde logo porque não têm de incluir albufeiras de águas públicas, nem estas têm de estender-se às redes a jusante (secundária e terciária) de abastecimento de água.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 348/2007, de 19 de outubro, que estabeleceu o regime das associações de utilizadores do domínio público hídrico, não se impõe, em absoluto, ao das associações de beneficiários. Nem todos os utilizadores do domínio público hídrico usam áreas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola e nem todos os proprietários e agricultores destas áreas se limitam à utilização do domínio público.

Argumento derradeiro quanto à sobrevivência do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, é, sem dúvida, o disposto no n.º 8 do artigo 86.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio: “O presente decreto-lei não prejudica a aplicação do regime dos aproveitamentos hidroagrícolas,

constante do Decreto-lei n.º 269/82, de 10 de julho, tendo sempre por base os títulos de utilização dos recursos hídricos emitidos nos termos da Lei da Água e do presente decreto-lei.”

Por outras palavras, o regime do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho, contanto que progressivamente assente em relações contratuais de exploração de obra pública, subsiste como o conjunto das normas e princípios de referência para os aproveitamentos hidroagrícolas e áreas beneficiadas.

3. Regime

As obras de fomento hidroagrícola são, de acordo com o n.º 1 do artigo 1.º, obras de aproveitamento de águas do domínio público, ainda que também determinadas águas particulares possam ser usadas para os mesmos fins (n.º 3).

O fomento hidroagrícola consiste em destinar águas públicas à rega, à fertilização de terras, seja pela composição de nateiro (lodo fertilizador de aluvião), seja pelo simples desvio de águas ricas em sedimentos para terras de cota inferior, ou pelo contrário, à defesa das terras, enxugando-as, no caso de pauis, drenando as águas ou criando impedimentos aos seus efeitos lesivos nas plantações ou nas colheitas.

Encontramos quatro tipos de intervenções:

- as obras primárias, ou seja, aquelas que visam aumentar a extensão do regadio ou melhorar o regadio existente (n.º 1 do artigo 1.º);
- as obras secundárias ou consequentes, isto é, aquelas que visam adaptar ao regadio as terras de sequeiro ou sem culturas e melhorar o regadio nas terras que já o praticavam como, de acordo com o n.º 2 do artigo 1.º, o nivelamento das terras, a construção de redes terciárias de rega ou de enxugo e outros trabalhos complementares, designadamente nas estradas e caminhos ou na distribuição de energia elétrica;
- as operações não necessariamente materiais e as obras conexas que sejam necessárias à conveniente estruturação agrária, ou seja, ao redimensionamento das parcelas, de modo a obterem maior viabilidade no seu aproveitamento agrícola, o que explica a articulação com o regime jurídico do emparcelamento rural, de sorte que, no Decreto-Lei n.º 384/88, de 25 de outubro, o n.º 2 do artigo 17.º possibilita confiar às

associações de beneficiários a exploração e conservação de obras conexas com o emparcelamento;

- as obras subsidiárias (artigo 4.º) de regularização de leitos e margens, de defesa contra o assoreamento ou contra a erosão e as obras de defesa contra o vento, havendo todas estas de se mostrar necessárias ou úteis, pelo menos, ao bom proveito das obras primárias.

O fim imediato é o aproveitamento dos terrenos para fins agrícolas, seja de terrenos não aproveitados, seja de melhoria do regadio existente. Depois, o de permitir uma reestruturação fundiária e valorizar as terras beneficiadas.

Segundo o artigo 6.º as obras são classificadas em quatro grupos, de acordo com a intensidade e extensão territorial do interesse público que as justifica, classificação que não é meramente descritiva pois dela depende, em boa parte, o seu regime.

As dos primeiros dois grupos, e em certas condições algumas do terceiro, são de iniciativa do Estado (n.º 1 do artigo 9.º), ao passo que as demais são de iniciativa autárquica “e ou dos agricultores interessados em conjunto com os proprietários ou possuidores”.

Por seu turno, a Lei de Bases do Desenvolvimento Agrário (Lei n.º 86/95, de 1 de setembro) acrescenta uma diferença determinante, justamente para os agricultores. Com efeito, se as obras de interesse local têm de contar com a aprovação maioritária dos agricultores diretamente interessados, já os projetos de interesse nacional ou regional se bastam com a audição prévia das organizações representativas dos agricultores abrangidos (n.º 3 do artigo 16.º).

Estas obras, na verdade, se, por um lado, fazem prever uma valorização das terras e um aumento dos rendimentos de proprietários e agricultores, nomeadamente por adquirirem um direito a consumir águas públicas para rega dos seus terrenos, por outro dão lugar à constituição de situações jurídicas passivas, além do mais protegidas por normas de direito público, o que significa o exercício de poderes de autoridade pela Administração Pública sem necessidade da prévia intervenção dos tribunais.

Começemos pelas situações jurídicas ativas:

- o direito concreto ao uso de águas públicas para rega de prédios particulares (artigo 31.º) segundo consumos e horários de rega distribuídos;

- o direito ao represamento moderado de água (artigo 40.º do Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro);
- o direito individual de exercício coletivo a constituir uma forma de administração autónoma sobre as explorações – mais nas associações de beneficiários (Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro) menos nas juntas de agricultores (Decreto Regulamentar n.º 86/82, de 12 de novembro) – com direitos de participação no projeto (artigo 49.º), ao que hoje acresce o direito a constituir associações de utilizadores que podem ser concessionárias da exploração (Decreto-Lei n.º 348/2007);
- o direito a apoio técnico dos serviços agrários do Estado, nomeadamente para adaptarem as terras ao regadio (artigo 81.º);
- o direito do Estado a alienar onerosamente os prédios até certa fase do projeto (n.º 1 do artigo 77.º) sem contudo se tratar de um direito potestativo.

Ao invés:

- pelo menos uma parte dos custos há de ser reembolsada pelos beneficiários (n.º 4 do artigo 16.º), por meio da taxa de beneficiação a que voltaremos, com a natureza jurídica de um ónus real inscrito sobre os prédios beneficiados;
- o dever de proverem à conservação das obras (*idem*);
- o dever de rega nas obras dos grupos I e II (artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 269/82);
- a sujeição à aquisição originária das terras pelo Estado ou por outra pessoa coletiva pública por efeito de ato administrativo: a posse administrativa e a expropriação por utilidade pública (artigo 32.º) e, como tal, não segundo um preço, mas contra a liquidação de uma justa indemnização (que naturalmente não faz entrar no cálculo as futuras mais-valias a imputar à obra);
- a sujeição a uma expropriação de natureza sancionatória (artigo 78.º) no termo da condenação em três procedimentos contraordenacionais (artigo 100.º);

- a sujeição a várias servidões administrativas transitórias (n.º 1 do artigo 35.º) em benefício da execução da obra ou dos estudos preparatórios: tolerar a detenção das terras, a passagem, o desvio de águas, de estradas e caminhos, independentemente de virem ou não a ser expropriados (artigo 36.º);
- a sujeição à incorporação de águas particulares no domínio público, sem prejuízo de lhes facultar a aquisição de um novo direito – desta vez já não privado, muito menos de propriedade – a uma quota proporcional no uso privativo futuro (artigo 41.º);
- a sujeição a dar passagem, nos seus terrenos, às águas de rega (artigo 39.º do Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro);
- a privação – de questionável conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – da garantia do embargo, mesmo por decisão judicial (artigo 39.º);
- o dever de pagamento da taxa de beneficiação por conta do reembolso parcial da despesa pública (n.º 1 do artigo 61.º), o qual se estende a industriais e aos municípios e freguesias servidos (n.º 3 do artigo 63.º), cujo incumprimento é garantido por execução fiscal (n.º 2 do artigo 65.º);
- o dever de pagamento de uma taxa de conservação, restrito aos proprietários e usufrutuários, ou seja, titulares de direitos reais de gozo maiores, e cuja base de tributação é predial (n.º 1 do artigo 66.º);
- o dever de pagamento de uma taxa de exploração – e que pode ser qualificada como tarifa – pois representa a contrapartida pela água concretamente utilizada por regantes beneficiários (n.º 1 do artigo 67.º), agravada, no caso dos utentes precários (n.º 3), por cujo incumprimento respondem solidariamente proprietários e usufrutuários (n.º 4), sem prejuízo de exercerem posteriormente o direito de regresso contra os devedores;
- a obrigação de bom aproveitamento agrícola dos terrenos que decorre das sanções previstas para o seu incumprimento (artigo 77.º e seguintes, sob a epígrafe de obrigação da rega e economia da exploração), nomeadamente das contraordenações previstas no artigo 98.º, em especial, uma de meios e outra de resultados, na alínea f) do n.º 1 incumprimento da obrigação de rega das culturas – e alínea g) – incumprimento dos padrões de rendimento ou de intensidade da

exploração mínima exigível no regadio, o que encerra um feixe de deveres específicos, como:

- os de obedecerem aos planos de exploração e horários de rega [alínea a) do artigo 31.º] do Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro),
 - o de não plantar árvores a menos de 5 metros das redes de rega e de enxugo (n.º 1 do artigo 35.º),
 - o de não usar a água para fins diferentes (n.º 1 do artigo 37.º).
- A sujeição a restrições de interesse público sobre o uso e disposição dos prédios, designadamente:
- a proibição de arborização ou florestação (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 31/94, de 5 de fevereiro, na redação do Decreto-Lei n.º 351/97, de 5 de dezembro),
 - a interdição de trabalhos estranhos à obra (artigo 33.º do Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro) e, mais especificamente,
 - a restrição do aproveitamento edificatório (n.º 1 do artigo 95.º do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho), com a garantia reforçada de nulidade sobre todos os atos administrativos que permitam operações urbanísticas ou outras (n.º 2).

Sobre as referidas taxas, deliberou o Tribunal dos Conflitos ser da competência dos tribunais tributários dirimir os litígios emergentes da liquidação de taxas de conservação e de exploração (acórdão de 18/05/2006).

4. Natureza jurídica das associações de beneficiários

O ponto que porventura mais interesse tem suscitado entre a doutrina é o de qualificar as associações de beneficiários. São consideradas pela generalidade da doutrina parte da Administração Pública, pois exercem atribuições do Estado, mas em nome próprio, compreendendo o exercício de poderes públicos de autoridade. Dentro desta, integram a administração autónoma.

Recorde-se que esta qualificação não é privada de consequências quanto ao seu regime pois devemos saber que, constitucionalmente, a administração autónoma não consente poderes hierárquicos nem tão-pouco de

superintendência sobre os seus atos e omissões. E, assim, com efeito, perante o Governo – órgão superior da Administração Pública (artigo 182.º da Constituição) – as associações de beneficiários encontram-se ao abrigo do que exceda o conjunto dos poderes de tutela administrativa.

Na verdade, começaram por ser verdadeiras associações públicas compreendidas na administração autónoma, apesar de possuírem um substrato aparentemente diferente das ordens profissionais (pessoal) e das autarquias locais (territorial). Mas só de modo aparente. Com efeito, o substrato é territorial: o vínculo real de propriedade é um vínculo territorial, mas nem por isso perdem a natureza associativa.

De resto, também os municípios são sujeitos de relações jurídicas administrativas com os proprietários de imóveis sitos no seu território independentemente de fazerem parte da população respetiva. Estas relações que vão do campo tributário ao das obras de conservação de edifícios, passando pelas obrigações *propter rem* no domínio florestal.

Vital Moreira⁵ não teve dúvidas em considerá-las no interior da administração autónoma, de par com as autarquias locais, as ordens profissionais e as universidades públicas.

Pelo contrário, Jorge Miranda⁶ viu no seu fundamento pactício, isto é, num contrato entre o Estado e os particulares, motivo para as excluir da administração autónoma.

Afastada a hierarquia, encontra-se de fora, a título principal, o poder de direção, ou seja, o de conceder ordens e instruções aos órgãos das associações. Excluída a superintendência, não pode haver lugar sequer a orientações ou à fixação de objetivos.

No artigo 54.º – onde se enunciavam os poderes de tutela administrativa – parecia respeitado este limite, muito embora se encontrassem verdadeiros poderes de controlo tutelar que incidem no mérito. Havia, de resto, tutela substitutiva (artigo 58.º do Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro) por se facultar ao Governo o poder de nomear comissões administrativas no pressuposto de se verificarem “deficiências graves” na gestão autónoma.

⁵ *Administração autónoma e associações públicas*, 1997, p. 78 e seguintes.

⁶ “As associações públicas no direito português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1986, p. 79.

Tratar-se-ia do atropelo de normas constitucionais? Julgamos que não, pois no texto constitucional nada impede que o Estado exerça poderes tutelares sobre o mérito dos atos da administração autónoma, pois só o faz especificamente em relação às autarquias locais no artigo 242.º. E, quando muito, pode admitir-se que igual limitação concorra em benefício das ordens profissionais ou das universidades públicas, não por conta da autonomia institucional mas porque essa autonomia radica em direitos, liberdades e garantias que gozam de uma proteção especialmente intensa.

O certo é que as normas do artigo 54.º foram objeto de revogação pelo Decreto-Lei n.º 86/2002, de 6 de abril, que optou pelo modelo institucional da concessão. Assim, temos hoje a concessão outorgada a pessoas coletivas públicas ou privadas com preferência para as associações ou cooperativas que representem a maioria dos proprietários e dos regantes.

Este modelo deve aplicar-se progressivamente às obras de fomento já existentes⁷, sobretudo desde que foi aprovada a minuta base do contrato de concessão para a conservação e exploração das obras de aproveitamento hidroagrícola através da Portaria n.º 1473/2007, de 15 de novembro⁸.

Fica de fora destas bases a concessão do Empreendimento de Fins Múltiplos do Alqueva à EDIA, SA, cujas bases se encontram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro. Recorde-se que este empreendimento abarca obras de aproveitamento hidroagrícola, nomeadamente a chamada rede secundária a que se refere a alínea e) do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 42/2007, de 22 de fevereiro: “as infra-estruturas de captação, adução e distribuição que se encontram posicionadas a jusante da rede primária e visam garantir o fornecimento de água à entrada das explorações agrícolas localizadas nos perímetros de rega do empreendimento ou beneficiadas por este”.

O fim da tutela, segundo a explicação que se retira do preâmbulo, consistiu em pôr termo a um arquétipo demasiado paternalista. Falta saber, porém, se a concessão não introduziu uma ingerência mais vasta e incisiva.

⁷ Entre outros exemplos, a concessão do Aproveitamento Hidroagrícola dos Minutos à Associação dos Beneficiários da Barragem dos Minutos (Despacho do ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas n.º 24542/2008, de 16 de setembro, *Diário da República*, 2ª Série, n.º 190, de 1 de outubro de 2008, ou a concessão do Aproveitamento Hidroagrícola da Campina de Idanha-a-Nova à Associação de Regantes e Beneficiários da Idanha-a-Nova, através do Despacho do secretário de Estado das Florestas e Desenvolvimento Rural n.º 15850/2011, de 15 de novembro, *Diário da República*, 2ª Série, n.º 224, de 22 de novembro de 2011.

⁸ Alterada pela Portaria n.º 1001/2009, de 8 de setembro.

Na verdade, os direitos e obrigações das partes, com os respectivos regulamentos provisório e definitivo, são estipulados por contrato administrativo (n.º 2 do artigo 102.º).

O concedente pode (n.º 3) modificar unilateralmente os regulamentos da obra, aplicar sanções, proceder ao sequestro e ao resgate.

Só com o Decreto-Lei n.º 348/2007, de 19 de outubro, é que o legislador veio disciplinar o regime das associações de utilizadores do domínio público hídrico, cuja natureza jurídica é uma de duas: pessoas coletivas privadas que podem, ou não, obter o reconhecimento de utilidade pública (artigo 5.º); associações de direito público (n.º 3 do artigo 2.º).

Na sua organização gozam de um estatuto privilegiado as pessoas coletivas de direito público, designadamente a quota de um terço das nomeações para os corpos gerentes, inclusivamente do presidente, e um poder de veto sobre determinadas deliberações da assembleia geral (n.º 2 do artigo 7.º).

Porém nunca veio a ser revogado expressamente o Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4 de novembro, que regula as associações de beneficiários que ainda se mantenham como pessoas coletivas de direito público (artigo 1.º).

5. Áreas beneficiadas e ordenamento do território: Reserva Agrícola Nacional, planos setoriais, planos especiais, planos regionais e planos municipais e planos específicos de gestão das águas

A preservação da integridade dos perímetros definidos para as obras de fomento hidroagrícola representa uma condição essencial para que os objetivos de cada projeto sejam cumpridos: alcançar uma mais-valia na quantidade e qualidade da produção agrícola, promover o desenvolvimento rural com o efeito de fixar ou mesmo atrair populações, recuperar o investimento público, assegurar critérios de justa repartição com encargos públicos.

Nessa medida, diríamos que, além da taxa por usos não agrícolas (artigo 69.º-A), pedra angular da integridade do aproveitamento é, e continuará a ser, o disposto no capítulo IX do Decreto-lei n.º 269/82, de 10 de julho, principalmente:

- ao proibir-se toda e qualquer construção, atividade ou utilização não agrícola de prédios ou parcelas de prédios das áreas beneficiadas (n.º 1 do artigo 95.º);
- ao cominar-se com a nulidade (invalidade que pode ser arguida a todo o tempo e conhecida oficiosamente pelos tribunais) o ato administrativo que licencie, autorize ou admita comunicação prévia de obras ou atividades proibidas (n.º 2);
- ao se preverem medidas de polícia administrativa (embargo e intimação para repor situação anterior) cuja competência é atribuída especificamente às autoridades agrárias (artigo 96.º e artigo 97.º), isto com o cuidado de deixar claro que a adoção destas medidas concorre verdadeira e não aparentemente com a aplicação de sanções contraordenacionais (artigo 98.º);
- ao impedir-se, como princípio geral, a exclusão de prédios ou parcelas de prédios das áreas beneficiadas (artigo 101.º): despacho ministerial contra o pagamento de um montante compensatório (n.º 3 e n.º 4).

Veja-se, porém, que este último contraforte mostra uma íntima ligação com a Reserva Agrícola Nacional.

Com efeito, no n.º 2 do artigo 101.º, parece estar pressuposto que todas as parcelas de prédios beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola fariam parte da Reserva Agrícola Nacional, pois uma das condições para que o Governo defira a exclusão é a sua prévia desafetação.

Por via da Reserva Agrícola Nacional, enquanto condicionante na formação, alteração e revisão dos instrumentos de gestão territorial, garantir-se-ia a integridade dos perímetros das obras de fomento hidroagrícola.

A verdade é que no regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional (Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março) não se determina como obrigatória a classificação integral das zonas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola. Melhor dizendo, nem todos os solos beneficiados se encontram, só por esse motivo, classificados na Reserva Agrícola Nacional.

Não que o legislador tenha ignorado a importância das obras de fomento hidroagrícola, até por definir na alínea f) do artigo 3.º o conceito de “áreas submetidas a importantes investimentos destinados a aumentar a capacidade produtiva dos solos” como sendo as áreas que vierem a ser ou já tenham sido “abrangidas por ações tendentes a atenuar ou eliminar

as suas limitações naturais e das quais resultem benefícios evidentes, quer para o empresário agrícola, quer para a comunidade rural, nomeadamente obras de rega, drenagem, enxugo, defesa e conservação do solo e despedregas”.

Conclui-se que a proteção da integridade das áreas beneficiadas por aproveitamentos hidroagrícolas – e, não menos importante, o reembolso da despesa pública – embora associada à Reserva Agrícola Nacional, continua a justificar uma garantia própria.

O certo é que ou essas áreas apresentam características agroclimáticas, da topografia e dos solos que posicionem os terrenos nas classes A1 e A2 (n.º 1 do artigo 8.º) ou então a integração tem de ser especificada e justificada (artigo 9.º), seja no âmbito da elaboração, alteração ou revisão de plano municipal ou de plano especial (n.º 2), seja por adaptação em cumprimento de despacho do ministro com a pasta da agricultura (n.º 4 e n.º 5).

De resto, no Acórdão do Pleno da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 19/06/2001, julgou-se que as restrições de interesse público determinadas sobre as áreas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola são independentes das demais condicionantes, restrições e servidões administrativas. Por conseguinte, a licença municipal de uma operação urbanística não exclui uma parcela do perímetro de um aproveitamento hidroagrícola. Recorde-se que, apesar do carácter tendencialmente coordenador da licença municipal, perdura o princípio estabelecido no artigo 4.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas⁹, segundo o qual a licença se limita a remover alguns impedimentos jurídicos mas não desonera o interessado de remover os demais.

E, na mesma linha, o Supremo Tribunal Administrativo, por acórdão de 14/06/2000, já tivera oportunidade de entender que a desafetação de certa parcela de terreno da Reserva Agrícola Nacional não implica nem pode implicar a sua exclusão de uma zona beneficiada por determinado aproveitamento hidroagrícola. Não apenas as competências são organicamente diferenciadas, como também o fim – elemento determinante no exercício de um poder discricionário – é diferente.

O regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial oferece algumas normas que podem e devem proteger as áreas beneficiadas por obras de

⁹ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 38 382, de 7 de agosto de 1951.

fomento hidroagrícola mas não se lhes pode confiar, em absoluto, esta tarefa.

Assim, ao nível da Lei de Bases (Lei n.º 48/98, de 11 de agosto), é objetivo do ordenamento do território “a rentabilização de infraestruturas, evitando a extensão desnecessária das redes e dos perímetros urbanos” [alínea f) do n.º 1 do artigo 6.º], como também a salvaguarda dos recursos hídricos [alínea b) do n.º 3 do artigo 6.º].

Por seu turno, se do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial¹⁰ resulta um dever de identificar entre os recursos territoriais as redes de infraestruturas [alínea g) do artigo 10.º], já na concretização do seu inventário ficam de fora as infraestruturas hidráulicas (artigo 17.º).

E ao nível dos recursos territoriais hídricos surgem apenas a orla costeira, zonas ribeirinhas, as albufeiras de águas públicas e a rede hidrográfica (n.º 2 do artigo 12.º) sem menção expressa às obras ou aproveitamentos hidroagrícolas.

É porventura no campo dos planos setoriais que encontramos lugar para algumas obras de fomento hidroagrícola enquanto “grandes empreendimentos públicos com incidência territorial” [alínea c) do n.º 2 do artigo 35.º]. Os planos setoriais, contudo, só indiretamente vinculam os particulares (artigo 3.º), além de não terem existência obrigatória enquanto tal.

A tipicidade dos planos especiais de ordenamento do território, a que a Lei da Água veio acrescentar os planos de estuário (n.º 2 do artigo 42.º), nada estipulou para as zonas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola, ao contrário do que já se previa para os planos de ordenamento da orla costeira e para os planos de ordenamento das albufeiras de águas públicas.

Prosseguindo no RJIGT, vejamos os planos regionais de ordenamento do território. Devem conter diretrizes relativas ao domínio hídrico e à RAN [alínea e) do artigo 53.º] e devem identificar “os espaços agrícolas (...) com relevância para a estratégia regional de desenvolvimento rural” [alínea d) do n.º 2 do artigo 54.º]. Uma vez mais, contudo, nada obriga inexoravelmente a uma proteção das áreas beneficiadas por obras de fomento hidroagrícola.

¹⁰Decreto-lei n.º 380/99, de 22 de setembro, cuja última alteração recensada teve lugar com o Decreto-lei n.º 2/2011, de 6 de janeiro.

Fundamental há de ser o papel dos planos municipais, pois cabe-lhes qualificar e classificar o solo (artigo 71.º e seguintes) e o solo rural é reconhecido pela vocação para a agricultura, como também pela presença de infraestruturas que não lhe confirmam o estatuto de solo urbano [alínea a) do n.º 2 do artigo 72.º].

No caso específico dos planos diretores municipais, a planta de condicionantes [alínea c) do n.º 1 do artigo 86.º] terá de identificar os perímetros hidroagrícolas no território enquanto fonte de restrições de utilidade pública que constituem impedimento ou limitação a certas formas de aproveitamento, o que vale, *mutatis mutandis*, para os planos de urbanização [alínea c) do n.º 1 do artigo 89.º].

Ora, as condicionantes, de acordo com o artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de maio, prevalecem sobre as demais disposições dos regimes de uso do solo das categorias em que se integram.

Neste regulamento determina-se ainda a classificação como solo rural dos solos “que se encontrem protegidos ao abrigo de regimes territoriais definidos nos termos da lei especial, que justifiquem ou beneficiem de um estatuto de proteção, conservação ou valorização incompatível com o processo de urbanização e a edificação” [alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º].

Julgamos dever retirar deste preceito como sentido mínimo o de as áreas beneficiadas não poderem deixar de ser classificadas e reclassificadas como solos rurais, o que surge confirmado na alínea c) do n.º 2 do artigo 13.º – “áreas afetas a usos agrícolas” – e na qualificação como espaços agrícolas ou florestais (artigo 15.º).

A estrutura do ordenamento do território encontra-se nos instrumentos de gestão territorial, mas é uma ilusão julgar que todo o ordenamento do território se executa e garante através de programas e planos. Por isso, insisto que a pedra angular continua a ser o disposto no artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 269/82, de 10 de julho.

Uma breve nota jurisprudencial. Refira-se a questão da natureza jurídica do Decreto Regulamentar n.º 2/93, de 3 de fevereiro, que permitia, em certas condições, excluir zonas beneficiadas e permitir-lhes uma utilização não agrícola. Por acórdão de 27/02/1996, o STA considerou estar-se perante ato normativo e, por conseguinte, insuscetível do então recurso contencioso de anulação. O ponto estava no acréscimo de pressupostos que o regulamento fazia em relação ao Decreto-Lei n.º 69/92, de 27 de abril, ao exigir a presença de construções anteriores, algo que veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 86/2002, de 6 de abril.

6. Obras de fomento hidroagrícola e obras públicas

O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República teve oportunidade, no Parecer n.º 105/1956, de qualificar como verdadeiras obras públicas as obras de fomento hidroagrícola e as subsidiárias destas, ainda que confiada a sua exploração e conservação às associações de regantes e beneficiários.

Já antes, no Parecer n.º 73/1953, não hesitara em considerar as águas como públicas e integradas as obras no domínio público do Estado.

Quanto a este ponto, seria hoje de questionar a aplicação do Código dos Contratos Públicos, pelo menos nas disposições específicas relativas à concessão de obra pública e à concessão da exploração de bens do domínio público. Independentemente da conclusão a que se chegue, a verdade é que as bases das concessões oferecem exemplos de claro desvio quanto a algumas soluções normativas consagradas no Código. Assim, por exemplo, importa do Direito Civil a cláusula *rebus sic stantibus*, deixando à margem as construções próprias que o Direito Administrativo tem vindo a edificar.

PARTE III

DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO

A TITULARIDADE E A ADMINISTRAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO POR ENTIDADES PÚBLICAS¹

João Miranda

Professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Enquadramento

1. O artigo 84.º, n.º 1, alínea a) da Constituição portuguesa estabelece que pertencem ao domínio público “as águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respetivos leitos”. Estas são algumas das coisas públicas constantes do catálogo de bens do domínio público² que o legislador constituinte previu, não obstante se consagrar também uma *cláusula aberta em matéria de bens dominiais*, uma vez que o legislador ordinário pode integrar no âmbito da dominialidade pública outros bens não previstos constitucionalmente, bem como sujeitá-los a um regime jurídico-público.

O alcance do preceito em causa não pode ser encontrado de forma isolada no texto constitucional, devendo ser completado com recurso aos instrumentos de Direito Internacional convencional. Em especial no que tange ao domínio público hídrico, cumpre atentar no disposto na Convenção de Montego Bay – Convenção da ONU sobre Direito do Mar de 1982³.

¹ Corresponde com alguns desenvolvimentos à intervenção proferida em 5 de junho de 2012, no curso de pós-graduação de Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² A inclusão no texto constitucional de um artigo específico sobre a definição e o regime dos bens do domínio público teve lugar na revisão constitucional de 1989, não tendo sido, todavia, pacífica no âmbito da discussão parlamentar e continuando a ser discutida presentemente na doutrina (cfr. Ana Raquel Moniz, *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2004, pp. 117-119; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, II, Coimbra, 2006, pp. 74-75).

³ A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay de 10 de dezembro de 1982) foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 67-A/97 e está publicada no *Diário da República*, I Série A, 1.º Suplemento, n.º 238, de 14 de outubro de 1997.

A Constituição alude a várias categorias de bens integrados no domínio público hídrico, cujo alcance e sentido remetemos para *infra* quando abordarmos a matéria da composição e titularidade das coisas públicas no domínio da água. Podemos, no entanto, assentar desde já que, de acordo como o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, o domínio público hídrico integra as águas dominiais e os terrenos conexiionados com aquelas (leitos e margens, zonas adjacentes, zonas de infiltração máxima e zonas protegidas) e nele se compreendem três realidades diversas: o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas.

O domínio público hídrico integra o *domínio público natural*, isto é, na sua composição cabem apenas os bens naturais e não os bens resultantes da ação do homem (*domínio público artificial*)⁴.

2. Composição e titularidade do domínio público marítimo

2. As categorias de bens integradas no domínio público marítimo surgem expressamente referidas no enunciado do artigo 84.º da Constituição, sem prejuízo do maior desenvolvimento que se vislumbra no elenco constante do artigo 3.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro:

- a) águas costeiras e territoriais;
- b) águas interiores, sujeitas à influência das marés, nos rios, lagos e lagoas;
- c) leito das águas costeiras e territoriais e das águas interiores sujeitas à influência das marés;
- d) fundos marinhos contíguos da plataforma continental, abarcando toda a zona económica exclusiva;
- e) margens das águas costeiras e das águas interiores sujeitas à influência das marés.

3. A primeira categoria de bens integrados no domínio público hídrico abarca as “águas territoriais”, conceito também constante da Consti-

⁴Sobre a distinção entre *domínio público natural* e *domínio público artificial*, v., por todos, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.ª edição, 5.ª reimpressão, Coimbra, 1994, p. 896.

tuição, que a doutrina⁵ tem considerado como as águas exteriores que, à luz do artigo 3.º da Convenção de Montego Bay e n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 33/77, de 28 de maio, se estendem a partir das linhas de base (as linhas de baixa-mar na costa)⁶ pela largura de 12 milhas marítimas.

Em segundo lugar, estão igualmente abrangidas no domínio público marítimo as *águas interiores*, isto é, as águas compreendidas entre a linha de base do mar territorial e a linha máxima de preia-mar (artigo 8.º da Convenção de Montego Bay)⁷.

Em terceiro lugar, o leito das águas costeiras e territoriais e das águas interiores sujeitas à influência das marés integra ainda o leque de direitos de soberania do Estado costeiro, como expressamente decorre do n.º 2 do artigo 2.º da Convenção de Montego Bay.

Em quarto lugar, onde a Constituição apenas aludia a “fundos marinhos contíguos”, o legislador da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, foi mais explícito, utilizando a fórmula “fundos marinhos contíguos da plataforma continental” e esclarecendo que aí está abrangida toda a zona económica exclusiva.

A expressão *plataforma continental*⁸ compreende, segundo o artigo 76.º da Convenção de Montego Bay, o leito e o subsolo das áreas submarinas, além do mar territorial em toda a extensão do prolongamento natural do território terrestre do Estado costeiro até ao bordo exterior da margem continental ou até 200 milhas marítimas medidas a partir das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial. Por seu turno, o artigo 77.º da Convenção qualifica os direitos exercidos pelo Estado

⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, p. 1002; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 76.

⁶ Para a determinação das linhas de base, v., igualmente, o disposto nos artigos 7.º, 14.º e 15.º da Convenção de Montego Bay.

⁷ A domialidade pública das águas interiores consta igualmente da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro, diploma que estabelece o regime do inventário do património geral do Estado, e tal já resultava do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto n.º 5787-III, entretanto revogado pela Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

⁸ Sobre o conceito de *plataforma continental*, v. Jaime Valle, “A plataforma continental – Alguns aspetos do seu atual regime jurídico”, in *Revista Jurídica*, n.º 25, 2002, p. 39 e seguintes; Loureiro Bastos, *A internacionalização dos recursos naturais marinhos. Contributo para a compreensão do regime jurídico-internacional do aproveitamento conjunto de petróleo e de gás natural nas plataformas continentais, do potencial aproveitamento de recursos minerais na área, da pesca no alto mar e os efeitos da regulamentação convencional respectiva em relação a Terceiros Estados*, Lisboa, 2005, p. 280 e seguintes.

costeiro sobre a plataforma continental como “direitos de soberania” na exploração e aproveitamento dos recursos naturais de modo exclusivo. Com efeito, mesmo que o Estado não a explore nem retire o aproveitamento dos recursos naturais da mesma, ninguém pode realizar atividades nela sem consentimento desse Estado, o que permite identificar a exclusividade e a *inerência* como suas características fundamentais⁹.

A zona económica exclusiva¹⁰ é igualmente integrada no domínio público marítimo, constituindo uma “zona situada além do mar territorial e a este adjacente”, que possui uma largura que “não se estenderá além das 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial” (artigos 55.º e 57.º da Convenção de Montego Bay).

Em quinto e último lugar, integram ainda o domínio público marítimo as margens das águas costeiras e das águas interiores sujeitas à influência das marés.

No que tange à margem, esta é definida como a “faixa de terreno contígua ou sobranceira à linha que limita o leito das águas” (n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro), formulação idêntica à que constava no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, e que era interpretado pela doutrina como impondo duas condições para a integração das margens no domínio público estadual: pertença dos terrenos ao Estado e existência de leitos e de margens que digam respeito a águas públicas¹¹.

Importa ainda atentar no critério enunciado na lei para a demarcação da largura da margem. Assim, à luz do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, “a margem das águas do mar, bem como a das águas navegáveis ou fluviáveis que se encontram à data da entrada em vigor da lei sujeitas à jurisdição de autoridades marítimas e portuárias, tem a largura de 50 m”. E o n.º 6 do artigo 11.º do mesmo diploma acrescenta o seguinte: “A largura da margem conta-se a partir da linha limite do leito. Se, porém, esta linha atingir arribas alcantiladas, a largura da margem é contada a partir da crista do alcantil.”

⁹ Cfr. Ana Raquel Moniz, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰ Sobre o conceito de *zona económica exclusiva*, v., por todos, Loureiro Bastos, *op. cit.*, p. 309 e seguintes.

¹¹ Cfr. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico (Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro)*, Coimbra, 1978, p. 101 e seguintes.

4. No caso específico das regiões autónomas, a Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, assinala ainda que “se a margem atingir uma estrada regional ou municipal existente, a sua largura só se estende até essa via” (n.º 7 do artigo 11.º).

A questão que se pode suscitar aqui é a seguinte: justifica-se a diminuição dos terrenos sujeitos ao regime da dominialidade nas regiões autónomas por causa do diminuto espaço territorial das ilhas?

Em sentido afirmativo, pode invocar-se que nessas regiões a margem corresponde a uma extensão muito significativa das áreas suscetíveis de ocupação urbana e que, caso a dominialidade se funde na garantia de acesso às águas, tal já está assegurado mercê da existência de infraestruturas rodoviárias públicas.

Em contrapartida e em sentido diametralmente oposto, pode alegar-se que a função da margem é também a de proporcionar a fiscalização e a polícia das águas pelo Estado¹², atividade pública que assim seria restringida. A isto acrescentaria que, no plano prático, a delimitação da largura da margem deixaria de estar definida na lei, passando a resultar de uma decisão administrativa de realização de uma infraestrutura viária e que, por último, isso pode constituir um expediente para serem ocupados terrenos que deveriam estar sujeitos a um regime de direito público e que, em muitos casos, estão sujeitos a erosão.

A questão em causa já chegou inclusive a ser suscitada perante o Tribunal Constitucional, que foi chamado a apreciar a constitucionalidade da norma do artigo 1.º do Decreto n.º 30/IX da Assembleia da República, de acordo com o qual a exceção para as estradas construídas se aplicaria também às “estradas regionais ou municipais a construir, mediante deliberação dos respetivos governos regionais”.

No Acórdão n.º 131/2003, de 11 de março¹³, o Tribunal Constitucional julgou, todavia, inconstitucional a referida norma com fundamento na violação do princípio da reserva de lei [alínea v) do n.º 1 do artigo 165.º e n.º 2 do artigo 84.º da CRP], solução que se nos afigura a mais consonante com a própria natureza do domínio público hídrico cuja criação há

¹² Argumentação expendida no Parecer n.º 5945, de 18 de janeiro de 2002, da Comissão do Domínio Público Marítimo, publicado no *Boletim da Comissão do Domínio Público Marítimo*, n.º 116, 2002, pp. 12-17.

¹³ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 20 de setembro de 1986, p. 13 255 e seguintes.

de resultar, regra geral, de um processo natural e não estar dependente de fenómenos de transformação artificial dos bens.

5. Além das margens, também os leitos podem integrar o domínio público marítimo, entendendo-se por leito, de acordo com o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, “o terreno coberto pelas águas quando não influenciadas por cheias extraordinárias, inundações ou tempestades”¹⁴.

No caso do leito das águas do mar e das águas sujeitas à influência das marés, o seu limite é fixado pela linha da máxima preia-mar de águas vivas equinociais, que é definida para cada lugar de acordo com o espraimento das vagas, respetivamente, em condições médias de agitação do mar ou em condições de cheias médias (n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro)¹⁵.

6. A respeito da titularidade do domínio público marítimo, o artigo 4.º é perentório no sentido da sua atribuição exclusiva ao Estado. Fica, pois, afastada a possibilidade de existência de domínio público marítimo das regiões autónomas.

Não obstante isso, pode suscitar-se a dúvida de saber se os Estatutos Político-Administrativos da Madeira e dos Açores não acabam por obnubilar, sobretudo a respeito das águas territoriais, a titularidade estadual do domínio público marítimo. Efetivamente, a integração no domínio público regional dos bens do domínio público historicamente pertencentes ao Estado e aos antigos distritos autónomos, resultante, respetivamente, da *cláusula geral de dominialidade pública regional* do artigo 144.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira¹⁶ e do artigo 22.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores¹⁷, constitui, pelo menos, um fator de incerteza

¹⁴ Segundo Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 81, a utilização da expressão “terreno” no Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, que se mantém presentemente na Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, visou esclarecer que o leito abrange quer a superfície (solo), quer o subsolo.

¹⁵ Em Acórdão proferido em 4 de dezembro de 2007, no âmbito do Processo n.º 7A3094, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que se deve entender “que se localiza na margem do mar o terreno que tem uma confrontação com o mar e outra com a foz de um rio atingida pelas ondas do mar em condições de agitação média”, pois “nessa situação fica reduzida a nada – ou seja, a zero metros – a distância em relação à linha de máxima preia-mar de águas vivas equinociais” (cfr. www.dgsi.pt).

¹⁶ Aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 130/99, de 21 de agosto, e pela Lei n.º 12/2000, de 21 de junho.

¹⁷ Aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, com as alterações introduzidas pela Leis n.º 9/87, de 26 de março, n.º 61/98, de 27 de agosto, e n.º 2/2009, de 12 de janeiro.

quanto à titularidade dos referidos bens. Acresce que o primeiro Estatuto consagra que “a Região Autónoma da Madeira abrange ainda o mar circundante e seus fundos, designadamente as águas territoriais e a zona económica exclusiva, nos termos da lei” e o segundo Estatuto determina que “constituem ainda parte integrante do território regional as águas interiores, o mar territorial e a plataforma contíguos ao arquipélago”.

Ora, se é verdade que a Constituição consagra a existência de domínio público regional (n.º 2 do artigo 84.º) como decorrência direta da autonomia político-administrativa das regiões autónomas, não pode deixar de salientar-se que, sob pena de inconstitucionalidade¹⁸, as citadas disposições dos estatutos não podem possuir o alcance que a sua letra poderia indicar, devendo, pelo contrário, ser encaradas no quadro da extensão do território nacional também aos arquipélagos dos Açores e da Madeira¹⁹ (artigo 5.º da Constituição) e da natureza unitária do Estado (artigo 6.º da Constituição).

De resto, este é o entendimento que tem prevalecido na generalidade da doutrina nacional²⁰ e que também encontra tradução na jurisprudência constitucional²¹ e na orientação seguida pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República²², de acordo com as quais a pertença, por inerência, do domínio público marítimo ao Estado se funda na sua essencialidade para assegurar a independência e a defesa nacional do Estado [alínea a) do artigo 9.º da Constituição]²³ e na necessidade de preservar a soberania do Estado português no quadro das relações internacionais (n.º 1 do artigo 7.º da Constituição). De forma eloquente, refere-se no já aludido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 131/03, de 11 de março, que “por força do princípio da unidade do Estado e da

¹⁸ Como justamente assinalam Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 92, “interpretadas literalmente – e a menos que se esboce uma interpretação conforme à Constituição das referidas regras (...) – estas normas estatutárias afiguram-se inconstitucionais, já que – e desde logo – admitem a integração no domínio público regional de bens essenciais ao exercício de funções soberanas e, designadamente, à defesa nacional”.

¹⁹ Por isso mesmo, trata-se apenas, na feliz expressão de Paz Ferreira, “Domínio público e privado da região”, in *A autonomia como fenómeno cultural e político*, obra coletiva, Angra do Heroísmo 1987, p. 76, de bens “situados na área territorial da região”.

²⁰ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, pp. 92-93; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, pp. 1004-1005; Ana Raquel Moniz, *op. cit.*, pp. 172-173.

²¹ Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 280/90, de 23 de outubro, n.º 330/99, de 2 de junho de 1999, n.º 402/08, de 1 de julho, e n.º 654/2009, de 16 de dezembro de 2009.

²² Cfr. Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 92/88, in *Pareceres*, III, p. 573 e seguintes. e n.º 16/91, de 11 de fevereiro de 1993, publicado no *Diário da República*, II Série, de 20 de setembro de 1986, p. 13 255 e seguintes.

²³ O mesmo vale, naturalmente, para o domínio público aéreo.

obrigação que lhe incumbe de assegurar a defesa nacional (...), não é possível a transferência para os governos regionais de determinados bens, nomeadamente os que integram o domínio público marítimo, domínio público necessário do Estado. Assim sendo, os Estatutos Político-Administrativos das regiões autónomas não operaram qualquer transferência desses bens do domínio público marítimo, que continuam, assim, a ser bens do Estado”.

Donde que não se pode deixar de concluir que os bens do domínio público marítimo pertencem exclusivamente ao Estado. Naturalmente, a titularidade do Estado não preclude a possibilidade de as regiões autónomas, no exercício dos respetivos poderes legislativos próprios [alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP], virem a emitir atos legislativos de concretização de aspetos de “caráter regulamentador”, nomeadamente quanto às condições de utilização desses bens por particulares e aos respetivos títulos jurídicos necessários, porquanto a reserva de competência legislativa da Assembleia da República plasmada na alínea v) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP há de abranger apenas os elementos essenciais da dominialidade (categorias de bens, meios de aquisição e cessação e formas de exploração)²⁴.

3. Composição e titularidade do domínio público lacustre e fluvial

7. A composição do domínio público lacustre e fluvial encontra-se plasmada no artigo 5.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

O primeiro critério adotado pelo legislador para integrar certos bens no domínio público lacustre e fluvial foi o da navegabilidade ou fluviabilidade de cursos de água, lagos, lagoas, canais e valas²⁵. De todo o modo, este critério foi temperado com o da afetação de determinadas coisas à prossecução do interesse público, daí se explicando a inclusão no domínio público lacustre ou fluvial dos seguintes bens:

- a) cursos de água não navegáveis nem fluviáveis desde que localizados em terrenos públicos ou aproveitáveis para fins de utilidade pública,

²⁴ Neste sentido, v. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/08, de 1 de julho.

²⁵ Suscitando dúvidas sobre a existência de um tradicionalismo inerente aos conceitos de navegabilidade e de fluviabilidade, v. Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II, obra coletiva, Coimbra, 2008, p. 308.

como a produção de energia elétrica ou a irrigação [alínea c) do artigo 5.º];

- b) canais e valas abertas por entes públicos [alínea d) do artigo 5.º];
- c) albufeiras criadas para fins de utilidade pública, como é o caso da produção de energia elétrica ou da irrigação [alínea e) do artigo 5.º].

Acresce ainda a possibilidade de serem englobados outros bens se, por razões de natureza, se impuser a dominialidade pública, como acontece nos seguintes casos:

- a) lagos e lagoas formados pela natureza em terrenos públicos [alínea f) do artigo 5.º];
- b) lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares ou existentes dentro de um prédio particular, sempre que aqueles sejam alimentados por corrente pública [alínea g) do artigo 5.º];
- c) cursos de água não navegáveis nem fluatáveis nascidos em prédios privados, logo que transponham abandonados os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidos pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;
- d) lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares ou existentes dentro de um prédio particular, sempre que aqueles sejam alimentados por corrente pública [alínea h) do artigo 5.º].

À semelhança do que se verifica com o domínio público marítimo, também os leitos e as margens dos bens acima mencionados se integram no domínio público.

No caso dos leitos dos rios, são de assinalar os mouchões²⁶, os lodeiros²⁷ e os areais neles acumulados por deposição aluvial (n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

Quanto à fixação dos limites do leito, o legislador optou por limitá-la pela “linha que corresponder à estrema dos terrenos que as águas cobrem em situações de cheias médias, sem transbordar para o solo natural, habitualmente enxuto”, sendo “essa linha (...) definida, conforme os casos, pela aresta ou crista superior do talude marginal ou pelo alinhamento da aresta

²⁶ Os mouchões são as ilhas cultiváveis que se formam nos rios.

²⁷ Os lodeiros constituem as acumulações de lodos que emergem dos rios.

ta ou crista do talude molhado das motas, cômoros, valados, tapadas ou muros marginais” (n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

No que tange à largura das margens, a mesma tem 30 m ou 10 m, consoante se trate de águas navegáveis ou flutuáveis ou de águas que não revistam essas características, nomeadamente torrentes, barrancos e córregos de caudal descontínuo (n.º 3 e 4 do artigo 11.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

8. Ao contrário do que se verifica com o domínio público marítimo, não existe uma titularidade exclusiva do Estado em matéria de domínio público lacustre e fluvial.

Na verdade, não só se admite que nas regiões autónomas²⁸ pertencem, regra geral, a estas os bens aí situados, como, além disso, pode haver domínio público lacustre ou fluvial dos municípios e das freguesias (n.º 1 a 3 do artigo 6.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

Assim, a pertença de lagos e de lagoas ao domínio público municipal ou ao domínio público da freguesia depende da sua localização em terrenos municipais ou da freguesia, ou ainda em terrenos baldios e de logradouro comum municipais ou paroquiais.

9. De acordo com o n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, as águas particulares constituem um conceito residual, embora as regras sobre titularidade pública do domínio lacustre e fluvial não prejudiquem os direitos reconhecidos nos seguintes casos previstos no Código Civil:

a) águas originariamente públicas que tenham entrado no domínio privado até 21 de março de 1868²⁹, por pré-ocupação³⁰, doação régia ou concessão [alínea d) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil];

²⁸ O Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira é omissivo a respeito de um elenco de bens do domínio público regional. Em contrapartida, o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores coincide com o regime consagrado na Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, determinando no n.º 2 do artigo 22.º que pertencem ao domínio público da região “os lagos, as lagoas, as ribeiras e outros cursos de água, com os respetivos leitos, lagoas, ribeiras e outros cursos de água, com os respetivos leitos e margens e, bem assim, os que por lei forem reconhecidos como aproveitáveis para produção de energia elétrica ou para irrigação”.

²⁹ Derradeiro dia da vigência da legislação anterior ao Código de 1867.

³⁰ A pré-ocupação constituía um título de aquisição de qualquer água pública, que era admitido no antigo direito (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª edição, Coimbra, 1987, p. 293).

- b) águas públicas concedidas perpetuamente para regas ou melhoramentos agrícolas [alínea e) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil];
- c) águas subterrâneas existentes em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, exploradas mediante licença e destinadas a regas ou melhoramentos agrícolas [alínea f) do n.º 1 do artigo 1386.º do Código Civil]³¹;
- d) poços, galerias, canais, levadas, aquedutos, reservatórios, albufeiras e demais obras destinadas à captação, derivação ou armazenamento de águas públicas ou particulares [alínea a) do n.º 1 do artigo 1387.º do Código Civil];
- e) leito ou álveo das correntes não navegáveis nem fluviáveis que atravessam terrenos particulares [alínea b) do n.º 1 do artigo 1387.º do Código Civil].

As quatro primeiras hipóteses correspondem a situações que se encontravam tituladas anteriormente e cujos direitos adquiridos por sujeitos privados se pretende acautelar. A quinta situação possui um alcance distinto, decorrendo a natureza privada da circunstância de o leito ou álveo darem entrada em terrenos particulares, pelo que a qualificação como águas particulares não depende aqui de um título mas apenas da sua incorporação em terrenos privados.

4. Composição e titularidade do domínio público das restantes águas

10. Além das duas categorias já abordadas, existe ainda uma terceira, de carácter residual, que o legislador qualificou, precisamente por causa disso, como domínio público hídrico das restantes águas (artigo 7.º). O elenco do citado preceito legal abrange:

- a) águas nascidas e águas subterrâneas existentes em terrenos ou prédios públicos;
- b) águas nascidas em prédios privados, logo que transponham abandonadas os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde

³¹ Como bem refere Ana Raquel Moniz, *op. cit.*, p. 190, nota de rodapé 118, o preceito em causa suscita algumas dúvidas, visto que, por natureza, a licença de uso privativo do domínio público não atribui ao respetivo beneficiário o direito de propriedade sobre as coisas objeto da licença. Por isso, conclui que não são as águas subterrâneas localizadas em terrenos públicos que são águas particulares mas tão-somente as águas resultantes da exploração de tais águas subterrâneas.

foram conduzidas pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;

- c) águas pluviais que caiam em terrenos públicos ou neles corram;
- d) águas pluviais caídas em terrenos privados se transpuserem os prédios e se forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;
- e) águas das fontes públicas e dos reservatórios públicos.

No caso do domínio público hídrico das restantes águas, o critério fundamental para a inclusão das águas nesta categoria parece ser o da sua localização, o do seu atravessamento ou o do seu lançamento em outros bens do domínio público hídrico.

11. Quanto à sua titularidade, o legislador optou também por admitir que a propriedade seja repartida pelo Estado, pelas regiões autónomas, pelas autarquias locais e pelas freguesias.

Evidencia-se, de todo o modo, que nos terrenos situados nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, em princípio e salvo propriedade municipal ou da freguesia, são aquelas regiões que exercem a propriedade sobre os bens em causa (n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

Em contrapartida, os bens pertencem ao município ou à freguesia, consoante os terrenos públicos mencionados no elenco referido no número anterior couberem ao concelho e à freguesia ou forem baldios municipais ou paroquiais, assim como na eventualidade de ter cabido ao município ou à freguesia e custeio e a administração das fontes, poços ou reservatórios públicos (n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

Naturalmente, as regras relativas à titularidade pública do domínio hídrico das restantes águas não prejudicam os direitos reconhecidos a particulares nos mesmos casos previstos no Código Civil para as águas do domínio público lacustre ou fluvial (n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro).

5. Implicações da dinâmica das águas sobre a sua titularidade

12. A situação dos bens do domínio hídrico é mutável e dinâmica, nomeadamente por causa de fenómenos da natureza. Exemplos disso mesmo

são o avanço e o recuo de águas, que obrigam a equacionar a natureza dos leitos dominiais abandonados pelas águas e das parcelas privadas contíguas a leitos dominiais corroídas ou invadidas pelas águas, matéria que se encontra disciplinada nos artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

Em caso de recuo das águas, o artigo 13.º determina que “os leitos dominiais que forem abandonados pelas águas, ou lhes forem conquistados, não acrescem às parcelas privadas da margem que porventura lhes sejam contíguas, continuando integrados no domínio público se não excederem as larguras fixadas no artigo 10.º [limites do leito] e entrando automaticamente no domínio privado do Estado no caso contrário”.

Deste modo, o recuo das águas não envolve a transmissão da propriedade de uma entidade pública para um sujeito privado mas pode traduzir-se em regimes de dominialidade diferentes consoante a amplitude das larguras do leito abandonadas ou conquistadas. Isto significa que, em determinadas condições, é admissível que a área de terreno conquistada às águas seja integrada nos bens do domínio privado da Administração e, portanto, suscetível de ser objeto do comércio jurídico privado, como, de resto, é reconhecido expressamente pelo n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, a doutrina discutiu se o respetivo artigo 6.º, cujo enunciado coincide quase integralmente com o atual artigo 13.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, derogava o preceituado no n.º 1 do artigo 1328.º do Código Civil, do qual resulta que “pertence aos donos dos prédios confinantes com quaisquer correntes de água tudo o que, por ação das águas, se lhes uniu ou neles for depositado, sucessiva e impercivelmente”.

Em abono de uma resposta afirmativa à questão colocada milita o forte argumento esgrimido pela doutrina³² e pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República³³ de que os princípios que regem o estatuto dos bens do domínio público obriga a considerar que, estando esses bens integrados, por definição, na titularidade pública, seria descabido que um leito que ficasse a descoberto fosse transferido do Estado para outra pessoa (privada) de forma gratuita pela simples circunstância

³² Cfr. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 113 e seguintes.

³³ Cfr. Parecer n.º 33/1992, de 9 de julho de 1992, in *Pareceres*, IV, p. 157 e seguintes.

de ter ocorrido uma acessão natural. Esta linha de argumentação mantém-se plenamente pertinente face à disciplina legal presentemente em vigor, pelo que se deve considerar derogado o estabelecido no n.º 1 do artigo 1328.º do Código Civil³⁴.

13. Na situação inversa de avanço das águas, o legislador adotou como critério fundamental para a qualificação da natureza dos terrenos a existência ou não de corrosão das parcelas privadas contíguas a leitos (artigo 14.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro). Assim, na hipótese de ter existido corrosão, automaticamente esses bens perdem a natureza privada, integrando-se as águas automaticamente no domínio público. Caso tal não suceda as parcelas de terrenos permanecem privadas, sem embargo de o legislador habilitar a Administração a promover a expropriação por utilidade pública. Isto não significa, porém, a existência de presunção legal de utilidade pública da expropriação, devendo, em concreto, a entidade administrativa fundamentar a necessidade de apropriação pública dos bens para prossecução do interesse público.

6. Reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos

14. O reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis suscita vários problemas, que procuraremos analisar de seguida.

A matéria encontra-se presentemente regulada no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, e tem como antecedente fundamental a disciplina constante do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro³⁵.

Embora, por definição, os leitos e as margens de águas do mar ou de águas navegáveis ou fluviáveis sejam bens do domínio público, a verdade é que o legislador não poderia deixar de reconhecer os direitos adquiridos sobre esses terrenos por sujeitos privados antes da entrada em vigor do Decreto de 31 de dezembro de 1864 e do Código Civil de 1867.

³⁴ A referida derrogação tornou-se operativa a partir de 3 de fevereiro de 1972, data do início da vigência do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro.

³⁵ Assinalando a influência fundamental da doutrina da Comissão do Domínio Público Marítimo no teor do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, v. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 125.

O primeiro diploma estabeleceu, de forma pioneira, a dominialidade pública dos leitos e das margens, preceituando o respetivo artigo 2.º que são “domínio público imprescritível, os portos do mar e praias e os rios navegáveis e fluviáveis, com as suas margens, os canais e valas, os portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construíam”.

Por sua vez, o Código Civil de Seabra determinava no § 4.º do artigo 380.º que “as faces ou rampas e os capelos dos cômodos, valadas, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento erguidos artificialmente sobre a superfície do solo marginal, não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no domínio público, se à data da promulgação do Código Civil não houverem entrado nesse domínio por forma legal”. Ou seja, as arribas alcantiladas constituíam coisas públicas salvo se tivessem sido objeto de propriedade privada antes de 22 de março de 1868, data da entrada em vigor do referido marco fundamental da legislação civil portuguesa.

Atentemos agora no regime presentemente consagrado no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

O n.º 1 do artigo 15.º consagra duas inovações de monta face ao regime anterior. Por um lado, consagra-se que o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos passa a ser efetuado pelos tribunais e não pela Administração Pública. Por outro lado, estabelece-se agora um prazo para o exercício do direito de ação judicial para reconhecimento da propriedade privada (1 de janeiro de 2014), sob pena de caducidade do referido direito.

A primeira alteração afigura-se-nos positiva visto que, na verdade, o reconhecimento da propriedade privada integra a reserva de jurisdição e constitui um ato materialmente jurisdicional³⁶. Devem ser os tribunais e não a Administração a resolver, de acordo com o Direito, os conflitos concretos de composição de interesses quanto à natureza pública ou privada das coisas. Assim, sempre que os particulares pretenderem ver reconhecida a

³⁶ Na vigência do regime anterior, confrontados com o problema de o reconhecimento ser efetuado pela Administração Pública, Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 125, afirmaram que esta seria competente para o reconhecimento por se tratar de saber se uma coisa era ou não do domínio público, sem prejuízo da suscetibilidade de impugnação contenciosa desse ato. Todavia, apenas os tribunais judiciais seriam competentes para reconhecer que uma coisa pertence a um particular. Na verdade, porém, afigura-se-nos que esta distinção realizada pelos autores se revela um pouco artificial, pois o reconhecimento de que uma parcela de terreno é propriedade privada implica forçosamente a sua não sujeição a um regime de dominialidade pública.

propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos, caberá aos tribunais resolver as questões de direito que envolvam a qualificação da natureza dos bens.

A segunda modificação suscita-nos as maiores reservas e cremos, inclusive, que a mesma se mostra inconstitucional pelas razões que avançaremos de seguida.

Na verdade, constitui uma decorrência inevitável da formulação do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que, caso os sujeitos privados não intentem as ações judiciais de reconhecimento da propriedade privada até à data aí estabelecida nunca mais poderão fazê-lo, integrando-se definitivamente as parcelas de terreno em causa no domínio público hídrico.

Sendo certo que, desde o momento da entrada em vigor da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro³⁷, até 1 de janeiro de 2014, decorreram cerca de oito anos, não se anteveem razões suficientes para o estabelecimento de um prazo para o exercício do direito de ação judicial³⁸. Nem se diga que este prazo será fomentador da paz e da segurança jurídicas, uma vez que persistirão os litígios relativos ao reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos, quanto mais não seja porque o n.º 2 e 3 do artigo 15.º do referido diploma continuarão a permitir que tal aconteça desde que os particulares efetuem a prova aí prescrita.

Ora, esta solução legal ofende a garantia constitucional do direito de propriedade privada, consagrada no artigo 62.º da Constituição, e da autonomia privada, que se infere dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da propriedade privada, da liberdade de trabalho e da liberdade de empresa. A norma em concreto não pode deixar de ser encarada como uma medida legislativa expropriativa do direito de propriedade dos particulares que não exercerem o direito de ação judicial até 1 de janeiro de 2014 pois, mesmo que venham a estar em condições de proceder à prova documental depois dessa data³⁹, ficam privados do direito e nem sequer terão direito a perceber qualquer tipo de indemnização como, aliás, imporia o n.º 2 do artigo 62.º da Constituição.

³⁷ A norma constante do artigo 30.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, determinou que a sua entrada em vigor aconteceria no momento da entrada em vigor da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, o que teve lugar no dia 30 de dezembro de 2012.

³⁸ O problema não reside, pois, em determinar se o prazo de oito anos é curto ou se um prazo mais dilatado já seria suficiente para acautelar os direitos de propriedade privada dos particulares mas sim no simples estabelecimento de um prazo.

³⁹ De assinalar que a reconstituição documental de toda a história relativa a um determinado bem revela-se, em certos casos, uma árdua tarefa que requer muito tempo.

Do mesmo modo, a norma legal revela-se inconstitucional por privar os cidadãos do exercício do direito de ação judicial, violando assim o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva plasmado no artigo 20.º da Constituição. Sem se pôr em causa a possibilidade abstrata de o legislador estabelecer prazos de caducidade para a propositura de uma ação judicial⁴⁰, não se considera, no caso concreto, demonstrado o cumprimento do princípio da proporcionalidade. Na realidade, não nos deparamos aqui com um simples condicionamento ao exercício de um direito fundamental mas sim com uma verdadeira restrição, tanto mais injustificada constitucionalmente se tivermos em linha de conta que a propositura de ações para reconhecimento da propriedade não está geralmente dependente de qualquer prazo.

Por isso mesmo, a norma em apreço não pode deixar de ser encarada como uma norma restritiva dos direitos fundamentais acabados de referir e, nessa medida, colide com o preceituado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, visto que consagra uma restrição desproporcionada a dois direitos fundamentais de natureza análoga a um direito, liberdade e garantia: direito de acesso à justiça e direito de propriedade privada.

Igualmente é preterido com a solução ora consagrada o princípio do Estado de Direito democrático, na sua dimensão relativa à segurança jurídica de todos aqueles que depositaram uma confiança nas atuações dos poderes públicos, que sai gorada com a norma de caducidade do direito de ação judicial do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

A título complementar, a solução consagrada na lei afigura-se dificilmente compaginável com a inexistência de um registo das águas do domínio público e, em geral, de um registo de bens do domínio público. Com efeito, a obrigação imposta pelo legislador à Agência Portuguesa do Ambiente no sentido de organizar e de manter atualizado um registo das águas do domínio público, contendo as classificações necessárias, nomeadamente quanto à navegabilidade e flutuabilidade dos cursos de água, lagos e lagoas (n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro), ainda não foi cumprida até à data, tornando-se, por isso, particularmente complexa a prova para os particulares que pretenderem ver reconhecida a sua propriedade privada sobre certos bens.

⁴⁰ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 434.

Encerrado este breve excuro sobre os problemas de constitucionalidade que suscita a previsão do n.º 1, é agora chegado o momento de analisar cada uma das hipóteses de reconhecimento da propriedade privada, contempladas no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que são as seguintes:

1.ª) O interessado dispõe de documentos que lhe permitam provar que os terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade privada antes de 31 de dezembro de 1864 ou, tratando-se de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868 (n.º 1).

2.ª) O interessado no reconhecimento não dispõe dos documentos suscetíveis de comprovar a propriedade mas ainda assim encontra-se em condições de demonstrar que nas datas referidas no n.º 1 os terrenos estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa.

3.ª) O interessado não se encontra em condições de apresentar documentos anteriores a 1864 ou 1868, porque estes se tornaram entretanto ilegíveis ou foram destruídos por incêndio ou facto semelhante ocorrido na conservatória ou registo competente, mas consegue provar que, antes de 1 de dezembro de 1892, os terrenos eram objeto de propriedade ou posse privadas.

4.ª) O interessado consegue demonstrar que o terreno foi objeto de um ato de desafetação ou foi mantido na posse pública pelo período necessário à formação de usucapião.

Analisemos separadamente cada uma das mencionadas hipóteses.

Na primeira hipótese, a apresentação de prova documental deverá demonstrar a existência de um *título legítimo* para a integração dos terrenos na propriedade privada, o que nos remete para os modos de aquisição da propriedade enunciados no artigo 1316.º do Código Civil: contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação e acessão. No entanto, trata-se de uma enumeração exemplificativa, como resulta da utilização da fórmula “outros modos previstos na lei”.

Na segunda hipótese, os interessados no reconhecimento beneficiam de uma presunção *iuris tantum*, sem embargo dos direitos de terceiros, o que equivale a considerar que até prova em contrário a ilidir a presunção, nos termos gerais do n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil, o terreno é particular. Na situação presente, são aceites todos os meios de prova

admitidos em direito (prova documental, testemunhal, pericial, por inspeção judicial ou através de presunções) salvo, como tem sido assinalado pela doutrina⁴¹, a prova obtida por confissão, visto que esta é inadmissível se, como preceitua da alínea b) do artigo 354.º do Código Civil, recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis, como é o caso do domínio público. De assinalar ainda que não é exigível a demonstração da propriedade, bastando a simples prova da posse sobre os terrenos.

Na terceira hipótese contempla-se novamente uma presunção *iuris tantum* a favor do interessado no reconhecimento, sem prejuízo dos direitos de terceiros, sendo suficiente que se faça a prova da propriedade ou da posse antes de 1 de dezembro de 1892, data da publicação do Decreto n.º 8, que procedeu à organização dos Serviços Hidráulicos. Valem também aqui as mesmas considerações tecidas relativamente à situação anterior ao nível dos meios de prova admissíveis.

Finalmente, na quarta hipótese o legislador da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, veio acrescentar à situação de desafetação, que já resultava do regime do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, a possibilidade de reconhecimento da propriedade privada se se demonstrar que os terrenos foram mantidos na posse pública pelo período necessário à formação de usucapião. Esta hipótese corresponde a uma “válvula de escape”, encontrada pelo legislador para permitir que os eventuais interessados possam ver reconhecida a propriedade sobre os terrenos em causa, que se justifica plenamente em face da restrição resultante do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

A desafetação implica a cessação da dominialidade pública, ocorrendo esta, de acordo com a lição de Marcello Caetano, “por virtude do desaparecimento das coisas, ou em consequência do desaparecimento da utilidade pública que as coisas prestavam ou de surgir um fim de interesse geral que seja mais convenientemente preenchido noutra regime”⁴².

Acresce que a desafetação pode ser expressa ou tácita, subdividindo-se a primeira ainda em desafetação genérica (quando uma lei retira a natureza dominial a toda uma categoria de bens) e em desafetação singular (quando por lei se determina que certa coisa não possui caráter dominial ou não está afeta a uma utilidade pública)⁴³. De acordo com o artigo 19.º

⁴¹ Cfr. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, pp. 129-130.

⁴² Cfr. Marcello Caetano, *op. cit.*, p. 956.

⁴³ Adota-se aqui a classificação de Marcello Caetano, *op. cit.*, p. 956.

da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, existe uma reserva de lei em matéria de desafetação de bens do domínio público hídrico, não sendo admissível que tal operação seja promovida mediante ato administrativo.

Por outra banda, a desafetação tácita tem lugar pelo desaparecimento da utilidade pública que justifica a integração de determinada coisa na domínialidade pública, transitando a mesma para os bens do domínio privado da Administração.

A invocação da desafetação de um terreno anteriormente público e da sua passagem para o domínio privado da entidade pública respetiva implica a sujeição a um regime de direito privado e a suscetibilidade de inserção no comércio jurídico. Logo, uma vez desafetado o bem, o interessado pode procurar adquirir o bem à Administração, nos termos gerais do disposto nos artigos 77.º e seguintes do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, aprovado pela Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

No que tange à manutenção de um terreno na posse pública pelo período necessário à formação de usucapião, há que atentar, em primeira linha, na definição de posse pública constante do artigo 1262.º do Código Civil: “posse pública é a que se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados”. A demonstração de uma posse pública, isto é, daquela que é exercida à vista de todos e sem oposição, constitui um requisito obrigatório para a aquisição originária da propriedade por usucapião, após, consoante os casos, o expirar dos prazos aludidos no artigo 1294.º e 1296.º do Código Civil, acrescidos de mais metade desses prazos, conforme resulta da manutenção em vigor da Lei n.º 54, de 16 de julho de 1913⁴⁴, que determina que a usucapião, pelos particulares, de bens pertencentes ao domínio privado do Estado só se verifica com o decurso do prazo estabelecido na lei ordinária e mais metade.

Naturalmente, tendo presente a imprescritibilidade dos bens do domínio público (artigo 19.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público), que veda a aquisição desses bens por usucapião, para que um particular

⁴⁴ Existe uma abundante jurisprudência neste sentido, podendo citar-se arestos mais antigos, como o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de março de 1976, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 257, p. 159 e seguintes. ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de dezembro de 1984, proferido no Processo n.º 72 065, assim como decisões mais recentes de que são exemplos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de maio de 2011, proferido no Processo n.º 184/08.0TCLRS.L1-2, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de fevereiro de 2012, proferido no Processo n.º 358/06.8TBSRE.C2, disponíveis em www.dgsi.pt.

possa ver reconhecida judicialmente a propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos terá de proceder a uma reconstituição de todo o historial relativo à situação dos bens, provando que esses bens já eram privados antes de 31 de dezembro de 1864 ou, tratando-se de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868. Isto significa que valeram aqui os mesmos prazos definidos no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

15. Uma nota breve a respeito da solução encontrada no direito espanhol para resolver o problema dos enclaves privados nas praias e na zona marítimo-terrestre. Essa solução resulta da *Ley de Costas*, aprovada pela *Ley* n.º 22/1988, de 29 de julho que, degradando a natureza do direito dos anteriores proprietários sobre aquelas parcelas de terrenos, lhes reconheceu, porém, o direito a uma utilização privativa dos bens, por um prazo de trinta anos, prorrogável por idêntico período de tempo, com dispensa de pagamento de qualquer taxa.

Não obstante as virtualidades que a opção seguida no direito espanhol possa apresentar, dificilmente a mesma seria suscetível de acolhimento no direito português tendo em conta que, entre nós, a atribuição de poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público geralmente pressupõe o pagamento de taxas pelo benefício que o titular da licença ou o concessionário extrai da utilização privativa do bem (n.º 1 do artigo 28.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público).

16. As questões respeitantes ao reconhecimento da propriedade privada sobre bens do domínio público hídrico revelam-se complexas, valendo a pena, neste contexto, fazer referência a um caso que foi apreciado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República no Parecer n.º 10/2006, de 17 de janeiro de 2008⁴⁵. Estava em causa a edificação de uma moradia numa área delimitada da Praia de Mira – portanto num bem do domínio público –, devidamente autorizada pelo município, por tempo indeterminado, tendo uma sentença judicial considerado que o particular exerceu a posse, pacífica, pública e ininterrupta sobre a construção e, nessa medida, adquiriu a propriedade da construção da mesma.

O Conselho Consultivo considerou que a realização e a manutenção da construção no domínio público não constituía uma ocupação abusiva mas estava sujeita à utilização que a Administração, na prossecução do inte-

⁴⁵ Cfr. www.dgsi.pt.

resse público, designadamente em cumprimento das normas de ordenamento do território e de proteção da orla costeira, pretendesse dar ao local onde se encontrava a edificação. Foi admitido ainda no referido parecer que, se tal se mostrasse adequado, se admitia o recurso pelo Estado à expropriação por utilidade pública da construção, sem prejuízo do dever de indemnizar.

No essencial, a pronúncia do Conselho Consultivo suscita-nos muitas reservas, porquanto não se antevê de que modo se pode consentir no reconhecimento de um direito de propriedade sobre um bem do domínio público, constituído apenas em 1931 e, portanto, posterior a 31 de dezembro de 1864. Com efeito, não é compaginável a característica da imprescritibilidade dos bens do domínio público com a suscetibilidade de aquisição originária do direito de propriedade sobre a construção em causa.

O Conselho Consultivo procurou ainda mitigar o resultado da sua conclusão afirmando que, em face da natureza dos bens e da sua afetação à prossecução de finalidades públicas, a construção ficaria onerada por uma restrição de utilidade pública⁴⁶, decorrente da utilização que a Administração pretenda dar ao local onde foi erigida a construção, nomeadamente para concretização do interesse público plasmado em normas de ordenamento do território e de proteção da orla costeira.

Sucedo, todavia, que a referida oneração só faria sentido se se reconhecesse previamente a propriedade privada da construção. Ora, divergindo nós quanto a essa premissa fundamental, a pronúncia do Conselho Consultivo não pode merecer o nosso apoio.

17. Diferentemente se passariam as coisas se, efetivamente, existisse o reconhecimento da propriedade privada. Quando tal acontece, seria de equacionar a imposição de uma servidão administrativa, no uso do mencionado bem, ao abrigo do preceituado no artigo 21.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro. Com efeito, aí dispõe-se que “todas as parcelas privadas de leitos ou margens de águas públicas estão sujeitas às servidões estabelecidas por lei e nomeadamente a uma servidão de uso público, no interesse geral de acesso às águas e de passagem ao longo das águas da pesca, da navegação, da flutuação, quando se trate de águas

⁴⁶Exemplo de restrição de utilidade pública imposta sobre a propriedade privada constitui a previsão no artigo 25.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, das zonas adjacentes, que são as áreas contíguas às margens que como tais sejam classificadas por se encontrarem ameaçadas pelo mar ou pelas cheias.

navegáveis ou fluviáveis, e ainda da fiscalização e policiamento das águas pelas entidades competentes” (n.º 1).

A constituição desta servidão administrativa visa, pois, permitir o uso comum e geral dos terrenos adjacentes ao domínio público hídrico por todos os cidadãos, para acesso às águas ou para a prática da pesca, navegação e flutuação, assim como o exercício de poderes de polícia administrativa pelas autoridades marítimas, portuárias e hidráulicas⁴⁷.

Deste modo, a natureza privada das aludidas parcelas não prejudica a sua sujeição a um conjunto vasto de poderes da Administração Pública sobre as mesmas, nomeadamente através da imposição, por via legal⁴⁸, da referida servidão administrativa⁴⁹, que comprime o direito de propriedade privada, embora este possa vir a recuperar toda a sua amplitude se, entretanto, desaparecer a finalidade pública que justificou aquele direito real administrativo menor.

Nos casos de existência de parcelas privadas de leitos e margens de águas públicas admite-se ainda que a Administração possa expropriar as parcelas em apreço se tal se revelar instrumental para a execução de obras de limpeza e de desobstrução das águas públicas (n.º 4 e 6).

⁴⁷ Em Acórdão proferido em 14 de maio de 1996, no âmbito do Processo n.º 38310, o Supremo Tribunal Administrativo teve oportunidade de afirmar, a respeito do alcance do então n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, que corresponde sem alterações ao atual n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que a referida servidão “não pode ser instituída em benefício do proprietário dos terrenos que não possuem comunicação com a via pública, para efeito de permitir o acesso e a fruição e aproveitamento económico das instalações piscícolas neles existentes”.

⁴⁸ Como bem foi referido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 2009, proferido no âmbito do Processo n.º 9B008, “a imposição da aludida servidão de margem, inerente a todas as parcelas privadas de leitos ou margens de águas públicas, resulta da própria lei: desta decorre a automática oneração do prédio marginal ou marginante com a servidão, sem necessidade de posterior ato legislativo ou da autoridade administrativa a impô-la” (cfr. www.dgsi.pt).

⁴⁹ Esta servidão administrativa não se confunde, todavia, com a figura do direito de uso público, defendida, entre nós, por Bernardo Azevedo, *Servidão de direito público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra, 2005, p. 95 e seguintes, e retratada pelo autor como uma situação em que as “coisas pertencem, em regra, a sujeitos privados (que assumem a condição de terceiros por relação à coletividade que delas aproveita), encontrando-se os membros da comunidade utente, por sua vez, necessariamente ligados entre si por um vínculo de habitação (*universitas incolarum*)”. Exemplo deste instituto no Direito da Água seria a limitação imposta aos poderes de disposição do proprietário da fonte ou nascente por causa de um determinado interesse coletivo, que está consagrada no artigo 1392.º do Código Civil.

7. A administração do domínio público hídrico

18. À luz da regra geral estabelecida no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, só as entidades de direito público podem administrar o domínio público hídrico. A título excecional admite-se, porém, que entidades privadas possam administrar bens do domínio público hídrico com base num título de utilização emitido pela autoridade administrativa competente para o licenciamento (n.º 2 do mesmo artigo).

Uma vez que no presente estudo apenas curamos da administração do domínio público por entidades públicas, a segunda situação descrita não será aqui analisada.

19. No âmbito dos poderes de administração dos bens do domínio público hídrico pelas respetivas entidades titulares, é de admitir a possibilidade de celebração de contratos interadministrativos de cedência precária de utilização de imóveis do domínio público hídrico para utilização por outras entidades públicas⁵⁰, que se encontram regulados no artigo 23.º e 53.º a 58.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

Entre os aspetos mais relevantes do regime de administração do domínio público por entidades públicas constante do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, avultam:

- a) a onerosidade do contrato, sendo a compensação financeira a prestar determinada pelos encargos e despesas com a conservação e manutenção dos imóveis (artigo 54.º);
- b) a atribuição de competência à Direção-Geral do Tesouro e Finanças para a condução do procedimento de formação do contrato de cedência de utilização dos bens e para a fiscalização do cumprimento do contrato pelo cessionário (artigo 55.º e 57.º, respetivamente);
- c) a transferência para o cessionário das despesas com a conservação e manutenção do imóvel cedido (artigo 56.º);
- d) a obrigação de restituição e desocupação dos imóveis no fim do prazo de duração do contrato (artigo 58.º).

⁵⁰ Em geral, sobre os contratos interadministrativos de cedência de utilização de bens públicos, v. Alexandra Leitão, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, p. 294 e seguintes.

A suscetibilidade de cedências de utilização de bens do domínio público hídrico a outras entidades públicas pode constituir, caso seja devidamente explorado, um mecanismo interessante de descentralização de tarefas de gestão dos bens para entidades mais próximas dos cidadãos, como sucede com as autarquias locais.

20. No âmbito da administração de bens do domínio público hídrico do Estado sobressai a Agência Portuguesa do Ambiente, IP⁵¹, uma vez que exerce, de acordo com o n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março⁵², as funções de Autoridade Nacional da Água, isto é, constitui a entidade administrativa responsável pelo cumprimento da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, no território nacional.

O referido n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março, discrimina os poderes atribuídos à Agência Portuguesa do Ambiente, entre os quais avultam os seguintes:

- a) planeamento de recursos hídricos;
- b) promoção do uso eficiente da água;
- c) emissão de títulos de utilização dos recursos hídricos e fiscalização do cumprimento da sua aplicação;
- d) aplicação do regime económico-financeiro dos recursos hídricos;
- e) gestão de situações excecionais de seca e de cheia;
- f) promoção de meios de conciliação de conflitos entre utilizadores de recursos hídricos;
- g) Promoção da gestão integrada da zona costeira, assegurando a sua proteção e valorização.

21. Os bens integrados no domínio público hídrico estão, por regra, afetados ao interesse público do uso das águas. No entanto, como resulta do Decreto-Lei n.º 100/2008, é de admitir a possibilidade de afetação

⁵¹ A Agência Portuguesa do Ambiente sucedeu nas competências do Instituto da Água, IP e das Administrações de Região Hidrográfica, IP, do Norte, Centro, Tejo, Alentejo e Algarve [alíneas m) e p)], respetivamente, do n.º 3 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de janeiro, que aprovou a orgânica do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território].

⁵² Diploma que aprovou a orgânica da Agência Portuguesa do Ambiente, IP.

desses bens a usos alternativos, desde que compatíveis com a sua natureza, ou caso desapareça a afetação exclusiva ao interesse público do uso das águas.

Quanto aos usos compatíveis, o mencionado diploma contempla, em termos porventura excessivamente amplos e imprecisos, as condições em que tal pode ter lugar, limitando-se a prescrever a possibilidade de delegação de poderes de licenciamento e fiscalização de utilização de águas e de elaboração de planos específicos de gestão das águas, assim como da atribuição da utilização privativa sobre os bens do domínio público hídrico (n.º 1 do artigo 3.º).

Situação diversa é a da reafetação do domínio público marítimo integrado em áreas sem utilização portuária reconhecida⁵³, pretendendo-se aí melhorar a integração dessas áreas no tecido urbano envolvente, nomeadamente através da realização de operações urbanísticas que permitam a requalificação de espaços que entretanto perderam a sua utilização portuária reconhecida (artigo 5.º a 9.º).

⁵³ À luz do disposto no n.º 1 do artigo 2.º do aludido diploma podem ser “declaradas áreas sem utilização portuária reconhecida aquelas onde não se verifique o tráfego marítimo de mercadorias e passageiros, a náutica de recreio, a pesca ou a construção e reparação de embarcações, bem como atividades logísticas ou que não se integrem nos programas de ordenamento e expansão dos portos”.

A UTILIZAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO POR PARTICULARES¹

Alexandra Leitão

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Titularidade dos recursos hídricos: breve referência

Esta matéria está regulada na Constituição da República Portuguesa, na alínea a) do n.º 1 do artigo 84.º, quando determina que pertencem ao domínio público as águas territoriais com o seu leito e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e fluviáveis, com os respetivos leitos.

A Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, delimita com mais pormenor quais os recursos hídricos que integram o domínio público e aqueles que, pelo contrário, pertencem aos particulares.

Assim, nos termos do artigo 2.º, o domínio público hídrico compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e ainda o domínio público das restantes águas.

O domínio público marítimo, que inclui as águas costeiras e territoriais, as águas interiores sujeitas à influência das marés bem como os respetivos leitos, fundos marinhos e margens, pertence sempre ao Estado, de acordo com o disposto no artigo 3.º e 4.º.

Por sua vez, o domínio público lacustre e fluvial inclui cursos de água, lagos e lagoas ou canais de água navegáveis ou fluviáveis, bem como aqueles que, não sendo navegáveis ou fluviáveis, se situem em terrenos públicos ou sejam alimentados ou se lancem em águas públicas, e ainda albufeiras criadas para fins de utilidade pública (artigo 5.º).

¹ Aula lecionada no curso de pós-graduação de Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 12 de junho de 2012, atualizada após as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 130/2012, de 22 de junho, e pela Lei n.º 44/2012, de 29 de agosto.

Estes recursos são da titularidade do Estado ou das regiões autónomas, caso se localizem no território destas, exceto se estiverem integralmente situados em terrenos municipais ou das freguesias ou em terrenos baldios municipais ou paroquiais, casos em que pertencerão, respetivamente, ao município ou freguesia, nos termos do artigo 6.º.

Quanto ao domínio público das restantes águas compreende, de acordo com o disposto no artigo 7.º do mesmo diploma, águas nascidas e águas subterrâneas existentes em terrenos ou prédios públicos, águas nascidas em prédios privados mas que se lancem no mar ou em outras águas públicas, bem como águas pluviais quando caíam em terrenos públicos ou em terrenos particulares, desde que se vão lançar no mar ou em outras águas públicas, e ainda águas das fontes públicas. Estas águas pertencem ao Estado ou às regiões autónomas, ou ao município ou à freguesia, nos termos do artigo 8.º.

Os recursos hídricos pertencentes ao domínio público denominam-se “recursos dominiais”, enquanto os restantes recursos – definidos por exclusão de partes, ou seja, todos aqueles que não se integrem no domínio público – são da titularidade de particulares e designam-se “recursos patrimoniais”.

Os recursos dominiais pertencem ao domínio público natural, por contra-posição com o domínio público artificial, que é composto por bens cuja existência é devida à ação do homem².

Esta distinção não se confunde com uma outra que decorre da necessidade ou não de previsão legal e que distingue entre domínio público material e domínio público formal. O primeiro não carece de qualquer previsão legal, uma vez que está relacionado com a própria integridade territorial do Estado, enquanto o domínio público formal é-o por determinação da lei³. A esta distinção corresponde uma diferença de regi-

² Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, volume II, Coimbra, 1994, pp. 898 e 899.

³ Esta distinção é preconizada por Ana Raquel Moniz, *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2005, pp. 292 a 294. Em sentido diferente, v. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo (TCA) Sul, de 8 de setembro de 2011, proferido no Processo n.º 0267/11, in www.dgsi.pt, no qual se entende que a atribuição do caráter público dominial a um bem resulta sempre da verificação de um dos seguintes requisitos: da existência de norma legal que o inclua numa classe de coisas na categoria do domínio público; de ato que declare que certa e determinada coisa pertence a esta classe ou da afetação dessa coisa à utilidade pública, sendo que esta afetação tanto pode resultar de um ato administrativo formal (decreto ou ordem que determine a abertura, utilização ou inauguração), como de um mero facto (a inauguração) ou de uma prática consentida pela Administração em termos de manifestar a intenção de consagração ao uso público.

me jurídico, uma vez que o domínio público material tem uma disciplina jurídica mais exigente e goza de uma maior proteção do que o domínio público formal.

O domínio público hídrico é natural e decorre, em regra, de um critério material, embora existam recursos hídricos que estão integrados no domínio público apenas por determinação legal, ou seja, de acordo com um critério essencialmente formal, como é o caso do “domínio público sobre as restantes águas”, a que se refere o artigo 7.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

2. Utilização dos recursos hídricos por particulares: enquadramento geral

A utilização dos recursos hídricos pelos particulares vem regulada no Capítulo V da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro⁴, adiante designada Lei da Água, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro.

Nos artigos 56.º a 72.º, que integram aquele Capítulo, distingue-se entre a utilização de recursos hídricos particulares, a utilização comum dos recursos hídricos do domínio público e ainda a utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público.

Sendo a regra geral o “princípio da necessidade do título de utilização”, de acordo com o artigo 56.º do mesmo diploma, aquele só não será necessário quando estejam em causa atividades que não tenham um impacto significativo no estado das águas.

Por isso, o n.º 1 do artigo 62.º exige autorização prévia para a realização de certas atividades mesmo quando incidam sobre leitos, margens e águas particulares quando tenham impacto significativo nas águas, a saber: realização de construções, implantação de infraestruturas hidráulicas, captação de águas e outras atividades que alterem o estado das massas de águas.

E o n.º 2 daquele preceito sujeita a licença as atividades de rejeição de águas residuais, a imersão de resíduos, a recarga e injeção artificial em

⁴ Alterada pelos Decretos-Leis n.º 245/2099, de 29 de dezembro, e n.º 130/2012, de 22 de junho.

águas subterrâneas, a extração de inertes e a realização de aterros e escavações, exatamente devido ao grande impacto que produzem sobre as águas.

Quanto à utilização do domínio público, matéria que constitui o cerne do presente estudo, há que distinguir o uso comum, definido pela doutrina como “o modo de utilização do domínio que, sendo conforme ao destino principal da coisa pública sobre que se exerce, é declarado lícito pela lei para todos, ou para uma categoria genericamente delimitada de particulares”⁵, do uso privativo, entendido como “o modo de utilização do domínio que é consentido a alguma ou algumas pessoas determinadas, com base num título jurídico individual”⁶.

Nos termos do artigo 58.º da Lei da Água o uso e fruição comuns não estão sujeitos a título de utilização desde que sejam realizados “no respeito pela lei geral e dos condicionamentos definidos nos planos aplicáveis e não produza alteração significativa da qualidade e da quantidade da água”.

A utilização comum dos recursos hídricos do domínio público traduz-se no uso e fruição pela comunidade em geral, designadamente para recreio, estadia ou abeberamento, pelo que não está sujeita a qualquer título de utilização, mas apenas a condicionamentos decorrentes da lei e dos planos aplicáveis. Trata-se de um uso que se deve pautar pela generalidade, igualdade, liberdade e, em regra, gratuidade, sendo apenas limitado pelo princípio da tolerância mútua, segundo o qual o uso e fruição de uns não pode ser prejudicado pelo uso e fruição de outros⁷.

Assim, aplica-se a este tipo de utilização o disposto no artigo 57.º da Lei da Água, que estabelece os deveres básicos dos utilizadores, os quais se traduzem, nomeadamente, na manutenção do estado da água, evitando poluições ou contaminações, e no uso económico da água, por forma a garantir a sustentabilidade dos recursos hídricos nacionais.

O Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, distingue o “uso comum ordinário” do “uso comum extraordinário” nos artigos 25.º e 26.º O primeiro

⁵A definição é de Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra, 1978, p. 169.

⁶V. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 169.

⁷Sobre este princípio, v. Ana Raquel Moniz, *op. cit.*, pp. 448 e 449.

carateriza-se por poder “ser fruído por todos mediante condições de acesso e de uso não arbitrárias ou discriminatórias, salvo quando da sua natureza resulte o contrário”, sendo gratuito, salvo quando o “aproveitamento seja divisível e proporcione vantagem especial”, enquanto o segundo pode estar sujeito a autorização e ao pagamento de taxas visando assegurar a compatibilidade e a hierarquia dos múltiplos usos possíveis, a satisfação da necessidade de conservação do bem e a prevenção da produção ou ampliação de perigos decorrentes de um uso mais intenso⁸.

A Lei da Água não consagra esta diferença visto que só distingue o uso comum, previsto no artigo 58.º, do uso privativo, previsto nos artigos 59.º e seguintes, sendo que este último se carateriza por exigir um título jurídico-administrativo individual, que pode ser a licença ou a concessão. Ora, este título não corresponde à mera autorização a que se refere o artigo 26.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, uma vez que esta pressupõe um direito preexistente que, obviamente, não existe no caso da utilização do domínio público por particulares.

De facto, o único caso em que a Lei da Água prevê a figura da autorização prévia é para a realização de certo tipo de atividades em recursos hídricos particulares (leitos, margens e águas), nos termos do artigo 62.º, já citado.

Pelo contrário, a utilização privativa tem de ser titulada, uma vez que pressupõe que alguém obtém para si um aproveitamento maior desses recursos, em comparação com os restantes cidadãos, ou que esse uso implica uma alteração do estado desses recursos. Isso mesmo resulta do artigo 59.º da Lei da Água quando estabelece que se considera utilização privativa aquela em que “alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo”.

Por isso, a utilização privativa de recursos hídricos dominiais está dependente da obtenção de um título individual de natureza jurídico-administrativa que pode assumir a forma de licença ou de concessão. O uso privativo pressupõe exclusividade e discricionariedade na atribuição do título, e deve contribuir para a valorização económica do domínio público

⁸Verifica-se, contudo, que o uso comum extraordinário não se subsume a um tipo uniforme mas, pelo contrário, apresenta tantas modalidades quantas as situações de exceção às regras da generalidade, da liberdade e da gratuitidade, como realça Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Lisboa, 1965, pp. 108 e 109.

e para o desenvolvimento económico em geral, ao contrário do que acontece com o uso comum⁹.

Independentemente da natureza do título ao abrigo do qual se realiza a atividade, o mesmo deve assegurar o cumprimento dos princípios e das normas da Lei da Água e demais legislação complementar, em especial o Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio¹⁰, o respeito pelo plano de gestão de bacia hidrográfica aplicável e pelos instrumentos de gestão territorial, o cumprimento das normas de qualidade e das normas de descarga e a concessão de prevalência ao uso considerado prioritário, ao abrigo do artigo 64.º da Lei da Água.

Este preceito determina que a captação de água para abastecimento público tem prioridade face aos demais usos e, em igualdade de situações, prevalece o uso mais equilibrado, racional e sustentável, o que concede alguma discricionariedade à Administração na apreciação destas situações.

Nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, os títulos de utilização privativa do domínio público conferem aos seus beneficiários o direito de utilização exclusiva dos recursos, a realização de obras e construções, se o título as incluir, sem prejuízo da necessidade de obtenção das licenças que sejam devidas de acordo com a lei (n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma).

Os utentes de uso privativo gozam ainda do direito de exigir às autoridades que adotem as providências necessárias para fazer cessar qualquer perturbação do seu direito por terceiro (artigos 2.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio) sem prejuízo, obviamente, de os próprios titulares do direito poderem ser sancionados se incorrerem numa utilização abusiva do domínio público hídrico.

3. Aspetos comuns ao regime jurídico dos diferentes títulos de utilização dos recursos hídricos por particulares

Recapitulando, existem três títulos de utilização dos recursos hídricos: autorização, licença e concessão. Cumpre referir, em primeiro lugar, os

⁹ Neste sentido, v. Ana Raquel Moniz, *op. cit.*, pP. 455 e 456.

¹⁰ Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 391-A/2007, de 21 de dezembro, n.º 93/2008, de 4 de junho, n.º 107/2009, de 15 de maio, n.º 245/2009, de 22 de setembro, e n.º 82/2010, de 2 de julho, e pela Lei n.º 44/2012, de 29 de agosto.

aspectos comuns a todos estes títulos para, seguidamente, se proceder à análise dos regimes jurídicos respetivos.

Os procedimentos de atribuição de cada um destes títulos são regulados, genericamente, pela Lei da Água e, em termos mais pormenorizados, pela legislação complementar referida no artigo 56.º daquele diploma e que veio a ser aprovada pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, já citado *supra*.

De acordo com esta legislação, são aspetos comuns a todos os títulos de utilização de recursos hídricos:

- i. a garantia de que os mesmos assegurem o cumprimento dos princípios e normas da legislação aplicável e dos planos, quer sejam planos de bacia hidrográfica, quer instrumentos de gestão territorial (artigo 63.º da Lei da Água);
- ii. o respeito pela ordem de preferência dos usos consagrado no artigo 64.º da Lei da Água;
- iii. a existência de casos sujeitos a legislação especial, nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 71.º da Lei da Água¹¹;
- iv. a verificação das circunstâncias referidas no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio¹²;
- v. a admissibilidade de os interessados solicitarem um pedido de informação prévia sobre a possibilidade de utilização dos recursos hídricos (artigo 65.º da Lei da Água e artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);
- vi. a forma de apresentação dos requerimentos que dão início ao procedimento (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);

¹¹ Quando se trate de utilizações passíveis de causar impacto transfronteiriço, é aplicável a Convenção para a Proteção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas, que implica consulta às entidades competentes do Reino de Espanha; quando a atividade a desenvolver estiver sujeita a licenciamento ambiental, a emissão do título de utilização deve ser apreciada no procedimento de licença ambiental, fazendo parte integrante da mesma; e quando as utilizações estejam sujeitas a avaliação de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável, este deve ser promovido antes da emissão da licença ou da celebração do contrato de concessão.

¹² A saber: inexistência de outros usos efetivos ou potenciais dos recursos hídricos reconhecidos como prioritários e não compatíveis com o pedido; possibilidade de compatibilizar a utilização com direitos preexistentes; observância dos requisitos aplicáveis à captação de águas subterrâneas em função do destino das mesmas e inexistência de pareceres vinculativos desfavoráveis.

- vii. a definição das consultas exigíveis em cada caso concreto, em função do tipo de uso e procedimento a adotar para a sua obtenção (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);
- viii. a competência atribuída, nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, às Administrações das Regiões Hidrográficas¹³, que pertence, atualmente, à Agência Portuguesa do Ambiente, IP (APA), criada pelo Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março, e que, nos termos do artigo 15.º deste diploma, sucedeu àquelas Administrações;
- ix. a possibilidade de aquela competência ser delegada, inclusivamente nas associações de utilizadores do domínio público hídrico e nas associações de municípios (artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

Alguns destes aspetos merecem uma análise mais pormenorizada.

Em primeiro lugar, quanto ao pedido de informação prévia o artigo 65.º da Lei da Água estabelece a regra de que a informação não constitui direitos ou interesses legalmente protegidos na esfera do requerente, admitindo, contudo, que a legislação complementar o admita. Ora, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, determina que a informação prévia vincula a entidade competente desde que o pedido de emissão do título seja apresentado no prazo de um ano a contar da sua notificação, mas “sem prejuízo dos condicionalismos resultantes quer do respeito pelas regras do concurso, quer das decisões ou pareceres, dotados de carácter vinculativo, emitidos posteriormente no âmbito do licenciamento” (n.º 1 do artigo 11.º, *in fine*).

Desta norma retira-se que a informação prévia favorável não constitui direitos ou interesses legítimos na esfera jurídica do requerente¹⁴, uma vez

¹³ A Lei da Água previa, no seu artigo 9.º, a criação destas entidades, sendo que até à sua efetiva constituição, através do Decreto-Lei n.º 208/2007, de 29 de maio, as suas atribuições e competências estiveram cometidas às Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, nos termos do n.º 1 do artigo 103.º da Lei da Água, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 130/2012, de 22 de junho.

¹⁴ Ao contrário do que sucede com a informação prévia favorável prevista no Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, dado que, neste caso, “[O] conteúdo da informação prévia aprovada vincula as entidades competentes na decisão sobre um eventual pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística a que respeita, desde que tal pedido seja apresentado no prazo de um ano a contar da data da notificação da mesma ao requerente” (cfr. o n.º 1 do artigo 17.º do RJUE).

que a obtenção do título está sempre dependente do resultado do procedimento concursal, quando haja lugar ao mesmo – o que acontece nos casos do artigo 21.º para as licenças, e do artigo 24.º para as concessões –, e do sentido dos pareceres vinculativos.

Por outras palavras: o alcance da informação prévia parece ser apenas o de vincular a Administração a admitir aquele uso privativo, em abstrato, não impondo, contudo, que o beneficiário do mesmo seja o requerente do pedido de informação prévia, mas sim quem vier a ser o escolhido mediante o procedimento concursal. Poderia equacionar-se, em moldes que se analisarão *infra*, se o particular que obtém uma informação prévia favorável não deveria beneficiar de um direito de preferência em termos semelhantes aos que constam do n.º 5 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Em segundo lugar, relativamente à forma de apresentação dos requerimentos que dão início ao procedimento, nos termos do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, salientaria a possibilidade de realização de uma conferência instrutória para reunir todos os interessados no procedimento¹⁵.

O indeferimento liminar referido no n.º 7 do artigo 14.º, quando o interessado não junte os elementos solicitados pela Administração, está na linha do que resulta do regime geral do Código do Procedimento Administrativo¹⁶, designadamente do artigo 91.º, embora deva ser temperado pelo princípio do inquisitório, no sentido de não dispensar a Administração de procurar averiguar os factos, desde que tal seja possível, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º, *in fine*, do Código do Procedimento Administrativo.

Ainda no que se refere ao procedimento de atribuição dos títulos, afigura-se correta a solução de considerar favoráveis os pareceres obrigatórios e vinculativos que não sejam emitidos no prazo de 45 dias a contar da data da sua promoção, de acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio. Esta solução permite ultrapassar o impasse que resultaria da não emissão de um parecer obrigatório e vinculativo, ao contrário do que acontece com o Código do Procedimento Administrativo que, ao admitir apenas o prosseguimento do pro-

¹⁵Sobre as vantagens e o funcionamento destas conferências, v. Alexandra Leitão, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, 2011, p. 238 e seguintes.

¹⁶Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 32 de janeiro.

cedimento se o parecer não for emitido tempestivamente quando este seja obrigatório mas não vinculativo (n.º 3 do artigo 99.º), parece obrigar à paralisação do procedimento se, pelo contrário, o parecer em falta for obrigatório e vinculativo. Também se admite, no n.º 6 do artigo 15.º, a realização de uma conferência de serviços.

Uma nota final a propósito da possibilidade de, nos termos do artigo 70.º da Lei da Água, serem criadas associações de utilizadores do domínio público, que assumem a natureza de pessoas coletivas de direito privado, e às quais os associados podem conferir mandato para a gestão em comum das atividades realizadas ao abrigo quer de uma licença, quer de uma concessão. Os n.ºs 3 e 4 do artigo 70.º permitem que parte das receitas resultantes da cobrança das taxas pela utilização desses recursos seja afetada às associações de utilizadores, podendo ainda ser concedidos direitos de preferência às associações já constituídas na atribuição de novas licenças e concessões.

É particularmente interessante o facto de a Administração poder delegar nestas associações competências públicas de gestão das águas abrangidas pelos títulos de utilização geridos por cada associação, o que constitui uma inovadora forma de exercício de funções públicas por particulares¹⁷.

A habilitação para esta delegação consta do n.º 5 do artigo 70.º da Lei da Água mas foi, de alguma forma, limitada pelo n.º 4 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, no sentido de se admitir a delegação apenas quando essas associações demonstrem, comprovadamente, capacidade de gestão dos respetivos títulos, nomeadamente pelo respeito dos objetivos de qualidade e da utilização economicamente sustentada da água. O preceito careceria, no entanto, de maior densificação, visto que concede à Administração uma excessiva margem de liberdade na ponderação desta “capacidade” das associações, que não pode deixar, no entanto, de ser balizada pelos princípios da igualdade e da imparcialidade.

Analizados, ainda que de forma sumária, os aspetos comuns a todos os títulos jurídicos que habilitam a utilização privativa de recursos hídricos, cumpre agora proceder a uma análise mais pormenorizada do regime jurídico específico de cada um deles.

¹⁷Sobre esta matéria, v. Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005 e, especialmente, no âmbito do Direito do Urbanismo, João Miranda, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, no prelo.

4. Regime jurídico da autorização prévia para utilização de recursos hídricos

O n.º 1 do artigo 62.º da Lei da Água, já mencionado *supra*, submete ao regime de autorização certas atividades realizadas em leitos, margens ou águas particulares, sem prejuízo de haver também atividades que, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, carecem até de licença, apesar de serem realizadas em recursos privados.

Em contrapartida, o plano de gestão de bacia hidrográfica pode, em concreto, dispensar essa autorização ou substituí-la por uma mera comunicação às entidades fiscalizadoras (n.º 3), o mesmo acontecendo se se tratar de captação de águas abaixo do montante definido no n.º 4 do mesmo preceito.

A Lei da Água contém uma única disposição sobre o regime destas autorizações, que corresponde ao artigo 66.º, e no qual se estabelece que o pedido de autorização se considera deferido se não for comunicada qualquer decisão no prazo de dois meses, “desde que não se verifique qualquer dos pressupostos que impusesse o indeferimento”.

Esta norma coloca diversos problemas.

Em primeiro lugar, os pressupostos do indeferimento não constam da Lei da Água, remetendo-se para a legislação complementar. Contudo, os artigos 16.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, não definem estes pressupostos, colocando-se assim um problema de eventual inconstitucionalidade de ambos os diplomas legais por violação da reserva de lei, na vertente de reserva de densificação normativa¹⁸.

Por outro lado, e mesmo que esses pressupostos estivessem densificados, sempre se suscitaria a questão de saber a quem competiria aferir da sua verificação. É que essa competência não pode deixar de estar cometida à mesma Administração que, em clara violação do dever de decisão, nada respondeu à pretensão do particular.

Por outras palavras: será exigível ao próprio particular fazer essa apreciação e considerar, por isso, que o deferimento tácito não ocorreu?

¹⁸ V. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Lisboa, 2004, p. 174 e 175.

Tão-pouco este problema é resolvido pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, cujo artigo 17.º se limita a repetir o que consta do n.º 1 do artigo 66.º da Lei da Água, excepcionando apenas a captação de água para consumo humano da regra do deferimento tácito.

Refira-se que, nestes casos, sendo os requerentes proprietários dos recursos que pretendem utilizar, o direito de utilização preexiste na sua esfera jurídica, ínsito no direito de propriedade, pelo que se justifica, na linha do disposto no artigo 108.º do Código do Procedimento Administrativo, que a solução seja o deferimento tácito.

Finalmente, o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, prevê a “emissão de uma autorização”, ou seja, um documento certificativo da autorização concedida, no prazo de 15 dias a contar da decisão final.

Ora, em caso de deferimento tácito, a emissão deste documento pode revelar-se problemática, atendendo a que não houve uma manifestação expressa de vontade da Administração, aplicando-se as regras sobre execução das sentenças nos tribunais administrativos, com base nos n.ºs 3 e 4 do artigo 157.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro¹⁹.

No que respeita à substituição da autorização por uma mera comunicação prévia, o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, limita-se a repetir o que consta do n.º 3 e 4 do artigo 62.º da Lei da Água, especificando em que situações essa substituição pode ocorrer mas nada acrescentando quanto ao regime da comunicação prévia.

Justificam-se, por isso, umas breves notas sobre esta figura, desenvolvida no Direito do Urbanismo.

A comunicação prévia não se confunde nem com a autorização – que confere à Administração um controlo preventivo –, nem com a mera notificação, que apenas reserva à Administração um controlo sucessivo²⁰. Pelo contrário, a comunicação prévia encontra-se a meio caminho entre estas duas situações, visto que, após a mesma ocorrer, a Administração tem o poder de se opor ao início da atividade²¹.

¹⁹ Salientando que este preceito pode mesmo substituir, por desnecessidade, a legislação específica que prevê processos especiais de intimação, v. Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, p. 785.

²⁰ Cfr. João Miranda, *op. cit.*, p. 475.

²¹ *Idem*.

Por isso mesmo, o procedimento de comunicação prévia só faz sentido se se estabelecer um prazo entre o momento da comunicação prévia e o início da atividade durante o qual a Administração possui uma “reserva de reação” no sentido de proibir o particular de realizar essa atividade.

Ora, nada disso consta do regime jurídico consagrado nos artigos 16.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, o que leva a crer que, eventualmente, o legislador se refere a uma mera declaração, informação ou notificação às entidades competentes.

Finalmente, ainda quanto a esta matéria, refira-se que na comunicação prévia o particular é chamado a fazer um autocontrolo da sua própria atividade, impondo o completo e correto conhecimento das regras aplicáveis²², o que não acontece no caso vertente visto que os pressupostos que determinam o indeferimento não estão densificados na legislação em apreço.

Faltam, assim, dois elementos essenciais para que a figura possa ter operatividade prática.

5. Regime jurídico da licença de utilização do domínio público hídrico por particulares

5.1. Procedimento de atribuição da licença

O n.º 1 do artigo 60.º da Lei da Água determina que estão sujeitas a licença as utilizações privativas do domínio público que consistam nas seguintes atividades:

- a) captação de águas;
- b) rejeição de águas residuais;
- c) imersão de resíduos;
- d) ocupação temporária para construção de instalações ou infraestruturas hidráulicas ou a sua implantação;
- e) recarga de praias e assoreamentos artificiais, bem como a recarga ou injeção artificial em águas subterrâneas;

²² V. João Mirandda, *op. cit.*, p. 482.

- f) realização de competições desportivas;
- g) instalação de culturas biogenéticas e marinhas;
- h) sementeira, plantação e corte de árvores;
- i) outras atividades que impliquem maior aproveitamento dos recursos ou alteração do seu estado e não estejam sujeitas a concessão;
- j) extração de inertes;
- k) outras atividades que ponham em causa o estado dos recursos hídricos do domínio público e venham a ser condicionadas em instrumentos de gestão territorial ou planos de bacia hidrográfica.

A extração de inertes está sujeita a licença, mas a atribuição desta está limitada às situações em que tal seja uma medida necessária ou conveniente à gestão das águas ao abrigo de um plano específico ou de medidas de conservação e reabilitação, de acordo com o disposto no n.º 3 do mesmo artigo 60.º.

A estas atividades acrescem a realização de trabalhos de pesquisa e de construção para captação de águas subterrâneas, bem como a produção de energia elétrica a partir das ondas do mar, desde que a potência instalada não ultrapasse os 25 MW, nos termos do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

No caso de parte da atividade estar sujeita a concessão, esta última prevalece sobre a licença, aplicando-se o regime da concessão a toda a atividade (n.º 2 do artigo 60.º da Lei da Água).

O procedimento a adotar para a atribuição desta licença não está regulado na Lei da Água, remetendo-se esta matéria para diplomas legais complementares a aprovar nos termos do artigo 56.º daquele diploma.

O diploma relativo à utilização dos recursos hídricos, que regulamenta a Lei da Água nesta matéria, é o já citado Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que revogou o Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de fevereiro²³, mais concretamente os seus artigos 19.º a 22.º, que respeitam às licenças.

²³ Este diploma manteve-se em vigor após a aprovação da Lei da Água por força do n.º 2 do artigo 98.º desta Lei, que determinou que o mesmo se mantivesse vigente até à aprovação da nova legislação complementar, o que só veio a ocorrer em 2007.

O artigo 20.º determina que a entidade competente – atualmente, a Agência Portuguesa do Ambiente, IP – deve apreciar o pedido no prazo de 45 dias a contar do termo da fase de consultas previsto no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio. Trata-se, obviamente, de um prazo procedimental, que se suspende em dias não úteis, e ao qual se aplica na sua contagem o artigo 72.º do Código do Procedimento Administrativo. Este procedimento não contém qualquer outra referência específica, sendo aplicáveis os artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que determinam o modo de apresentação dos requerimentos e o procedimento de consultas, contendo ainda regras quanto à instrução do procedimento.

Como as licenças de uso privativo do domínio público conferem um direito ao particular não preexistente na sua esfera jurídica, deve considerar-se que o silêncio da Administração não vale como deferimento tácito, nos termos do artigo 108.º do Código do Procedimento Administrativo²⁴, facultando apenas a abertura da via contenciosa para a condenação à prática de ato administrativo devido, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 67.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

No caso das utilizações previstas no artigo 21.º a atribuição da licença depende de concurso, sendo que, nessa situação, se distinguem dois tipos de concursos: os que são da iniciativa da própria Administração e os que surgem na sequência do pedido de um particular.

Refira-se que, mesmo havendo um pedido inicial de um particular, a Administração pode optar por lançar um procedimento de iniciativa pública, regido pelo n.º 3 do artigo 21.º, e não um procedimento de iniciativa do particular, regulado pelo n.º 4 do mesmo preceito, uma vez que se trata de uma opção discricionária da Administração²⁵.

Efetivamente, resulta claro da alínea b) do n.º 4 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de junho, que o facto de a Administração pretender atribuir a licença por via de iniciativa pública afasta o concurso da inicia-

²⁴ Esta solução é, aliás, corroborada a *contrario* pelo facto de a Lei da Água determinar, no n.º 1 do artigo 66.º, que para as autorizações (que são exigidas para a utilização de recursos hídricos particulares, nos termos do artigo 62.º) vale a regra do deferimento tácito. É que, neste caso, o direito de utilização dos recursos preexiste na esfera jurídica do particular exatamente porque os recursos são próprios, ao contrário do que acontece com o domínio público.

²⁵ V., neste sentido, o Acórdão do TCA Sul, de 29 de setembro de 2011, proferido no Processo n.º 0465/11/A, in www.dgsi.pt.

tiva do particular e, conseqüentemente, o direito de preferência de que esse primeiro requerente gozaria, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito.

A opção por abrir um concurso de iniciativa pública tem de ser notificada ao requerente inicial, mas o Tribunal Central Administrativo Sul já entendeu que a ausência dessa notificação, “podendo consubstanciar uma irregularidade no contexto em causa, só por si não se afigura ter relevância invalidante do procedimento concursal que se lhe seguiu por iniciativa da entidade competente”²⁶.

Nesta linha, o mesmo Tribunal afirmou também que “o ato propulsivo do procedimento e o ato de abertura (ou instauração) do procedimento são atos jurídicos distintos e, por isso, com efeitos jurídicos também distintos, questão que normalmente não se levanta nos procedimentos administrativos mas, segundo nos parece, tem implicações neste domínio do licenciamento de uso privativo do domínio público hídrico”, designadamente porque não pode “ser associado ao requerimento do particular o efeito jurídico de abertura ou instauração do procedimento sem que haja pronúncia (ato) administrativa positiva expressa nesse sentido”²⁷.

Nos concursos de iniciativa pública, determina o n.º 4 do artigo 21.º que a Administração deve publicitar no *Diário da República* a sua intenção de licenciar uma atividade e os critérios de escolha, convidando os interessados a apresentar propostas no prazo de 30 dias. Depois da receção das propostas e da ordenação dos concorrentes, o candidato selecionado em primeiro lugar deve iniciar o procedimento de licenciamento referido no artigo 20.º. Se este não o fizer ou se o pedido for indeferido, é convidado o segundo classificado no concurso, e assim sucessivamente enquanto não se esgotar o prazo de validade do mesmo [alíneas a), b), c), d) e e) do n.º 4 do artigo 21.º].

Isto significa que o resultado do concurso não implica, necessariamente, que o concorrente melhor classificado obtenha a licença, o que causa alguma perplexidade atendendo a que os critérios constantes do anúncio para proceder a essa escolha não podem deixar de ter em conta os mesmos aspetos que serão, em princípio, ponderados no procedimento de licenciamento. Ainda assim, é sempre possível admitir algumas circunstâncias – porventura algo anómalas – que motivam esse desfasamento entre as duas situações.

²⁶ *Idem*.

²⁷ V. o Acórdão do TCA Sul de 4 de novembro de 2011, já citado.

Quando o concurso é lançado na sequência do pedido de um particular, a entidade competente tem, antes de mais, de verificar se existem causas que impeçam a abertura do concurso, designadamente por impossibilidade de licenciamento daquela atividade nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, por inoportunidade ou inconveniência ou por a Administração querer lançar um concurso de iniciativa pública. Só se tal não se verificar é que o procedimento concursal é lançado, através da afixação de editais durante o prazo de 30 dias, para que outros interessados possam igualmente concorrer [alíneas a) e b) do n.º 5 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio].

Se não houver outros concorrentes, o requerente inicial deve iniciar o procedimento de acordo com o artigo 20.º; se, pelo contrário, aparecerem outros interessados, segue-se a tramitação do concurso de iniciativa pública [alíneas c) e d) do n.º 5 do mesmo artigo 21.º].

Contudo, mesmo que haja outros concorrentes, o primeiro requerente goza de um direito de preferência desde que informe a Administração, no prazo de dez dias a contar da notificação da escolha da proposta, que aceita sujeitar-se às condições da proposta selecionada, de acordo com o n.º 6 do artigo 21.º, mas para tal deve ter apresentado a sua proposta a concurso²⁸. Se o requerente for o anterior titular da licença ou, mesmo que não seja, este pretenda continuar a utilizar o recurso hídrico em causa e o tenha manifestado um ano antes do termo do título de que beneficia, então goza também do direito de preferência desde que aceite as condições da proposta selecionada (n.º 8 do artigo 21.º)²⁹.

Isto significa que, ao contrário do primeiro requerente, o anterior proprietário tem direito de preferência tanto no procedimento de iniciativa particular como no de iniciativa pública desde que tenha manifestado o interesse na continuação da utilização um ano antes do termo do respetivo título. Isto mesmo foi afirmado pelo Tribunal Central Administrativo Sul, acrescentando que “[O] anterior proprietário tem, assim, o ónus de manifestar o seu interesse na continuação da utilização

²⁸ Neste sentido, v. o Acórdão do TCA Sul de 29 de setembro de 2011, já citado (“significa ainda que, num contexto de iniciativa privada, o primeiro requerente deve estar, naturalmente face àquele regime, incluído no procedimento concursal iniciado nos termos da alínea e) do n.º 4 do artigo 21.º”).

²⁹ Admite-se até, no n.º 8 do mesmo artigo, que a licença seja prorrogada até ao termo do concurso, para permitir ao anterior detentor o exercício do seu direito de preferência, desde que a prorrogação não exceda o prazo máximo de dois anos.

dentro do prazo estabelecido no citado n.º 7 do artigo 21.º, sob cominação de perda da vantagem legal prevista na norma – deverá acioná-lo em sede procedimental no prazo de dez dias após a adjudicação do procedimento concursal previsto no n.º 3 ou no n.º 4, isto é, de iniciativa pública ou resultante de pedido apresentado pelo particular”³⁰.

Por isso, o particular que detém o direito de preferência tem de ser notificado do ato de adjudicação para, com base na proposta selecionada, poder exercer aquele direito no prazo de dez dias. No acórdão acima citado, o Tribunal Central Administrativo entendeu que este prazo “funciona para a entidade administrativa como período impeditivo da efetivação da adjudicação, uma espécie de *stand-still clause* do Código dos Contratos Públicos aplicada a este domínio”³¹. Contudo, em rigor, esta “cláusula de *stand still*” não impede a efetivação da adjudicação, mas sim a emissão da licença ou a celebração do contrato de concessão, consoante o título que esteja em causa, na medida em que a adjudicação se efetiva com a escolha da proposta que, mesmo que o anterior proprietário exerça o direito de preferência, será sempre a que vai definir as condições da utilização. Aliás, a noção legal de adjudicação constante do n.º 1 do artigo 73.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro³², é o “ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas” – e não o concorrente.

O direito de preferência é plenamente justificado em favor do anterior detentor da licença, quer este seja ou não o requerente que motivou a abertura do concurso, bem como em benefício do requerente inicial que tenha obtido uma informação prévia favorável. Já não me parece justificar-se, salvo melhor opinião, quando o requerente inicial não tenha obtido essa informação, visto que a circunstância de ter sido o “desencadeador” da abertura do concurso não o coloca numa situação qualificada relativamente aos restantes concorrentes, pelo menos se concorrer com um outro particular que tenha obtido uma informação prévia favorável.

³⁰ Cfr. o Acórdão de 4 de novembro de 2011, proferido no Processo n.º 06349/10, in www.dgsi.pt.

³¹ *Idem*.

³² Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 34/2009, de 6 de fevereiro, n.º 223/2009, de 11 de setembro, n.º 278/2009, de 2 de outubro, e n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

Imagine-se, inclusivamente, que o particular que obteve uma informação prévia favorável não é o requerente inicial (porque outra pessoa se antecipou, por exemplo, na formulação deste pedido, mas ainda dentro do ano a que se refere o n.º 4 do artigo 11.º). Neste caso a lei tutela mais o segundo do que o primeiro, o que não se afigura justificável.

Em qualquer caso, a consagração de um direito de preferência não põe em causa o princípio da concorrência, uma vez que o seu detentor só prefere se aceitar a proposta selecionada. Por outras palavras, quem exerce o direito de preferência vai ficar adstrito à proposta de outrem e tem de desenvolver a sua atividade nos termos dessa proposta e não da sua proposta inicial. Esta regra acaba por garantir o respeito pela concorrência, na medida em que assegura a manutenção da proposta escolhida. Também aqui releva a definição de adjudicação constante do artigo 73.º do Código dos Contratos Públicos, já citado.

Refira-se, finalmente, que o Código dos Contratos Públicos, mais concretamente a Parte II, é aplicável supletivamente a estes procedimentos concursais, naturalmente com muitas adaptações, por força do disposto no n.º 3 do artigo 1.º, que determina a aplicação do mesmo à “atribuição unilateral pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público”³³.

O n.º 4 do artigo 67.º da Lei da Água estabelece que pela obtenção da licença é devido o pagamento de uma taxa, cuja exigência decorre do princípio da equitativa repartição dos encargos públicos, e de uma caução adequada a assegurar o cumprimento dos fins e limites impostos na licença. Por sua vez, o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, relativo à emissão do título de utilização – que é exatamente a licença –, admite a dispensa de caução para recuperação ambiental consoante o tipo de utilização pretendida e desde que esta não cause impacto significativo nos recursos hídricos. Esta menção ao “impacto significativo” tem um alcance algo equívoco, uma vez que se a atividade não tivesse esse impacto não estaria sequer sujeita a um título de uso privativo e integrar-se-ia no uso comum, nos termos do artigo 56.º da Lei

³³ Esta afirmação poderia contender com o facto de, aparentemente, o Código dos Contratos Públicos excluir do seu âmbito objetivo de aplicação todos os contratos sobre bens imóveis, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º, mas o alcance exato dessa exclusão será analisado *infra* no ponto VI.

da Água. O legislador deveria, por isso, ter utilizado uma expressão diferente, que não gerasse equívocos.

Refira-se, finalmente, que, apesar de nenhum dos diplomas esclarecer este aspeto, é jurisprudência constante do Supremo Tribunal Administrativo que a obtenção destas licenças não dispensa o particular do ónus de obter outras licenças exigidas por lei, por exemplo o licenciamento municipal da construção³⁴.

5.2. Regime da transmissão, revisão e extinção da licença

Uma das vicissitudes que pode afetar as licenças de utilização do domínio público hídrico é a sua transmissão, transação e cedência temporária, nos termos do artigo 72.º da Lei da Água e dos artigos 26.º e 27.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

No artigo 72.º distinguem-se duas situações:

- no n.º 1 e 2 consagra-se a transmissão do título como elemento de uma exploração agrícola ou de um estabelecimento industrial ou comercial ou quando ocorra transmissão de participações sociais que assegure o domínio da sociedade detentora do título, bastando, nesses casos, uma comunicação com antecedência mínima de 30 dias à autoridade competente para o licenciamento, desde que se mantenham os requisitos que presidiram à sua atribuição;
- no n.º 3 prevê-se a transmissão autónoma e isolada do título, sendo que a mesma só é eficaz se for requerida a respetiva autorização com antecedência de 30 dias e esta for concedida pela entidade competente para a emissão do título, antecipadamente ou não. Neste último caso, a solução legal parece implicar que a transmissão fica sujeita a uma condição suspensiva de eficácia até a autorização ser concedida.

Refira-se, em primeiro lugar, que o n.º 1 menciona a “autoridade competente para o licenciamento” e o n.º 3 a “entidade competente para a emissão do título”, o que permitiria supor que os n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º apenas se aplicam às licenças e não às concessões. É que, sendo estas tituladas por contrato, aplicam-se, salvo melhor opinião, as regras da

³⁴ V. os Acórdãos do STA, de 27 de fevereiro de 2002 e de 21 de janeiro de 2003, proferidos, respetivamente, nos Processos n.º 47405 e n.º 47401, in *www.dgsi.pt*.

cessão da posição contratual (artigos 316.º a 324.º do Código dos Contratos Públicos pelo que o concedente tem sempre de dar autorização. É matéria que será desenvolvida *infra* na Parte 6.

Contudo, o artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, veio apontar uma solução diversa.

De facto, o n.º 1 deste preceito esclarece que as situações do n.º 1, 2 e 3 do artigo 72.º da Lei da Água se aplicam a todos os títulos de utilização, mantendo, embora de forma não inteiramente clara, a solução constante daquele preceito.

Isto significa que parece continuar a bastar a mera comunicação nos casos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º, uma vez que nada é dito quanto a isso, e que no caso do n.º 3 a autorização (que deve ser pedida com 30 dias de antecedência nos termos daquele preceito da Lei da Água) é emitida pela autoridade competente 15 dias após a apresentação do respetivo requerimento (n.º 3 do artigo 26.º).

Este regime é completado com o n.º 5 do artigo 26.º, que comina com nulidade a violação do disposto no n.º 1, ou seja, a transmissão sem que se mantenham os requisitos que presidiram à atribuição do título.

O normativo não esclarece, por isso, qual a consequência para a transmissão referida no n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água se a autorização para a mesma não for concedida, já que a nulidade é apenas para os casos de violação do n.º 1 do artigo 26.º e não do n.º 3 do mesmo preceito.

Na vigência da legislação anterior, a sanção para a transmissão sem autorização era a nulidade do ato de transmissão³⁵.

No silêncio da norma atualmente em vigor, a solução parece ser a seguinte:

- i. para a transmissão no contexto do estabelecimento agrícola, industrial ou comercial ou das participações sociais, basta a mera comunicação, sem prejuízo da nulidade se os requisitos que fundamentaram a atribuição do título não se mantiverem (n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º da Lei da Água e n.ºs 1 e 5 do artigo 26.º, do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);

³⁵ Solução que foi defendida, na vigência desse diploma e em geral, por Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 212.

- ii. para a transmissão isolada há necessidade de autorização sob pena de ineficácia, mesmo que os requisitos que fundamentaram a atribuição do título se mantenham (n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água e n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);
- iii. a transmissão isolada que não cumpra os requisitos iniciais de atribuição do título é nula (n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água e n.ºs 1 e 5 do artigo 26.º Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

A transmissão *mortis causa* é admitida automaticamente, no n.º 2 do artigo 26.º, mas a Administração pode declarar a caducidade do título se se verificar que não subsistem as condições necessárias à sua emissão ou que o novo titular não oferece garantias de observância dessas condições.

Refira-se ainda que as obras construídas e as instalações fixas que se situem em terreno do domínio público cujo título de utilização seja objeto de transmissão também são transmitidos, visto que são indissociáveis do domínio público e necessários à atividade realizada.

O Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, distingue a transmissão, cujo regime se analisou *supra*, da transação e da cedência temporária dos títulos de utilização, cujo regime está consagrado no artigo 27.º.

Esta figura só se aplica a algumas das utilizações, que têm a ver com captação e rejeição de águas, quer sejam tituladas por licença, quer por concessão.

Não se vislumbra facilmente a diferença entre a transação e a transmissão, a menos que a primeira se refira sempre a uma cedência temporária e/ou parcial dos direitos de utilização emergentes dos títulos ou em virtude da diferença de objetos, uma vez que a transação se refere sempre a águas. De qualquer modo, a existência de dois regimes diferentes para situações concetualmente tão similares, sem que a distinção entre ambas seja claramente efetuada pelo legislador, afigura-se criticável.

Nos termos dos n.ºs 1 a 4 do artigo 27.º, determina-se que em certos casos [previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 1] esta transação não carece de autorização, sem prejuízo da obrigação de notificar a autoridade competente com a antecedência mínima de um mês, podendo esta exercer o direito de preferência nas condições declaradas nessa notificação, até 15 dias antes de a transação produzir efeitos.

Prevê-se a possibilidade de se criar um mercado organizado de transação de licenças e concessões que respeite os princípios da publicidade e da livre concorrência, remetendo-se para outro diploma a regulamentação do mesmo. Quando os títulos tenham sido concedidos por concurso, este mercado tem de dar garantias acrescidas de respeito por estes princípios, assegurando, designadamente, que os adquirentes/cessionários preencham os mesmos requisitos subjetivos dos transmitentes/cedentes e que irão realizar as atividades exatamente nas mesmas condições.

As licenças para utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público são sempre concedidas a título precário, prevendo os fins e limites a que essa utilização deve obedecer, bem como o prazo de duração, que não pode ser superior a dez anos, consoante o tipo de utilizações e atendendo ao período necessário para a amortização dos investimentos efetuados (n.ºs 1 e 2 do artigo 67.º da Lei da Água).

Apesar de a licença poder ser revista ou revogada antes do termo do prazo, a fixação deste prazo garante uma expectativa de estabilidade ao particular, que justifica o pagamento de uma indemnização no caso de a licença se extinguir antes do decurso desse prazo, nos termos referidos *infra*.

A licença pode ser revista, em termos temporários ou definitivos, quando houver uma alteração das circunstâncias de facto existentes à data da sua emissão, para permitir alcançar os objetivos ambientais no prazo fixado, para se adequar aos instrumentos de gestão territorial e aos planos de gestão de bacia hidrográfica aplicáveis e em caso de seca, catástrofe natural ou outro caso de força maior, nos termos do n.º 3 do artigo 67.º da Lei da Água³⁶. Estas causas são densificadas no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que consagra ainda a regra das “melhores técnicas disponíveis”, no n.º 2 do mesmo preceito, admitindo a revisão também quando seja demonstrado inequivocamente que os fins em causa são melhor prosseguidos com menores quantidades de água ou com técnicas mais eficazes, e desde que a revisão não envolva uma excessiva onerosidade em relação ao benefício ambiental prosseguido.

Por seu turno, o título pode ainda ser alterado a pedido do seu detentor se pretender modificar o tipo de utilização ou o tipo, dimensão ou condições da operação, de acordo com o disposto no artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

³⁶ Sobre a matéria da revisão dos atos autorizativos em matéria de ambiente, v., por todos, Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do ato autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra, 2006.

Uma forma específica de alteração do título é a redução da área de uso privativo, que dá origem a uma redução proporcional das taxas a pagar pelo utilizador nos termos do n.º 1 do artigo 30.º do mesmo diploma.

O detentor do direito de uso privativo só tem direito a uma indemnização se ocorrer uma revisão por um dos motivos previstos no n.º 3 do artigo 67.º da Lei da Água e 28.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, e apenas se, perante a revisão da licença, renunciar à utilização do recurso em causa, nos termos do n.º 3 do artigo 28.º. Este preceito remete para o n.º 3 do artigo 32.º do mesmo decreto-lei, que define o âmbito dos prejuízos indemnizáveis, limitando-os aos “investimentos em instalações fixas, no pressuposto expresso de uma duração mínima de utilização” e apenas na parte não amortizada desse investimento. Trata-se, sem dúvida, de uma indemnização pelo interesse contratual negativo, que não abrange os eventuais lucros cessantes.

Refira-se que esta é a solução constante do n.º 7 do artigo 69.º da Lei da Água, em caso de revogação, mas que faz todo o sentido aplicar-se também à revisão na medida em que esta ponha termo à utilização privativa, ainda que tal decorra de uma renúncia do particular na sequência da revisão. De *iure condendo*, é discutível se a mera revisão, mesmo que não dê azo à renúncia por parte do utilizador, deve fazer a Administração incorrer em responsabilidade civil no caso de os termos da licença passarem a ser menos favoráveis ao particular.

Em princípio a resposta será negativa, uma vez que a modificação de situações jurídicas constituídas por atos precários não confere, em regra, direito ao pagamento de indemnizações, visto que o destinatário do ato está ciente do caráter precário do mesmo³⁷, mas isso pode criar uma desigualdade entre os detentores de uma licença e os concessionários na medida em que estes terão direito a essa compensação (v. *infra* a Parte 6).

Quanto à extinção das licenças, a mesma pode ocorrer por renúncia do titular, revogação e caducidade.

A cessação da utilização por opção do utente não consta da Lei da Água, mas está prevista no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, quer ocorra na sequência de uma revisão (n.º 3 do artigo 28.º), quer por outras razões que tenham apenas a ver com o utilizador.

³⁷ V. Filipa Urbano Calvão, *Os atos precários e os atos provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998, p. 332 e seguintes.

A renúncia tem de ser pedida e aceite pela Administração, devendo entender-se – embora o artigo 31.º não seja muito claro – que a Administração não pode obrigar o utilizador a manter a atividade, podendo apenas determinar a adoção de mecanismos de minimização e correção dos efeitos negativos para o ambiente se a cessação da utilização tiver potencialidade de causar esse tipo de efeitos (n.º 5 do artigo 31.º, *in fine*).

As licenças podem ser revogadas quando se verifique uma das situações do n.º 4 do artigo 69.º da Lei da Água, algumas das quais resultam de causas imputáveis ao particular [as referidas nas alíneas a) a f) deste preceito] e outras de causas naturais que coloquem em risco a segurança de pessoas ou bens ou do ambiente se a atividade licenciada prosseguir [alínea g)].

A licença pode ainda ser revogada, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º do mesmo diploma, sempre que se verifique uma maior necessidade de proteção dos recursos hídricos, quando a revisão do título não seja suficiente para alcançar este objetivo. Trata-se de um afloramento do princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade, que impõe que a Administração só utilize a medida mais gravosa para o particular – a revogação – quando a medida menos gravosa – a revisão – não permita acautelar os interesses públicos a prosseguir.

Esta afirmação torna-se ainda mais evidente na redação da alínea a) do n.º 1 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que determina que algumas das causas de revisão são também causas de revogação se a primeira não for suficiente para acautelar os interesses em presença. Este artigo acrescenta ainda mais causas de revogação por motivo imputável ao utilizador, designadamente não prestação de caução, o não envio de dados de autocontrolo e o incumprimento dos pressupostos estabelecidos no artigo 21.º [alíneas b) a f) do n.º 1 do artigo 32.º], desde que o utilizador mantenha o incumprimento depois de devidamente advertido para cumprir.

Apesar de haver doutrina que defendeu, ao abrigo de legislação anterior, que a revogação da licença é uma faculdade da Administração e não uma sanção imperativa, de aplicação obrigatória pela entidade licenciadora³⁸, a verdade é que, na redação atual, parece ser um poder-dever da Administração de exercício vinculado, sem prejuízo da margem de livre apre-

³⁸ Neste sentido, v. Mário Tavela Lobo, *Manual do Direito de Águas*, Coimbra, 1999, p. 171.

ciação que existe na densificação de algumas das causas de revogação constantes quer da Lei da Água, quer do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Pode, assim, concluir-se que as licenças são atos precários visto que as situações por elas tituladas não se cristalizam em virtude da sua revisibilidade e revogabilidade.

Isto significa que a alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo, que proíbe a revogação, total ou parcial, de atos administrativos constitutivos de direitos por motivos de mérito, não se aplica a estas licenças, exceto se se considerar que o particular aceita implicitamente essa revogação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo quando requer a licença, conhecendo o respetivo regime jurídico³⁹.

Nesta linha, parece-nos adequado defender que todas as licenças são concedidas sob uma reserva implícita de revogação⁴⁰, que decorre *ope legis* do regime jurídico que lhes é aplicável, e estão sujeitas a condições resolutivas decorrentes da alteração das circunstâncias de facto ou da violação pelo particular dos limites impostos⁴¹.

Se a licença for revista ou revogada por motivo não imputável ao particular, este tem o direito a ser ressarcido pelos investimentos que tiver efetuado no pressuposto de uma determinada duração da atividade licenciada, nos termos do n.º 7 do artigo 69.º da Lei da Água e do n.º 3 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Contudo, esta indemnização está limitada ao ressarcimento do investimento na parte ainda não amortizada, em função da duração prevista da utilização, não incluindo uma indemnização pelos lucros que o particular deixa de obter em virtude da revogação da licença, que se poderia, de alguma forma, assimilar à figura do interesse contratual positivo. Trata-se, obviamente, de uma situação de responsabilidade civil da Adminis-

³⁹ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 2ª edição, Coimbra, 1997, p. 680, põem em dúvida esta construção, uma vez que o assentimento do particular resultaria da não impugnação do ato sujeito a reserva de revogação, sendo que, perante a alternativa de ver a sua pretensão recusada, o particular tende sempre a concordar com o conteúdo do ato favorável.

⁴⁰ Defendendo que a figura da reserva de revogação permite ultrapassar os limites impostos pela alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo, v. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Lisboa, 2006, p. 155.

⁴¹ V. Filipa Urbano Calvão, *op. cit.*, p. 105.

tração por ato lícito ou legal, consagrada quer no artigo 22.º da Constituição, quer no artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

Finalmente, as licenças caducam no termo do prazo nelas fixado, com a extinção da pessoa coletiva ou morte da pessoa singular que seja titular das mesmas, neste último caso apenas se se concluir que a transmissão não é possível, e ainda com a declaração de insolvência do titular (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

A extinção da licença constitui o utilizador numa série de obrigações, que se prendem com a reposição dos recursos hídricos na situação em que se encontravam antes da realização da atividade, salvo no caso das instalações e construções quando a Administração optar pela reversão a título gratuito [alínea b) do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Água e artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio].

A possibilidade de instalações construídas pelos particulares a expensas próprias poderem reverter gratuitamente para a Administração não consubstancia um enriquecimento sem causa à custa do particular, visto que este retirou uma vantagem da utilização do domínio público e o investimento efetuado com a construção dessas instalações já foi amortizado na medida em que a licença só cessou no fim do prazo inicialmente previsto. Por isso mesmo é que os prazos fixados para as licenças e para as concessões devem variar, dentro dos limites legais, em função do tempo necessário para amortizar os capitais investidos.

6. Regime jurídico da concessão de utilização do domínio público hídrico por particulares

6.1. Procedimento de atribuição da concessão

O artigo 61.º da Lei da Água determina que estão sujeitas a concessão as seguintes utilizações privativas do domínio público:

- a) captação de água para abastecimento público;
- b) captação de água para rega de área superior a 50 hectares;
- c) utilização de terrenos do domínio público hídrico que se destinem à edificação de empreendimentos turísticos e similares;

- d) captação de água para produção de energia;
- e) implantação de infraestruturas hidráulicas que se destinem aos fins referidos nas alíneas anteriores.

A estas utilizações acrescem as referidas nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio⁴².

O n.º 3 do artigo 68.º determina que a escolha do concessionário pode ser realizada através de uma das seguintes formas:

- a) por decreto-lei, quando a escolha recaia sobre empresas públicas⁴³ às quais deva caber a exploração dos empreendimentos de fins múltiplos a que se refere o artigo 75.º (infraestruturas que visem a segurança de pessoas e bens, a garantia da água para abastecimento público das populações e para atividades socioeconómicas reconhecidas como relevantes para a economia nacional, bem como as que respeitem ao tratamento de efluentes de aglomerados urbanos)⁴⁴;
- b) procedimento pré-contratual de concurso lançado por iniciativa pública;
- c) procedimento iniciado a pedido do interessado quando, num prazo não inferior a 30 dias contados a partir da afixação dos editais e da publicação no *Diário da República*, não seja recebido outro pedido semelhante. Se, pelo contrário, aparecer outro interessado, abre-se um procedimento concursal entre todos os interessados, gozando o primeiro requerente de direito de preferência em igualdade de condições.

Estas regras são complementadas pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, sendo que o n.º 5 deste preceito remete para o

⁴² A saber: implantação de serviços de apoio à navegação marítima e fluvial; as infraestruturas e equipamentos de apoio à navegação de uso público; a implantação de equipamentos industriais ou outras infraestruturas que impliquem investimentos avultados; a utilização dos recursos hídricos para a produção de energia elétrica e a instalação e exploração simultânea de equipamentos e apoios de praia.

⁴³ Trata-se de empresas públicas na aceção do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, ou seja, sociedades anónimas de capitais maioritária ou exclusivamente públicos ou em que o Estado controle a respetiva gestão. Naturalmente que, apesar de o n.º 3 do artigo 68.º da Lei da Água mencionar apenas as empresas públicas, devem incluir-se também, por maioria de razão, as entidades públicas empresariais, previstas nos artigos 23.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro. Isto é, aliás, corroborado pelo disposto no n.º 1 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

⁴⁴ Cfr. o n.º 3 do artigo 75.º da Lei da Água. O decreto-lei pode ainda ser utilizado para escolher o concessionário quando esteja em causa a exploração de empreendimentos equiparados aos previstos naquele preceito, de acordo com o n.º 2 do artigo 13.º.

regime relativo à formação de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisições de bens e serviços, consoante a concessão implique ou não a realização de obras. Esta norma merece alguns reparos.

Em primeiro lugar, a remissão deve ter-se hoje como efetuada para o regime da formação dos contratos constante da Parte II do Código dos Contratos Públicos e não para os diplomas em vigor à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, ou seja, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, relativos, respetivamente, às empreitadas de obras públicas e aos fornecimentos e aquisições de bens e serviços, ambos revogados pelo Código dos Contratos Públicos [alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 14.º do diploma preambular].

Efetivamente, a remissão constante do n.º 5 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, só se compreende atendendo à circunstância de, à data da sua aprovação, não existir ainda o Código dos Contratos Públicos, que só foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e de não vigorar, tão-pouco, nenhum diploma que regulasse, em termos gerais, a formação dos contratos de concessão.

Assim, aplicando-se a Parte II do Código à formação e celebração de contratos de concessão e tendo este diploma revogado o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, a remissão do n.º 5 do artigo 24.º deve ter-se como efetuada para o Código dos Contratos Públicos.

É claro que se pode discutir se o Código dos Contratos Públicos se aplica às concessões de uso privativo do domínio público, visto que o n.º 2 do artigo 16.º se refere apenas às concessões de obras públicas e às concessões de serviço público e, além do mais, a alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º parece excluir do âmbito de aplicação objetivo do Código os contratos sobre bens imóveis.

Não nos parece, contudo, que assim seja.

Por um lado, porque a alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º refere-se a contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento e “contratos similares”. Ora, todos aqueles contratos têm por objeto, em regra, bens do domínio privado, pelo que as concessões que têm por objeto o domínio público dificilmente se poderão considerar similares.

Por outro lado, a alternativa à remissão para o Código dos Contratos Públicos seria considerar aplicável aos concursos previstos no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. No entanto, os artigos 27.º a 30.º deste diploma, relativos aos contratos de uso privativo e de exploração do domínio público, nada determinam quanto à formação e celebração destes contratos, limitando-se os artigos 7.º e 8.º deste diploma a fazer uma referência genérica aos princípios da concorrência e da transparência. Ora, no silêncio do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público e em vista da obrigatoriedade de cumprir estes princípios, pode até entender-se que estes preceitos operam uma remissão para a Parte II do Código dos Contratos Públicos, uma vez que à celebração destes contratos presidem os mesmos objetivos de concorrência, transparência e publicidade⁴⁵.

Aliás, no que respeita especificamente à concessão prevista no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, o legislador foi sensível à necessidade de assegurar a concorrência através de um procedimento concursal, razão pela qual remeteu para a legislação em vigor à data sobre procedimentos pré-construtivos (o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho), pelo que mal se compreenderia que, existindo hoje um Código aplicável também aos contratos de concessão, se afastasse a sua aplicação às concessões em apreço.

Finalmente, muitas das atividades abrangidas nas concessões de uso privativo do domínio público hídrico envolvem a realização de obras públicas, pelo que se assumem como um contrato misto de concessão de uso privativo e de concessão de obras públicas, o que implica, imediatamente, a sua sujeição à Parte II do Código dos Contratos Públicos, nos termos da já referida alínea b) do n.º 2 do artigo 16.º deste diploma.

Saliente-se, contudo, que está em causa a aplicação supletiva do Código dos Contratos Públicos e não, obviamente, a revogação do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que, tratando-se de lei especial, não foi, obviamente, revogado pelo Código dos Contratos Públicos⁴⁶.

⁴⁵ Neste sentido, v. Ana Raquel Moniz, “Contrato público e domínio público. Os contratos sobre o domínio público à luz do Código dos Contratos Públicos e da nova legislação sobre o domínio público”, in *Estudos de contratação pública* – I, obra coletiva, Coimbra, 2008, pp. 851 e 852.

⁴⁶ Neste sentido, v. o Acórdão do TCA Sul de 15 de setembro de 2011, proferido no Processo n.º 07754/11, in www.dgsi.pt. O aresto parece ir ainda mais longe ao afirmar que “o regime da utilização dos recursos dominiais hídricos não é regulado no Código dos Contratos Públicos”, embora esta referência não possa ser entendida, na minha opinião, no sentido de afastar a aplicação supletiva.

No termo do procedimento concursal, o anterior titular da concessão ou o requerente inicial, quando o procedimento ocorra na sequência de um pedido apresentado por um particular, gozam de direito de preferência nos mesmos termos que se aplicam à atribuição das licenças, ou seja, de acordo com os (atuais) n.ºs 7 a 9 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, *ex vi* os n.ºs 5 e 7 do artigo 24.º.

Contudo, é de salientar o seguinte quanto a este aspeto: se o procedimento for de iniciativa pública, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º, só goza de direito de preferência do anterior titular, mesmo que o lançamento do procedimento de iniciativa pública tenha ocorrido a pretexto do requerimento apresentado por um particular.

Por outras palavras: se houver um requerente inicial, mas a Administração optar por abrir um concurso de iniciativa pública – o que pode fazer, uma vez que, como se disse *supra*, corresponde a uma opção discricionária –, aquele já não beneficia do direito de preferência previsto no (atual) n.º 8 do artigo 21.º *ex vi* o n.º 5 do artigo 24.º, ambos do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio. Corroborando este entendimento, refira-se que o n.º 5 do artigo 24.º, relativo ao procedimento concursal de iniciativa pública, só remete para o direito de preferência previsto no (atual) n.º 8 do artigo 21.º, ou seja, aquele que é atribuído ao anterior proprietário⁴⁷.

Assim, as considerações tecidas *supra* a propósito do direito de preferência dos particulares que beneficiem de um pedido de informação prévia favorável também se aplicam ao procedimento de atribuição das concessões.

Finalmente, a celebração do contrato está sujeita à prestação de caução, nos termos do n.º 4 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, exceto nos casos do n.º 5 do mesmo preceito.

Estas concessões são atribuídas mediante a celebração de um contrato entre a Administração, na qualidade de concedente, e o concessionário, nos termos do n.º 1 do artigo 68.º da Lei da Água, o que significa que, apesar de a técnica concessória permitir a utilização quer de formas contratuais quer de formas unilaterais de atuação, a Administração deve, neste caso, adotar as primeiras por imposição do legislador.

⁴⁷ Neste sentido, v. o Acórdão do TCA Sul, de 29 de setembro de 2011, já citado.

A liberdade de estipulação das partes está limitada, por um lado, pelas regras gerais aplicáveis aos contratos administrativos, que resultam, atualmente, do artigo 278.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos, bem como pelo disposto nos n.ºs 2 e 6 do artigo 68.º da Lei da Água e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, na medida em que impõem um conteúdo mínimo destes contratos.

Assim, das cláusulas destes contratos devem constar, pelo menos, os seguintes aspetos: o objeto, os direitos e obrigações das partes – sendo que o concessionário goza sempre do direito de utilização exclusiva dos bens objeto da concessão, do direito à utilização de terrenos privados de terceiros para a realização dos estudos, pesquisas e sondagens necessários, mediante pagamento de uma indemnização pelos prejuízos causados, e ainda, no caso de ser declarada a utilidade pública da atividade realizada, o direito de requerer e beneficiar das servidões administrativas e expropriações necessárias – e o prazo de duração, que não pode ser superior a 75 anos. Trata-se de um prazo consideravelmente superior ao estabelecido para as licenças, o que se justifica pelo montante do investimento inicial, que, atendendo às atividades que são realizadas ao abrigo da concessão, é muito superior aos investimentos efetuados para o desenvolvimento das atividades licenciadas.

6.2. Regime da transmissão, revisão e extinção da concessão

O contrato de concessão pode ser objeto de transmissão em termos idênticos aos que foram acima vistos a propósito da licença, uma vez que os artigos 26.º e 27.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, tratam igualmente de todos os títulos de utilização.

Remete-se, por isso, no essencial, para o que ficou dito a esse propósito e que, em conclusão, foi o seguinte:

- i. para a transmissão no contexto do estabelecimento agrícola, industrial ou comercial ou das participações sociais, basta a mera comunicação, sem prejuízo da nulidade se os requisitos que fundamentaram a atribuição do título não se mantiverem (n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º da Lei da Água e n.ºs 1 e 5 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);
- ii. para a transmissão isolada há necessidade de autorização sob pena de ineficácia, mesmo que os requisitos que fundamentaram a atribuição do título se mantenham (n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água e n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio);

iii. a transmissão isolada que não cumpra os requisitos iniciais de atribuição do título é nula (n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água e n.ºs 1 e 5 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

Cumpre, no entanto, salientar que, tratando-se a concessão de um contrato, a sua transmissão assume a forma de cessão da posição contratual, aplicando-se, supletivamente, as regras dos artigos 316.º a 324.º do Código dos Contratos Públicos.

Aliás, apesar de os artigos do diploma complementar não tratarem de forma diferente a licença e a concessão, a verdade é que na Lei da Água o n.º 1 do artigo 72.º que permite a transmissão sem autorização, menciona a “autoridade competente para o licenciamento”, enquanto o n.º 3, que exige autorização, se refere à “entidade competente para a emissão do título”, o que permitiria supor que os n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º apenas se aplicam às licenças e não às concessões.

Ora, de acordo com o disposto no artigo 319.º do Código dos Contratos Públicos, a cessão da posição contratual carece sempre da autorização do contraente público, enquanto cedido, a qual só pode ser concedida se o cedente comprovar que o potencial cessionário – adquirente do título – possui as habilitações, capacidade técnica e financeira exigidas ao co-contratante originário (n.º 1 do artigo 316.º e n.º 1 do artigo 319.º do Código dos Contratos Públicos).

Apesar de se admitir que o n.º 1 do artigo 72.º da Lei da Água e o n.º 1 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, contêm normas especiais relativamente às normas gerais e posteriores do Código dos Contratos Públicos, a verdade é que não pode deixar de se exigir ao adquirente do título não só que mantenha os requisitos que presidiram à atribuição deste, mas também que apresente todos os documentos de habilitação e preencha os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 316.º do Código dos Contratos Públicos.

Esta afirmação é corroborada pelo facto de aos concursos para atribuição de concessões se aplicar supletivamente o regime da Parte II do Código dos Contratos Públicos, por remissão do (atual) n.º 5 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, sendo esses os documentos e requisitos exigidos nos procedimentos concursais previstos no Código.

Esta exigência permite, aliás, assegurar a concorrência no mercado de transações de concessões cuja criação está prevista no n.º 8 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Os contratos de concessão de utilização de recursos hídricos do domínio público também podem ser revistos nos mesmos termos em que as licenças o são, visto que, tal como acontece na transmissão, o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, trata indiferentemente da revisão dos dois títulos.

Por sua vez, o n.º 7 do artigo 68.º da Lei da Água limita-se a estabelecer que a revisão das concessões se processa nos termos previstos no respetivo contrato.

Como o artigo 28.º já foi analisado a propósito da licença, justifica-se apenas, nesta fase do presente estudo, referir os aspetos específicos da concessão, que decorrem essencialmente da sua natureza contratual, por oposição à natureza unilateral da licença.

O n.º 4 do artigo 28.º determina que o estabelecido nos números anteriores não prejudica nem o estipulado no próprio contrato, nem o princípio do equilíbrio económico-financeiro da concessão.

Esta regra põe sobretudo em causa o disposto no n.º 3 do mesmo artigo, que apenas garante o ressarcimento do particular se este renunciar à continuação da utilização na sequência da revisão e apenas nos termos do n.º 3 do artigo 32.º, ou seja, pelo valor dos investimentos realizados na parte não amortizada, tendo em conta a duração prevista e não utilizada da atividade.

Isto significa que se o particular optar por manter a utilização nos novos moldes impostos unilateralmente pela Administração, mesmo que estes sejam mais gravosos, não tem direito a qualquer indemnização se se tratar de uma licença.

Contudo, se estiver em causa uma concessão, a modificação unilateral do contrato dá azo a uma indemnização se tal estiver consagrado no contrato e, em qualquer caso, impõe a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos termos do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos, ex vi o n.º 4 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 22-A/2007, de 31 de maio.

Há lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos termos do n.º 1 do mesmo preceito quando ocorra uma alteração da base do negó-

cio – dos pressupostos nos quais o co-contratante assentou a sua decisão de contratar e só desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos – e que não seja coberta pelo risco contratual, quer esta alteração decorra do poder de modificação unilateral do contrato por parte do contraente público, quer por verificação da cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁸.

No caso das concessões de utilização do domínio público hídrico a confusão entre as duas situações é ainda mais notória, uma vez que a alteração das circunstâncias de facto é um dos fundamentos para a revisão [alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio]⁴⁹.

Atendendo ao regime do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos, que passa, essencialmente, pela modificação do contrato – prorrogação do prazo de execução das prestações, prorrogação da vigência do contrato, revisão de preços⁵⁰, assunção pelo contraente público do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato, entre outras possibilidades – resulta, na minha opinião, que, apesar de ter na base um dever legal⁵¹ e ser uma forma de responsabilidade por facto lícito ou pelo sacrifício de interesses patrimoniais privados⁵², a verdade é que o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato tal como resulta do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos tem uma dualidade de *natureza*⁵³ contratual e extracontratual.

⁴⁸ Como já defendi antes. V. Alexandra Leitão, *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*, in www.icjp.pt. Em sentido contrário, defendendo que o artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos só se aplica aos casos de *ius variandi* e *de factum principis*, v. Ana Gouveia Martins, “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, obra coletiva, Coimbra, 2010, p. 83 e Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, obra coletiva, Coimbra, 2010, p. 829.

⁴⁹ Como considero ser também nos contratos públicos em geral. V. Alexandra Leitão, *O tempo...*, *cit.*

⁵⁰ Esta figura não se confunde nem com a revisão ordinária de preços nas empreitadas de obras públicas prevista no artigo 382.º do Código dos Contratos Públicos, nem com a revisão de preços que decorre da partilha de benefícios do contraente privado com o contraente público nas parcerias público-privadas (artigo 341.º do Código dos Contratos Públicos).

⁵¹ Como refere Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2003, p. 122.

⁵² V. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *op. cit.*, p. 410 e Ana Gouveia Martins, *op. cit.*, p. 70.

⁵³ V. Alexandra Leitão, *O tempo...*, *cit.*

Pode, assim, dizer-se que é um dever legal que se traduz na imposição de introduzir alterações às cláusulas do contrato, sendo que, após essa modificação, passa a haver novas (e diferentes) obrigações contratuais. Aliás, o modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato pode ser estipulado desde logo no próprio contrato ou as partes podem negociar o conteúdo das (novas) cláusulas, optando entre as diferentes possibilidades que o n.º 3 do artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos, admite, visto que este preceito é supletivo.

Em todo o caso, o valor do reequilíbrio financeiro do contrato é apenas o necessário para repor a proporção financeira original e não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que aquela em que se encontrava inicialmente, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam dos termos iniciais do contrato ou que sejam inerentes ao risco do contrato (n.ºs 5 e 6 do artigo 282.º), o que significa que não pode abranger nunca o “interesse contratual positivo”, ou seja, os lucros que o contraente particular auferiria se o contrato fosse executado até ao fim.

A figura da reposição do equilíbrio financeiro do contrato também se aplica em caso de alteração do título a pedido do seu detentor, de acordo com o disposto no artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, podendo, nesta situação, funcionar em benefício da Administração concedente e não do concessionário.

Neste sentido, não se compreende que na circunstância de ocorrer uma redução da área de uso privativo, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º do mesmo diploma, o concessionário só tenha direito a uma indemnização se renunciar à concessão e não se optar por mantê-la, justificando-se, da mesma forma que nos casos anteriores, uma remissão para o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Finalmente, o contrato de concessão extingue-se por renúncia do titular, revogação do título e caducidade, nos termos, respetivamente, do artigo 31.º, 32.º e 33.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Também aqui não se justifica desenvolver aspetos que já foram analisados antes, a propósito das licenças, mas somente aqueles que podem suscitar questões em virtude da natureza contratual da concessão.

Em primeiro lugar, é de salientar a inadequação do termo “revogação” aos contratos de concessão. A revogação significa, nos contratos, a extinção por acordo das partes, tal como resulta do artigo 331.º do Código dos Contratos Públicos.

Seria muito mais correto que a legislação se referisse à resolução unilateral do contrato, enquanto sanção para o incumprimento do concessionário – nos casos das alíneas a) a f) do n.º 4 do artigo 69.º da Lei da Água e b) a e) do n.º 1 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio – ou por razões de interesse público em virtude de circunstâncias de facto que tornem supervenientemente arriscada ou insegura a continuação da utilização e a revisão não seja possível – alínea g) do n.º 4 e n.º 6 do artigo 69.º da Lei da Água e alínea a) do n.º 1 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Ambas as figuras – resolução-sanção e resolução por razões de interesse público – estão genericamente previstas no Código dos Contratos Públicos, nos artigos 333.º, 334.º e 335.º, assumindo a natureza de ato administrativo e não de mera declaração negocial, nos termos da alínea e) do n.º 2 do artigo 307.º do Código dos Contratos Públicos⁵⁴. No caso específico das concessões, a resolução por razões de interesse público assume a forma de resgate da concessão (artigo 422.º do Código dos Contratos Públicos), enquanto a Administração pode recorrer ao sequestro se houver incumprimento do concessionário (artigo 421.º). Contudo, estas figuras pressupõem que o concedente assumia, ainda que temporariamente no caso do sequestro, os direitos e obrigações do concessionário, ou seja, a continuação da atividade concedida, ao contrário do que acontece em certas utilizações do domínio público hídrico, que podem, pura e simplesmente, cessar⁵⁵.

Nestas situações, o concessionário só tem direito a uma indemnização pelos investimentos efetuados que não tenham sido amortizados na totalidade em virtude do termo antecipado da concessão, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, não havendo qualquer referência à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, ao contrário do que acontece na revisão.

Esta solução, diferente da que resulta do artigo 334.º do Código dos Contratos Públicos, que determina que o co-contratante tem direito, em caso

⁵⁴ Alguns autores consideram que a resolução-sanção não constitui um poder de conformação da relação contratual, pelo que não assume a forma de ato administrativo, mas sim de mera declaração negocial.. V. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *op cit.*, p. 421 e Mário Aroso de Almeida, *op. cit.*, p. 833.

⁵⁵ As atividades concessionadas que apenas realizam o interesse do particular cessam, enquanto as que prosseguem o interesse público – como a captação de água para abastecimento público, para a produção de energia elétrica ou a instalação de infra-estruturas de apoio à navegação pública – têm de se manter.

de resolução por razões de interesse público, ao pagamento de uma indemnização por danos emergentes e lucros cessantes, justifica-se na medida em que as situações de resolução (ou revogação) consagradas na Lei da Água e no Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, são todas devidas ou a factos imputáveis ao concessionário ou a alterações das circunstâncias. Ora, nestas duas situações, previstas, respetivamente, no artigo 333.º e no artigo 335.º do Código dos Contratos Públicos, não é devida qualquer indemnização ao co-contratante particular⁵⁶.

Verifica-se, assim, que, quer no caso da licença, quer no caso da concessão, a Administração tem o poder de modificar e de extinguir o direito de uso conferido ao particular, sendo que a diferença reside apenas na forma como esses poderes são utilizados.

Enquanto nas licenças, sendo atos administrativos unilaterais, as situações em que a Administração as pode rever ou revogar têm de constar da lei (cfr. *supra* o que ficou dito a propósito do n.º 3 do artigo 67.º e n.ºs 4 e 6 do artigo 69.º da Lei da Água), nas concessões, que são contratos administrativos, esses poderes resultam diretamente dos poderes de conformação da relação contratual conferidos ao contraente público pelo artigo 302.º do Código dos Contratos Públicos e que incluem, designadamente, os poderes de modificação unilateral dos contratos e de resolução por motivos de interesse público.

No termo da concessão, os bens afetos à atividade concessionada reverterem gratuitamente para o Estado, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Água e do n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 226/2007, de 31 de maio⁵⁷. Se, contudo, o concessionário tiver realizado investimentos adicionais, devidamente autorizados pelo concedente, que não foram nem podiam ter sido amortizados, o Estado pode reembolsar o concessionário do valor dos mesmos ou prorrogar o contrato pelo tempo necessário à amortização desses investimentos, embora nunca possa exceder o prazo total de 75 anos.

Saliente-se que os preceitos acima citados determinam a reversão gratuita dos bens independentemente da causa de cessação do contrato.

⁵⁶ A não ser que a alteração das circunstâncias resulte do *factum principis* imputável ao contraente público.

⁵⁷ Seguindo-se um procedimento de reversão que consta do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

Se a concessão se extinguir por decurso do prazo acordado, essa reversão não suscita dúvidas visto que o investimento inicial já foi amortizado ao longo de toda a duração do contrato, não se traduzindo, por isso, num empobrecimento injusto do particular (esta é, aliás, a solução geral adotada no n.º 2 do artigo 425.º do Código dos Contratos Públicos)⁵⁸.

No entanto, se o contrato for resolvido antes do prazo, os bens reverterem na mesma para o Estado, mas com este tem de pagar a indemnização prevista no n.º 3 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, pelo valor dos investimentos não amortizados em virtude da cessação antecipada do contrato. Pode discutir-se se esta compensação é devida mesmo no caso de resolução-sanção, ou seja, por motivo imputável ao contraente particular, uma vez que o contrato extingue-se antecipadamente por causa imputável ao co-contratante⁵⁹.

7. Natureza jurídica da licença e da concessão e análise comparativa das duas figuras

Este último ponto do presente estudo é dedicado a uma apreciação comparativa das figuras da licença e da concessão, passando, naturalmente, pela análise da respetiva natureza jurídica.

A concessão de uso privativo é tradicionalmente definida como “o ato bilateral e constitutivo de direitos pelo qual uma pessoa coletiva de direito público permite a uma ou algumas pessoas determinadas utilizar o domínio público em seu proveito próprio, por um certo tempo e em dadas condições”⁶⁰.

Por sua vez, a licença é definida como “o ato unilateral e precário pelo qual uma pessoa coletiva de direito público permite a uma ou algumas pessoas determinadas utilizar o domínio público em seu proveito próprio, por um certo tempo e em dadas condições”⁶¹.

⁵⁸ O STA já se pronunciou no sentido de considerar que a norma semelhante do anterior Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de fevereiro, não violava o direito de propriedade, tal como está consagrado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 62.º da CRP (cfr. o Acórdão ded 16 de fevereiro de 2005, proferido no Processo n.º 342/02, in *www.dgsi.pt*).

⁵⁹ No sentido de que há lugar a esta compensação mesmo quando a causa da resolução seja imputável ao co-contratante particular, embora referindo-se às concessões de serviço público, Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, pp. 343 - 356.

⁶⁰ Cfr. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 182. Apesar de a concessão poder ser concedida por acto unilateral, as sucessivas leis sobre regime do domínio hídrico têm sempre exigido a forma contratual.

⁶¹ Cfr. Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *op. cit.*, p. 182.

Certa doutrina tem entendido que as concessões para utilização privativa não são concessões em sentido próprio (estas seriam apenas as concessões de exploração), mas sim licenças contratualizadas, na medida em que não visariam a prossecução de um interesse público. As duas figuras distinguem-se pelo facto de as licenças concedidas através de atos administrativos unilaterais serem precárias – aplicando-se esta regra às concessões de uso privativo do domínio público – e as concessões conferirem direito a uma indemnização em caso de resgate⁶².

No entanto, e por esta mesma razão, outra corrente doutrinária considera que, pelo contrário, é a licença que reveste a natureza de uma verdadeira concessão e não de uma autorização-licença, porque constitui *ex novo* um direito na esfera jurídica do particular e não se limita a autorizá-lo a exercer um direito preexistente⁶³.

Não perfilha inteiramente qualquer das posições anteriores.

Quanto à primeira posição, apesar de na concessão de uso privativo a Administração não pretender associar o particular à prossecução de um fim público, sendo este que carece de um título jurídico para utilizar um bem público⁶⁴, a verdade é que isso apenas conduz à caracterização destes contratos como sendo contratos de atribuição e não de colaboração, mas não afasta a verdadeira natureza contratual dos mesmos⁶⁵.

Aliás, tomando em consideração as atividades que são objeto de concessão, de acordo com o artigo 61.º da Lei da Água conclui-se que algumas delas visam mesmo a prossecução do interesse público, como é o caso da captação de água para abastecimento público ou para produção de energia, e ainda, nos termos do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, a implantação de serviços de apoio à navegação marítima ou fluvial, entre outras.

O prazo mais longo de duração da concessão é outro critério de distinção entre as duas figuras, justificado exatamente pelo montante do investimento inicial, que, atendendo às atividades que são realizadas ao abrigo da concessão, é muito superior aos investimentos efetuados para o desenvolvimento das atividades objeto de licenciamento.

⁶² V. Mário Távares Lobo, *op. cit.*, pp. 271 e 272.

⁶³ V. Ana Raquel Moniz, *Contrato...*, *cit.*, p. 467.

⁶⁴ Como salienta Ana Raquel Moniz, *Contrato...*, *cit.*, p. 850.

⁶⁵ Sobre esta classificação, v. Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 420 e seguintes.

Por outro lado, há diferenças de regime jurídico que permitem distinguir as duas figuras, que se prendem, designadamente, com as consequências da revisão e, em parte, da resolução, e decorrem exatamente da natureza contratual da concessão.

Conclui-se, assim, atendendo às diferenças salientadas, que nem as licenças se subsumem em “concessões unilaterais”, nem as concessões são “licenças contratualizadas”.

No entanto, é verdade que há aspetos que aproximam as duas figuras, ao ponto de o legislador ter criado um regime comum de transmissão, revisão e revogação, nos artigos 26.º a 36.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, sem prejuízo de algumas diferenças, designadamente quanto à necessidade de reposição do equilíbrio financeiro do contrato no caso das concessões.

São aspetos comuns à licença e à concessão:

- i. em ambos os casos, o direito que é conferido ao particular – de usar um bem do domínio público em proveito próprio – não preexiste na esfera jurídica do particular, sendo conferido *ex-novo* pelo título;
- ii. ambos os títulos conferem ao particular um direito pessoal de gozo de natureza pública, cujo conteúdo é meramente obrigacional e não real, uma vez que não é oponível *erga omnes*, não existindo, designadamente, um mecanismo judicial semelhante à ação de reivindicação, sem prejuízo dos artigos 2.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio (que atribuem aos utilizadores o direito de exigir às autoridades que adotem as providências necessárias para fazer cessar qualquer perturbação do seu direito por terceiro);
- iii. nenhum dos títulos proporciona ao particular uma situação jurídica estável.

Quanto a este último aspeto cumpre, contudo, referir que enquanto nas licenças, sendo atos administrativos unilaterais, as situações em que a Administração as pode rever ou revogar têm de constar da lei, sob pena de se aplicar a regra da proibição de revogação de atos constitutivos de direitos consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo, nas concessões, que são contratos administrativos, esses poderes resultam diretamente dos poderes de conformação da relação contratual conferidos ao contraente público pelo artigo 302.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos.

Aliás, os poderes da Administração para rever ou revogar atos administrativos estão sujeitos a maiores limitações do que os poderes contratuais, visto que as condições em que estes podem ser exercidos não têm de estar previstas nem no contrato nem em lei especial, resultando diretamente do regime geral do Código dos Contratos Públicos, ao contrário do que acontece com as licenças, cuja possibilidade de revisão ou revogação tem de constar expressamente da legislação específica ou do próprio ato administrativo e só podem ocorrer nas situações aí tipificadas.

Por isso, os contratos administrativos afiguram-se, por vezes, mais flexíveis do que os atos administrativos unilaterais, cujo regime jurídico consagrado no Código do Procedimento Administrativo é mais rígido quanto à admissibilidade de revisão e revogação. Esta é uma das razões que pode justificar a opção da Administração de celebrar um contrato em vez de praticar um ato administrativo, aproveitando-se do princípio da permissibilidade geral de recurso ao contrato constante do artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos.

É certo que a utilização dos poderes de conformação da relação contratual por parte do contraente público acarreta o dever de indemnizar o particular, mas essa indemnização não é devida por pôr termo à situação jurídica proporcionada pelo título, visto que esta é, por natureza instável, mas sim em nome do princípio do equilíbrio financeiro do contrato⁶⁶.

Por outro lado, o n.º 7 do artigo 69.º da Lei da Água também prevê o ressarcimento do detentor de uma licença quando esta seja revogada e o particular tenha realizado investimentos em instalações fixas no pressuposto de uma duração mínima da situação jurídica constituída pela licença, através do pagamento de uma indemnização igual ao valor do investimento ainda não amortizado.

Refira-se ainda que o Supremo Tribunal Administrativo (STA) tem salientado sempre o carácter precário de qualquer utilização do domínio público pelos particulares, quer a mesma seja titulada por contrato quer por licença, admitindo, respetivamente, a resolução do primeiro e a revogação da segunda⁶⁷.

⁶⁶ Como salienta Ana Raquel Moniz, *Contrato...*, cit., p. 459.

⁶⁷ Cfr. o Acórdão do STA, de 18 de outubro de 2000, proferido no Processo n.º 46151, in *www.dgsi.p*.

Finalmente, uma breve referência quanto à possibilidade de a revisão ou revogação da licença ou do contrato ocorrerem por iniciativa de terceiros que sejam prejudicados pelas atividades realizadas ao abrigo desses títulos ou em virtude da violação dos mesmos. Os lesados podem requerer à Administração que ponha termo à utilização do domínio público e, caso tal não ocorra, intentar uma ação administrativa comum, prevista no n.º 3 do artigo 37.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, contra o detentor da licença ou o concessionário para que este seja intimado a cumprir as condições constantes do título. Esta possibilidade é uma forma de proteção dos terceiros relativamente ao modo como os títulos estão a ser utilizados e traduz uma garantia acrescida do seu cumprimento, tanto mais que também pode ocorrer no exercício do direito de ação popular.

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DO DOMÍNIO PÚBLICO HÍDRICO: ENTRE O DIREITO OBRIGACIONAL E O DIREITO REAL ADMINISTRATIVO

Sandra Cristina Pereira Guerreiro

Advogada.

1. Introdução

No âmbito da pós-graduação Direito da Água, ministrada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa no ano letivo 2011/2012, uma das temáticas desenvolvidas foi o domínio público hídrico no qual se abordou o aproveitamento racional do domínio público e a sua utilização pelos particulares.

Apesar de ser uma temática muito interessante, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático, atentas as variadíssimas utilizações do domínio público hídrico, não tem merecido a atenção dos juspublicistas, sendo a questão do domínio público e, mais ainda, a dos direitos reais administrativos pouco estudada em Portugal.

Este trabalho não pretende preencher essa lacuna mas apenas contribuir para alertar para a necessidade de desenvolvimento dogmático da mesma.

2. O domínio público hídrico: conceito

Começamos por definir domínio público em geral para melhor compreensão do que à frente se dirá. O domínio público compreende os bens que, atentas as finalidades de utilidade pública a que são afetos e a coletividade a que servem, estão sujeitos a um regime jurídico carate-

rizado pela sua impenhorabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade, tendo como titular o Estado¹.

O domínio público hídrico, vulgo águas públicas², encontra-se hoje regulado pela alínea a) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição, que integra no domínio público “as águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e fluviáveis, com os respetivos leitos”, e pela Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos, dispondo que o domínio público hídrico compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas (n.º 1 do artigo 2.º).

Este diploma integra no domínio público marítimo as seguintes águas, pertencentes sempre ao Estado³ (artigo 3.º):

- a) as águas costeiras e territoriais;
- b) as águas interiores sujeitas à influência das marés, nos rios, lagos e lagoas;
- c) os fundos marinhos contíguos da plataforma continental, abrangendo toda a zona económica exclusiva;
- d) as margens das águas costeiras e das águas interiores sujeitas à influência das marés.

No domínio público lacustre e fluvial a lei integra as seguintes águas, que podem pertencer ao Estado, às regiões autónomas ou às autarquias locais⁴ (artigo 5.º):

- a) cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respetivos leitos, e ainda as margens pertencentes a entes públicos;

¹ Cfr. José Pedro Fernandes, “Domínio público”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, 2.ª edição, 1991, p.160 e seguintes.

² Chamamos a atenção que o domínio público hídrico não se basta com as águas mas também integra os terrenos envolventes e funcionalmente afetos às massas de águas. Sobre esta temática, Ana Raquel Moniz, *O domínio público. O critério e o seu regime jurídico*, Coimbra, 2005, p. 168 e seguintes, preconizando a distinção entre o domínio público hídrico natural e o domínio público hídrico por determinação legal.

³ O que não significa que a sua gestão não esteja cometida a uma entidade específica, estando neste momento cometida à APA – Agência Portuguesa do Ambiente.

⁴ Ignoramos propositadamente a referência à titularidade da Região uma vez que a regionalização não vingou em Portugal.

- b) lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos, e ainda as margens pertencentes a entes públicos;
- c) cursos de água não navegáveis nem fluviáveis, com os respectivos leitos e margens, desde que localizados em terrenos públicos, ou os que por lei sejam reconhecidos como aproveitáveis para fins de utilidade pública, como a produção de energia elétrica, irrigação ou canalização de água para consumo público;
- d) canais e valas navegáveis ou fluviáveis, ou abertos por entes públicos, e as respectivas águas;
- e) albufeiras criadas para fins de utilidade pública, nomeadamente produção de energia elétrica ou irrigação, com os respectivos leitos;
- f) lagos e lagoas não navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos e margens, formados pela natureza em terrenos públicos;
- g) lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares ou existentes dentro de um prédio particular, quando tais lagos e lagoas sejam alimentados por corrente pública;
- h) cursos de água não navegáveis nem fluviáveis nascidos em prédios privados, logo que transponham abandonadas os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidos pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas.

Por fim, o domínio público hídrico das restantes águas compreende as seguintes águas, cuja titularidade pertence ao Estado, às regiões autónomas ou às autarquias locais⁵ (artigo 7.º):

- a) águas nascidas e águas subterrâneas existentes em terrenos ou prédios públicos;
- b) águas nascidas em prédios privados, logo que transponham abandonadas os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidas pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;
- c) águas pluviais que caem em terrenos públicos ou que, abandonadas, neles corram;

⁵ *Idem.*

- d) águas pluviais que caiam em algum terreno particular, quando transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas.
- e) águas das fontes públicas e dos poços e reservatórios públicos, incluindo todos os que vêm sendo continuamente usados pelo público ou administrados por entidades públicas.

Até 2005, esta matéria estava regulada no Decreto-lei n.º 468/71, de 5 de novembro, que teve à época a grande virtualidade de agregar num único diploma legal o que estava disperso por inúmeros diplomas legais e de procurar resolver problemas como, por exemplo, o recuo e avanço das águas do mar e suas consequências em termos de titularidade de direitos, tendo regulado esta temática durante mais de 30 anos⁶.

Não obstante em 2005 ter entrado em vigor o “pacote da água”, nomeadamente a Lei da Água, Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, em resultado da transposição da Diretiva-Quadro da Água, Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, e da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, o conceito de domínio público hídrico manteve-se, praticamente, inalterado.

3. A utilização do domínio público hídrico

A titularidade pública dos bens que integram o domínio público hídrico não determina que estes bens não possam ser utilizados e fruídos pela coletividade em geral ou mesmo individualmente por particulares.

O uso comum do domínio público hídrico não tem qualquer especificidade relativamente ao uso comum do domínio público. O uso comum traduz-se na utilização pela coletividade de bens do domínio público, de forma anónima, não titulada e, em grande parte dos casos, inconsciente. Uma ida à praia, a utilização de uma marginal para fazer exercício físico ou pescar configuram utilizações do domínio público hídrico.

A regra neste tipo de utilização é a inexistência de qualquer título permissivo, regendo-se a utilização pelos princípios da liberdade, igualdade e gratuidade⁷.

⁶A este propósito, Diogo Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra, 1978, p. 43 e seguintes.

⁷Neste sentido, Ramon Parada, *Derecho Administrativo. III – Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 5.ª edição, Marcial Pons, pp. 76 e 77.

Não obstante, o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, aprovado pelo Decreto-lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, veio distinguir entre o uso comum “ordinário” e o uso comum “extraordinário”.

De acordo com o estipulado no artigo 25.º daquele diploma, “os bens do domínio público podem ser fruídos por todos mediante condições de acesso e de uso não arbitrárias ou discriminatórias, salvo quando da sua natureza resulte o contrário”, sendo caracterizado pela gratuidade, salvo se a lei prever “que o aproveitamento seja divisível e proporcione vantagem especial”. No uso comum, dito extraordinário, os beneficiários da utilização podem estar sujeitos a autorização e ao pagamento de taxas.

A Lei da Água apenas trata do uso comum ordinário, estabelecendo os deveres dos utilizadores, que se traduzem na preservação da qualidade das águas e na sua utilização racional e sustentável (artigo 57.º).

Contudo, existem determinadas utilizações do domínio público hídrico que são caracterizadas pela sua individualidade e exclusividade⁸ como, por exemplo, a captação de água ou a construção de um apoio de praia, para as quais a lei define uma regulação diferente, designando-as por utilizações privativas do domínio público hídrico.

De acordo com o artigo 59.º da Lei da Água “considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo”.

A utilização privativa dos recursos hídricos depende sempre da prévia atribuição de um título de utilização de recursos hídricos, que se traduz numa licença ou concessão^{9,10}, consoante o tipo de utilização em causa, concedida pela entidade responsável pela gestão do domínio público hídrico.

Estão sujeitas a licença prévia (artigo 60.º):

⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965

⁹ O legislador exige licença ou concessão em função do impacto no recurso hídrico da utilização, exigindo licença para as utilizações menos impactantes e concessão para as mais impactantes.

¹⁰ A Lei da Água prevê a figura da autorização mas apenas para utilizações dos recursos hídricos particulares.

- a) a captação de águas;
- b) a rejeição de águas residuais;
- c) a imersão de resíduos;
- d) a ocupação temporária para a construção ou alteração de instalações fixas ou desmontáveis, apoios de praia ou similares e infraestruturas e equipamentos de apoio à circulação rodoviária, incluindo estacionamentos e acessos ao domínio público hídrico;
- e) a implantação de instalações e equipamentos referidos na alínea anterior;
- f) a ocupação temporária para construção ou alteração de infraestruturas hidráulicas;
- g) a implantação de infraestruturas hidráulicas;
- h) a recarga de praias e assoreamentos artificiais e a recarga e injeção artificial em águas subterrâneas;
- i) as competições desportivas e a navegação, bem como as respetivas infraestruturas e equipamentos de apoio;
- j) a instalação de infraestruturas e equipamentos flutuantes, culturas biogenéticas e marinhas;
- k) a sementeira, plantação e corte de árvores e arbustos;
- l) a realização de aterros ou escavações;
- m) outras atividades que envolvam a reserva de um maior aproveitamento desses recursos por um particular e que não estejam sujeitas a concessão.

A estas utilizações é de acrescentar a realização de trabalhos de pesquisa e de construção para captação de águas subterrâneas e a produção de energia elétrica a partir das ondas do mar, desde que a potência não ultrapasse os 25 MW (artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

Estas licenças são sempre atribuídas a título precário, prevendo a lei que o seu prazo de duração não pode ser superior a dez anos. A estabilização de um prazo permite garantir uma expectativa de segurança ao particular durante esse período, que justifica, caso a licença se extinga antes desse

período, que a Administração tenha que indemnizar pelo tempo ainda em falta¹¹.

A lei sujeita a concessão de utilização as seguintes utilizações:

- a) captação de água para abastecimento público;
- b) captação de água para rega de área superior a 50 hectares;
- c) utilização de terrenos do domínio público hídrico que se destinem à edificação de empreendimentos turísticos e similares;
- d) captação de água para produção de energia;
- e) implantação de infraestruturas hidráulicas que se destinem aos fins referidos nas alíneas anteriores.

Atenta a natureza mais impactante, quer do ponto de vista do recurso quer do ponto de vista económico, das utilizações sujeitas por lei a concessão, a lei afirma o carácter precário da concessão mas estabelece como limite máximo de validade do contrato o prazo de 75 anos (n.º 6 do artigo 68.º da Lei da Água).

O procedimento aplicável à atribuição dos títulos de utilização privativa do domínio público hídrico por parte da Administração encontra-se regulado no Decreto-lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que regulamenta o artigo 56.º da Lei da Água, prevendo, nomeadamente, a sujeição a procedimento concursal de determinadas utilizações dependentes de licença (artigo 21.º), sendo o procedimento concursal a regra na atribuição de concessão (artigo 24.º).

4. O conteúdo do direito de utilização privativa do domínio hídrico

Impõe-se agora analisar que poderes e deveres resultam para o titular do título de utilização de recursos hídricos (licença ou concessão) decorrentes da atribuição do mesmo.

¹¹ Cfr. Alexandra Leitão, “A utilização do domínio público hídrico por particulares”, aula lecionada no curso de pós-graduação de Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, no dia 12 de junho de 2012, disponibilizado em www.icjp.pt.

Nas palavras do professor Freitas do Amaral¹², “a situação jurídica do utente caracteriza-se, fundamentalmente, pelos poderes de uso exclusivo de certa fração de uma coisa dominial que comporta”. Contudo, este mesmo autor chama a atenção que esta visão ativa da situação jurídica do particular não é partilhada por toda a doutrina, havendo quem releve, em primeira linha, a componente passiva da relação jurídica constituída pela atribuição do título, para quem importa o dever de pagar a prestação pecuniária à Administração e o dever de respeitar as condições estipuladas no próprio título¹³.

De acordo com o n.º 1 do artigo 67.º da Lei da Água, a licença confere ao seu titular o direito de exercer as atividades nas condições estabelecidas por lei ou regulamento, para os fins, nos prazos e com os limites estabelecidos no respetivo título.

Já relativamente à concessão de utilização privativa do domínio hídrico, a lei parece alargar o leque de poderes/direitos do particular, estipulando que “a concessão confere ao seu titular o direito de utilização exclusiva, para os fins e com os limites estabelecidos no respetivo contrato, dos bens objeto da concessão, o direito à utilização de terrenos privados de terceiros para realização de estudos, pesquisas e sondagens necessárias, mediante indemnização dos prejuízos causados, e ainda, no caso de ser declarada a utilidade pública do aproveitamento, o direito a requerer e a beneficiar das servidões administrativas e expropriações necessárias, nos termos da legislação aplicável”.

Este alargamento de direitos na concessão resulta, em nossa opinião, não da bilateralidade do título e da sua maior ou menor força jurídica relativamente ao título unilateral, mas da própria natureza das utilizações sujeitas a este tipo de título que, pelo seu impacto no recurso e no próprio território, implicam outro tipo de medidas como, por exemplo, as sondagens nos terrenos marginais.

Comum a estes dois regimes é o facto de ser o próprio título de utilização, unilateral ou bilateralmente, a definir o conteúdo da própria utilização, o que significa que o conteúdo do direito de utilização privativa não é estático, depende das circunstâncias concretas de cada utilização, nunca afastando a exclusividade no uso de determinado bem dominial.

¹² In *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965, p. 205 e seguintes.

¹³ Entre outros, Francesco Alessandro Querci, “*Demanio marittimo*”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, 1964, pp. 92 a 95.

Como já referimos, a utilização privativa dos recursos hídricos está sujeita ao pagamento de uma taxa¹⁴, encontrando-se tal obrigação prevista como contrapartida da utilização do domínio público hídrico, quer para a licença [alínea a) do n.º 4 do artigo 67.º], quer para a concessão (n.º 8 do artigo 68.º, ambos da Lei da Água).

Existem também outras contrapartidas da utilização privativa que cabem ao particular observar sob pena de extinção do título constitutivo da utilização privativa.

Passemos brevemente pela temática das vicissitudes dos títulos de utilização dos recursos hídricos que entendemos relevantes para a definição da natureza jurídica do direito titulado.

A Lei da Água e o Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, admitem a transmissão dos títulos de utilização de domínio público hídrico, sujeitando-a, consoante os casos, a comunicação ou autorização¹⁵.

A transmissão do título como elemento de um estabelecimento agrícola, industrial ou comercial ou das participações sociais basta-se com a mera comunicação, garantidas que estejam as condições que fundamentaram a atribuição do título (n.º 1 e 2 do artigo 72.º da Lei da Água, e n.º 1 e 5 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226/2007, de 31 de maio). Já a transmissão individual carece de autorização da entidade que atribuiu o título, culminando a lei com nulidade a transmissão realizada em violação desta obrigação (n.º 3 do artigo 72.º da Lei da Água e n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio).

O legislador consagrou a transmissão *mortis causa* mitigada, admitindo que, apesar de se transmitir o título e o direito, a Administração pode declarar a caducidade do título se verificar que não estão reunidas as condições que levaram à sua emissão ou que o novo titular não dá garantias da sua observância.

Os títulos de utilização, aqui indistintamente para a autorização, licença ou concessão, podem ser revistos sempre que se verifique: (a) uma alteração das

¹⁴ Não entraremos na discussão jurídica sobre a natureza deste pagamento. A discussão sobre se se trata de uma taxa ou de uma renda é irrelevante para a nossa temática, mas não podemos deixar de dar nota da sua existência.

¹⁵ De forma mais desenvolvida, Alexandra Leitão, *op. cit.* p. 19 e seguintes.

circunstâncias de facto existentes à data da sua emissão e que foram determinantes para o deferimento por parte da Administração; (b) alterações substanciais na composição qualitativa e quantitativa dos efluentes brutos; (c) resultados de monitorizações que denotem o comprometimento dos objetivos definidos no artigo 55.º da Lei da Água; (d) necessidade de adequação aos instrumentos de gestão territorial e aos instrumentos de planeamento dos recursos hídricos; (e) em situações de força maior.

Nas situações de omissão das obrigações do particular, como a falta de prestação ou manutenção de caução ou apólice de seguro nos termos fixados no título, a falta de instalação de sistema de autocontrolo, o não envio dos dados resultantes do autocontrolo e o não pagamento da taxa de recursos hídricos durante mais de seis meses, os títulos de utilização podem ser revogados, total ou parcialmente.

Considerando que a licença e autorização são atos precários, é defensável que tais atos sejam concedidos sob reserva implícita de revogação uma vez que a Administração pode, nas condições enunciadas, determinar a mesma, sem prejuízo da eventual indemnização ao particular quando aquela não decorra de facto que lhe seja imputável¹⁶. Mas quanto à concessão, título bilateral, também será assim?

A “revogação” também é possível para a concessão, embora não à luz do conceito jurídico de revogação dado pelo artigo 331.º do Código dos Contratos Públicos. Trata-se antes de um ato unilateral da Administração que, sancionando os particulares pelas suas omissões e incumprimentos relativamente ao contrato, determina unilateralmente a cessação de efeitos, consubstanciando, em rigor, uma resolução unilateral do contrato e não uma revogação¹⁷.

Ora, resulta do exposto que o conteúdo do direito de utilização privativa do domínio hídrico encontra as baías da sua conformação na lei mas que cabe unilateralmente à Administração, no caso de licença, e à vontade negocial das partes, na concessão, a definição concreta dos direitos do particular sobre determinado bem dominial.

¹⁶ Neste sentido, Alexandra Leitão, “A utilização do domínio público hídrico por particulares”, aula lecionada no curso de pós-graduação de Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, no dia 12 de junho de 2012, disponibilizado em www.icjp.pt.

¹⁷ V. Alexandra Leitão, *op. cit.* p. 31 e seguintes.

5. Natureza jurídica da utilização privativa

Feito o percurso descritivo, necessariamente breve, que enquadra a temática do domínio público hídrico, entramos no âmago da discussão que nos propusemos fazer neste trabalho.

A utilização do domínio público pode ser concedida privativamente a um particular e esse particular pode usar e fruir esse bem dominial enquanto vigorar o título de utilização do domínio hídrico. Mas qual é a natureza jurídica desse direito? É um direito de natureza pública ou privada? Será um direito equiparado ao direito de propriedade privada sobre um bem, compreendendo todas as suas faculdades, incluindo a transmissão, mas a título precário porque a termo? Poderá falar-se aqui numa propriedade enfraquecida? Ou poderá equiparar-se a qualquer outro direito real menor? Ou, ao invés, da sua natureza relacional entre a Administração e o particular resultam apenas direitos e deveres de carácter obrigacional? São estas questões que nos propomos aqui discutir.

Procurando seguir um raciocínio lógico que nos permita concluir com respostas às questões acima indicadas, impõe-se preliminarmente assumir que a figura dos direitos reais, enquanto direitos subjetivos que recaem sobre coisas, conferindo ao seu titular poderes sobre elas e o direito a exigir de todos o respeito pelo seu direito¹⁸, não é um exclusivo do direito civil.

Esta discussão de saber se existem direitos reais administrativos está hoje ultrapassada, sendo aceite e teorizada a figura dos direitos reais administrativos, mas nem sempre assim foi.

Sobre esta discussão discorreu o professor Freitas do Amaral, tendo concluído que “quer o conceito de obrigação, entendida como vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita, em face doutra, ao cumprimento de uma prestação, quer o conceito real, concebido como poder imediato e absoluto de um sujeito sobre uma coisa, nada têm em si mesmos que os limite necessariamente ao direito civil: são conceitos de estrutura que, para além dos traços essenciais que os definem, podem moldar-se tão bem aos regimes de direito privado como aos regimes de direito administrativo”¹⁹.

¹⁸ V. a propósito do conceito de direito real, Ana Prata, *Dicionário jurídico*, 3.ª edição revista e atualizada, Coimbra, 1995, 372 pp.

¹⁹ In *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1968, 267 pp.

Efetivamente, existem determinadas figuras ou mesmo institutos no Direito que, apesar se serem historicamente conetadas com determinadas áreas do Direito, como os direitos reais para o direito civil, o seu conceito permite regular outras matérias similares em outras áreas do Direito. Um exemplo claro desta situação é o instituto da servidão. A estrutura do conceito de servidão é única – encargo imposto sobre certo prédio a favor de um prédio ou coisa – mas o regime jurídico de direito civil ou de direito administrativo permite considerar dois institutos distintos com regimes jurídicos distintos, um de direito privado e outro de direito público²⁰.

A teorização da doutrina dos direitos reais administrativos deve-se essencialmente a Hauriou²¹ que inovou defendendo que a similitude entre os poderes e direitos perante as coisas privadas e o domínio público, por um lado, e os regimes jurídicos necessariamente distintos em função de no domínio público estar sempre em causa a afetação do interesse público, por outro, justifica um instituto específico do direito administrativo que trate do acervo de direitos e poderes sobre os bens, os direitos reais administrativos.

Não obstante termos concluído pela existência de direitos reais administrativos, impõe-se, em segundo lugar, indagar sobre a natureza pública ou privada, ou seja, perceber se o acervo de direitos e deveres decorrentes da atribuição do direito de utilização privativa do domínio público tem natureza pública ou privada.

Entre nós, a tese da natureza privada do direito privativo de utilização do domínio público foi defendida pelo professor Afonso Queiró²². Para os defensores desta tese, na atribuição da utilização privativa não se verifica uma “translação” dos poderes públicos detidos pela Administração para os particulares, não podendo a Administração alienar os poderes públicos atribuídos pela lei e pela afetação da coisa pública para os particulares sob

²⁰ A este propósito afirma Marcello Caetano: “Dissemos que o Direito administrativo constrói um instituto próprio de servidão; a necessidade de o fazer foi reconhecida mesmo por civilistas como Guilherme Moreira, que escreveu: ‘As servidões a que nos temos referido são suficientes para que, em relação às servidões que têm por fim o interesse público, se possa formular uma teoria por que se determine, não só o regime de todas essas servidões, mas o de quaisquer outras que, como as constituídas em proveito dos serviços telegráficos e telefónicos, das concessões de quedas de água, tenham por fim ou a satisfação de necessidades dos habitantes de determinadas circunscrições territoriais, ou um serviço de interesse público’.” In *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 1980, p. 1052.

²¹ *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10.^a edição, Paris, 1921.

²² *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I e II, Coimbra, 1959.

pena de violação dos princípios fundamentais do domínio público, em especial a sua inalienabilidade.

Nas palavras do professor Afonso Queiró “o que sucede é que certas parcelas das coisas que estão afetadas ao uso público, e que por isso são públicas, são afetadas a outro uso, a um uso privado, pela concessão, e, nessa medida, como que deixam de ser públicas por todo o tempo que a concessão durar, recuperando automaticamente essa qualidade com o cessar da concessão”²³.

Em sentido contrário e desmontando os argumentos acima apontados veio o professor Freitas do Amaral e, antes dele, o professor Marcello Caetano, negar o caráter privado do direito de utilização privativa do domínio público, apoiando-se, para o efeito, em três argumentos fundamentais: 1) as relações que tenham por objeto o domínio público revestem natureza pública; 2) o princípio segundo o qual o facto das coisas dominiais estarem fora do comércio jurídico impede que se criem direitos de natureza privada; 3) o regime jurídico de direito público a que a utilização privativa está sujeita, nomeadamente os poderes de revogação da Administração, já referidos, é incompatível com a constituição de direitos de natureza privada que subtraíam, durante um período de tempo, estes bens ao domínio público²⁴.

Conclui o professor Freitas do Amaral: “E, na verdade, é a um regime de direito público que tais poderes se acham submetidos, desde a sua constituição – por ato ou contrato administrativo –, passando pelo seu exercício – fortemente condicionado por imperativos de interesse público e sujeito a uma fiscalização contínua por parte da Administração –, até aos seus modos de extinção – estruturados em vista da necessidade de salvaguardar os interesses superiores do domínio”.²⁵

Quanto a nós entendemos que, salvo o devido respeito, os poderes da Administração sobre o domínio público que compreendem o direito de administrar, de gerir mas também o direito de uso e fruição, aos quais se aplica um regime de direito público especial relativamente ao regime dos

²³ Cfr. Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 1959, p. 34.

²⁴ V. Diogo Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965, p. 258 e seguintes e Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 1980, p. 1052 e seguintes.

²⁵ In *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965, p.263.

direitos reais civis, só podem ser entendidos, na sua globalidade, como direitos de natureza pública.

Ora, quando a Administração, por via de ato administrativo (licença) ou contrato administrativo (concessão), concede o direito privativo de utilização do domínio público está a transferir para o particular parte dos poderes que lhe estão atribuídos – o poder de usar, fruir e dispor de determinado bem do domínio público –, os quais, porque reputados ao domínio público, são necessariamente públicos.

Aqui entendemos que o que mais releva é a dominialidade, ou seja, entendemos que sobre bens do domínio público só é possível constituir direitos de natureza pública, pois tudo o que lhe é inerente é, e só pode ser, público, sob pena de se verificarem situações em que o bem deve ser desafetado do domínio público por não estar afeto ao interesse público²⁶.

Chegados aqui entramos no cerne da discussão que nos propusemos fazer neste trabalho. A utilização privativa do domínio público hídrico inscreve na esfera jurídica dos particulares, seus titulares, um direito real – necessariamente administrativo em face do que acima concluímos – ou um direito obrigacional?

5.1. Distinção entre direito real e direito obrigacional

Procuremos, em primeiro lugar, distinguir direito real de direito obrigacional para depois definirmos a estrutura básica comum aos direitos reais civis e aos direitos reais administrativos.

Nesta primeira questão seguimos de perto Eduardo Alonso e Eduardo Gómez²⁷ que apontam alguns critérios de distinção que nos parecem relevantes:

- 1) o princípio da autonomia da vontade na criação e definição do conteúdo dos direitos obrigacionais (artigo 405.º do Código Civil) e o princípio da tipicidade dos direitos reais (artigo 1306.º do Código Civil);
- 2) os direitos de obrigação nascem de formas variadas e atípicas, decorrentes da vontade das partes; os direitos reais adquirem-se de acordo

²⁶ A este propósito, Afonso Queiró e José Gabriel Queiró, “Desafectação de bens do domínio da circulação urbana”, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume IX, 1995, Tomo 2, p. 255.

²⁷ In *Manual de Derechos Reales*, 2.ª Edição, Edisofer, s.l., Madrid, 2008, pp. 25 e 26.

com os modos de aquisição fixados na lei (por exemplo artigo 1316.º do Código Civil);

- 3) o objeto dos direitos reais são sempre coisas corpóreas (artigo 1302.º do Código Civil), enquanto os direitos de obrigação podem ser relativos a coisas ou prestações;
- 4) os institutos de proteção são totalmente distintos, sendo a própria eficácia dos direitos distinta: os direitos obrigacionais têm eficácia *inter partes* enquanto os direitos reais são oponíveis *erga omnes*.

A estes critérios acrescentamos um que nos parece importante e tem a ver com a capacidade de o particular utilizar o bem imediatamente, independentemente da colaboração da Administração, ou mediamente, dependendo de uma prestação²⁸.

Procuremos, então, caracterizar o direito de utilização privativa do domínio público hídrico em face destas características dos direitos reais e dos direitos obrigacionais, que reputamos como a estrutura destes institutos, independentemente de nos encontrarmos no âmbito do direito civil ou no âmbito do direito administrativo. Começemos pelo fim.

Quanto ao critério de saber se atribuído o direito à utilização privativa o particular fica logo investido na faculdade de gozar a coisa, o professor Freitas do Amaral entende que o particular não fica investido imediatamente nessa faculdade, podendo a Administração recusar a posse do local, sem que, em seu entender, o particular possa reagir contra tal recusa²⁹.

Admitimos que assim fosse em 1965 em face do Código Administrativo então vigente. Contudo, nos dias de hoje, à luz dos princípios jurídicos postulados no Código do Procedimento Administrativo, nomeadamente o princípio da boa fé, e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, entendemos que não é assim.

A atribuição do título de utilização dos recursos hídricos, quer depois se traduza em ato ou em contrato administrativo, configura uma atuação discricionária por parte da Administração, a quem cabe zelar pela manutenção da qualidade das águas e pela compatibilidade das utilizações com o uso privativo e os usos comuns próprios da utilização normal do domínio público hídrico.

²⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *op. cit.*, pp. 271 a 273.

²⁹ Cfr. *op. cit.*, pp. 271 a 273.

Ora, tratando-se de uma atuação discricionária, é nessa sede de apreciação que cabe à Administração fazer todas as ponderações. Após tal ponderação, e se a Administração entender estarem reunidas as condições para a atribuição do título, não pode vir em momento posterior recusar a posse do local.

À luz do artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo, no exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé. Se a Administração atribui o título e depois recusa a posse do local está a atuar em clara violação deste princípio, pelo que não é de admitir tal comportamento.

Por outro lado, o Código do Processo nos Tribunais Administrativos permite a configuração de litígios que tenham por objeto a condenação da Administração ao cumprimento de deveres que tenham sido constituídos por atos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo e que podem ter por objeto o pagamento de uma quantia, a entrega de uma coisa ou a prestação de um facto [alínea e) do n.º 2 do artigo 27.º], detendo o particular a possibilidade de requerer, através da ação administrativa comum, que a Administração reconheça o seu direito e lhe disponibilize o bem dominial.

Na configuração deste litígio, a premissa do direito de ação é a existência de uma vinculação da Administração aos deveres de prestar que resultem diretamente de um ato administrativo anteriormente praticado³⁰, ou seja, a situação jurídica do particular encontra-se conformada por um ato administrativo prévio – no caso, a licença ou concessão de utilização privativa do domínio público hídrico.

Outra possibilidade de reação contenciosa é a que resulta do disposto no artigo 157.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos que admite que, perante um ato administrativo inimpugnável de que resulte um direito para um particular e a que a Administração não dê execução, o particular pode obter a correspondente execução judicial.

Do exposto decorre que a atribuição do título é condição para que imediatamente o particular possa exercer o seu direito sobre o bem domi-

³⁰ Cfr. Mário Aroso de Almeida e outros, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Coimbra, 2010, pp. 239 a 241.

nial. Caso a Administração obste a esse exercício existem meios contenciosos de reação contra a Administração que permitem ao particular fazer valer o seu direito.

Deste modo, consideramos que, quanto a este primeiro requisito, o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é um direito de exercício imediato, tal como os direitos reais.

Quanto ao segundo requisito, a forma típica ou atípica como nascem os direitos, também nos parece que indicia o caráter real deste direito. Efetivamente, o direito de utilização privativa do domínio público hídrico tem as formas de constituição tipificadas na lei – licença ou concessão –, não sendo possível à Administração nem aos particulares conformarem a sua vontade através de qualquer outro ato, contrato ou declaração.

No que concerne ao terceiro requisito sobre o objeto do direito, também aqui o prato da balança cede para os direitos reais. Na verdade, a utilização privativa do domínio público hídrico incide sempre e necessariamente sobre bens dominiais que integram o domínio público hídrico. Se atentarmos ao conceito constitucional de domínio público verificamos que no mesmo estão integrados apenas bens corpóreos, “as águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e flutuáveis, com os respetivos leitos” [álínea a) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição].

Tendo em vista saber se o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é oponível a terceiros ou apenas à Administração, analisemos as posições perfilhadas pela doutrina portuguesa³¹.

Em coerência com a posição defendida a propósito da natureza pública ou privada deste direito, o professor Afonso Queiró defendia que, tratando-se de direitos privados sobre parcelas que eram, durante o período de validade do título, subtraídas ao domínio público, o particular tinha ao seu dispor todos os meios de tutela possessória do direito civil.

Em sentido oposto e defendendo os poderes de polícia da Administração, o professor Marcello Caetano entendia que a defesa, ainda que perante terceiros, devia fazer-se sempre perante a autoridade administrativa.

³¹ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *op. cit.*, pp. 275 e seguintes.

Ora, é verdade que as coisas dominiais se caracterizam pela sua incomercialidade mas, como já referimos, a atribuição deste direito mais não faz do que transferir para o particular, a título privativo, os poderes de uso e fruição e até, em certa medida, o de disposição³² deste bem, pelo tempo em que durar a licença ou concessão. Sendo assim, esta transferência de poderes compreende também os meios de defesa titulados pela Administração para defesa do seu direito dominial, excluindo-se, obviamente, aqueles que tenham a ver com a administração e gestão do domínio.

Isto não quer dizer que os meios de reação sejam exatamente os mesmos do direito civil. Como referimos, o reconhecimento da existência de direitos reais administrativos resulta também de estes direitos terem um regime próprio face ao direito civil.

A este propósito, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece que cabe aos Tribunais Administrativos o reconhecimento de situações jurídico-subjetivas diretamente decorrentes de atos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo, sendo esta, por exemplo, uma das possíveis formas de reação perante terceiros.

Não nos parece relevante a questão da impossibilidade de existir posse sobre bens dominiais, apesar de nos parecer que esse é o critério determinante para o professor Freitas do Amaral concluir pela mera eficácia *inter partes* deste direito.

Na verdade, consideramos fundamental saber se o ordenamento jurídico-público prevê formas de reação do titular do direito perante terceiros sem a intermediação da Administração, sendo certo que, conforme vimos, tais meios de reação existem.

Assim, entendemos que também este requisito aponta no sentido da qualificação do direito em causa como direito real.

Por fim, importa analisar o requisito da tipicidade ou atipicidade do direito de utilização privativa do domínio público hídrico e aqui entendemos que, para cumprir o critério da tipicidade do direito real, este direito tem que ser subsumível a um dos seguintes tipos de direito real: direito de propriedade, direito de usufruto ou direito de superfície.

Analisemos, ainda que brevemente, cada um deles.

³² Recordamos que se admite a sua transmissão.

5.2. O direito de propriedade

Seguindo o conceito proposto pelo professor Menezes Cordeiro, o direito de propriedade é “um direito real pleno e exclusivo, o que quer dizer, é a afetação jurídico-privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas ou, se preferir, a permissão normativa, pela e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea”³³.

De acordo com o artigo 1305.º do Código Civil, o direito de propriedade compreende as faculdades de uso, fruição e disposição.

A doutrina³⁴ aponta um conjunto de características do direito de propriedade:

- plenitude, no sentido de compreender todos os poderes que podem existir sobre uma coisa;
- elasticidade, visto que o direito tende a expandir-se até ao máximo de faculdades que comporta;
- perpetuidade, porque, em regra, o direito de propriedade não cessa pelo decurso do prazo;
- transmissibilidade, ou seja, possibilidade de transmissão.

O direito de propriedade é adquirido por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação e acessão (artigo 1316.º do Código Civil).

5.3. O direito de usufruto

O artigo 1439.º do Código Civil define usufruto como “o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância”.

Este direito permite usar e fruir de um bem ou direito de forma temporária, sendo várias as formas de limitação temporal do usufruto. A título de exemplo, recorda-se que o usufruto constituído a favor de pessoas individuais não pode exceder a vida do usufrutuário e quando constituído a favor de pessoas coletivas não pode exceder 30 anos (artigos 1443.º e 1477.º do Código Civil).

³³ In *Direitos Reais*, reimpressão, Lisboa, 1993, p. 630.

³⁴ V. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, Príncipia, 2002, p. 47.

A impossibilidade de alteração da forma não implica que não possam ser acrescentadas coisas à coisa usufruída, desde que em respeito pelo destino económico do bem (artigo 1449.º do Código Civil).

A transmissibilidade deste direito é limitada (artigo 1444.º do Código Civil).

O usufruto pode ser constituído por contrato, testamento, usucapião ou disposição da lei (artigo 1440.º do Código Civil).

5.4. O direito de superfície

O artigo 1524.º do Código Civil define direito de superfície como a “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”.

Nos termos do artigo 1532.º do Código Civil, “enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação”.

Também quanto à fruição do subsolo o artigo 1533.º do Código Civil esclarece que pertence ao proprietário.

Em regra é transmissível *inter vivos e mortis causa* (artigo 1534.º do Código Civil).

O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e ainda resultar da alienação da obra já existente, separadamente da propriedade do solo – artigo 1528.º do Código Civil.

6. Posição assumida

Indicadas as principais características destes direitos reais, concluímos desde logo que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico não é subsumível ao direito de propriedade, entre outras razões por não ser atribuída ao titular a exclusividade dos direitos sobre o bem, reservando a Administração o direito de gestão e administração dominial.

Entendemos também que não é subsumível ao direito de superfície por duas principais razões: em primeiro lugar, nem todas as utilizações sujeitas a título de utilização de recursos hídricos implicam construir ou manter

construções ou plantações³⁵; em segundo lugar, o facto do uso e fruição do subsolo não se transmitir para o superficiário, o que se afigura incompatível com uma série de utilizações, como as captações subterrâneas de água.

Resta-nos o usufruto. Após análise e ponderação do respetivo regime, consideramos que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é subsumível a este instituto. Com efeito:

- permite o uso e fruição por um determinado período de tempo;
- é transmissível, ainda que apenas *inter vivos*. Apesar de o título de utilização poder ser, como vimos, transmissível *mortis causa*, não nos parece que a transmissibilidade apenas *inter vivos* seja uma característica fundamental do direito de usufruto;
- podem ser acrescidas coisas, nomeadamente construções em respeito pelo fim económico do bem, tal como no direito de utilização privativa, desde que se cumpram os termos – o destino económico do bem – do título.

Atendendo a que, como acabamos de ver, o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é subsumível ao instituto do direito de usufruto, à questão da tipicidade ou atipicidade do direito, podemos decidir pelo cumprimento do critério da tipicidade dos direitos reais.

Em face de todo o exposto, estamos em condições de concluir que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico, revestindo a natureza de um direito real, subordinado a um regime de direito administrativo, é, em nossa opinião, um direito real administrativo³⁶.

7. Conclusões

Este nosso percurso permite-nos:

1.º Reconhecer a autonomia da figura dos direitos reais administrativos, os quais apresentam as mesmas características dos direitos reais civis mas aos quais se aplica um regime próprio de direito público.

³⁵ Veja-se a título de exemplo as competições desportivas.

³⁶ Neste sentido tem avançado a jurisprudência relativamente aos direitos relativos às sepulturas e jazigos nos cemitérios, cujas conclusões entendemos também terem aplicação no campo dos títulos de utilização dos recursos hídricos. Ver, por todos, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de março de 2002 in *www.dgsi.pt*.

2.º Os poderes da Administração sobre o domínio público, que compreendem os direitos de administrar e de gerir mas também os direitos de uso e fruição, aos quais se aplica um regime de direito público especial relativamente ao regime dos direitos reais civis, só podem ser entendidos, na sua globalidade, como direitos de natureza pública.

3.º Quando a Administração, por via de ato administrativo (licença) ou contrato administrativo (concessão), concede um direito privativo de utilização do domínio público está a transferir para o particular parte dos poderes que lhe estão atribuídos, o poder de usar, fruir e dispor de determinado bem do domínio público, os quais, porque reputados ao domínio público, são necessariamente públicos.

4.º O direito de utilização privativa do domínio público hídrico apresenta todas as características dos direitos reais: exercício imediato, tipicidade das formas de constituição, objeto corpóreo e oponibilidade relativamente a terceiros.

5.º Quanto à questão da tipicidade dos direitos, consideramos que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é subsumível ao direito de usufruto: permite o uso e fruição por um determinado período de tempo, é transmissível *inter vivos*, podem ser acrescidas coisas, nomeadamente construções, em respeito pelo fim económico do bem.

6.º Ora, sendo o direito de utilização privativa do domínio público hídrico subsumível ao instituto do direito de usufruto, é possível concluir pelo cumprimento do critério da tipicidade dos direitos reais.

7.º Estando preenchidas as características dos direitos reais, o direito de utilização privativa do domínio público hídrico tem natureza de direito real subordinado a um regime de direito administrativo, configurando, pois, um direito real administrativo.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes (2010), *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Coimbra.

ALONSO, Eduardo Serrano e GÓMEZ, Eduardo Serrano (2008), *Manual de Derechos Reales*, 2.ª edição, Edisofer, s.l., Madrid.

AMARAL, Diogo Freitas do (1965), *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra.

AMARAL, Diogo Freitas do e FERNANDES, José Pedro (1978), *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra.

CAETANO, Marcello (1980), *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra.

CALVO, Carlos Claussen, *Acerca de la naturaleza jurídica del derecho emanado de concesión minera*, disponibilizado na Internet.

CHAMARD, Caroline (2004), *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz.

CORDEIRO, António Menezes (1993), *Direitos Reais*, reimpressão, Lisboa, 630 pp.

DUARTE, Rui Pinto (2002), *Curso de Direitos Reais*, Principia.

FERNANDES, José Pedro (1991), "Domínio público", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, 2.^a edição, p.160 e seguintes.

FERNANDES, Luís A. Carvalho (1997), *Lições de Direitos Reais*, 2.^a edição, Quid Iuris.

GAUDEMMENT, Yves (2011), *Traité de Droit Administratif, Droit Administratif des biens*, 14.^a edição, L.G.D.J.

HARRIOU, Maurice (1921), *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10.^a edição, Paris.

LEITÃO, Alexandra, "A utilização do domínio público hídrico por particulares", aula lecionada no curso de pós-graduação de Direito da Água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa no dia 12 de junho de 2012, disponibilizado em www.icjp.pt.

MONIZ, Ana Raquel (2005), *O domínio público. O critério e o seu regime jurídico*, Coimbra.

PARADA, Ramon (1993), *Derecho Administrativo. III - Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 5.^a edição, Marcial Pons.

PÉREZ, Marta García, *La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público*, disponibilizado na Internet.

PRATA, Ana (1995), *Dicionário jurídico*, 3.^a edição revista e atualizada, Coimbra.

QUEIRÓ, Afonso (1959), *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I e II, Coimbra.

QUEIRÓ, Afonso e QUEIRÓ, José Gabriel (1995), “Propriedade pública e direitos reais de uso público no domínio da circulação urbana”, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. IX, tomo 2.

QUERCI, Francesco Alessandro (1964), “Demanio marittimo”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII.

A GESTÃO E A CONCESSÃO DAS ÁREAS PORTUÁRIAS

Amadeu Ferreira da Rocha

Vogal do Conselho de Administração da APDL – Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A.

1. Introdução

1.1. O porto e as suas áreas

Todos fazemos uma ideia, ainda que muito genérica, do que é um porto e de uma forma muito breve e simples definiríamos porto como o local onde as mercadorias e os passageiros são transferidos do navio-mar para o cais-terra. Complementar a esta ideia geral do conceito de porto associa-se uma outra que também nos é familiar, a importância do porto para a economia de uma dada região ou país.

Qual é o valor do porto? A resposta a esta questão conduz-nos a uma análise de valor que se avalia em três perspetivas ou dimensões diferentes mas todas relevantes para o todo que é o porto: a económica, a social e a ambiental.

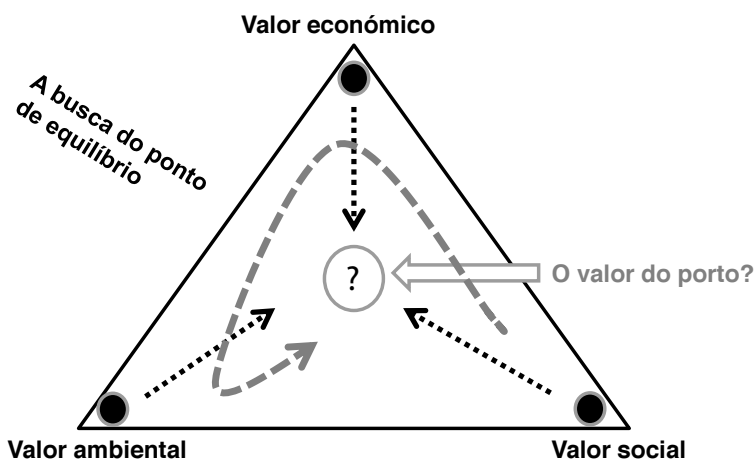


Figura 1 – O valor do porto

Na dimensão económica importa realçar que o porto é um multiplicador económico por natureza, não só pelos efeitos diretos, indiretos e induzidos que cria através atividades portuárias, das indústrias de proximidade e das indústrias em geral que dele se servem, mas também por ser um centro aglomerador de atividades por excelência. Daqui a importância primordial do porto nas trocas do comércio externo do País, no contributo para a criação de riqueza nacional (PIB – Produto Interno Bruto) e na geração de impostos e direitos alfandegários.

O valor social do porto avalia-se pelo seu papel de agente de desenvolvimento regional que se evidencia fundamental para a economia de pequenas regiões e se traduz na sustentabilidade das suas indústrias, na criação de emprego e nos rendimentos das famílias. Interessa ainda referir as atividades de lazer, cultura e turismo que impactam os cidadãos e contribuem para o seu bem-estar e desenvolvimento.

Na última das dimensões, a ambiental, interessa zelar por uma plena integração urbana do porto no ambiente que o rodeia, o que passa por uma intervenção integrada que atue ao nível quer da mitigação dos seus impactes negativos, quer da criação de condições adicionais de valorização do espaço urbano envolvente, mormente em matéria de conectividade física com o seu *hinterland* (acessos rodovias e ferroviários). Nos dias de hoje a preocupação ambiental na gestão do porto é uma constante, podendo afirmar-se que tudo é eco (econavios, eco-instalações, eco-equipamentos, ecocontentores) e que alguns portos apostam na dimensão ambiental como estratégia de diferenciação face aos seus concorrentes.

O equilíbrio entre estas três dimensões do valor do porto não é fácil de alcançar mas é o que os gestores portuários buscam, mormente se o acionista do porto for um agente público, como o é no caso dos portos portugueses, no sentido de garantir a sustentabilidade económica, social e ambiental do porto.

Numa economia mundializada em que vivemos, muitas vezes apelidada “economia de redes”, o transporte marítimo desempenha uma função primacial na interligação dos centros de produção aos centros de consumo. De facto, o comércio internacional de mercadorias faz-se hoje através de um sistema de transporte marítimo em rede com outros modos de transporte e centros logísticos, envolvendo um conjunto vasto de atores, quer do lado do país exportador quer do importador, vulgarmente denominada cadeia logística de transporte.

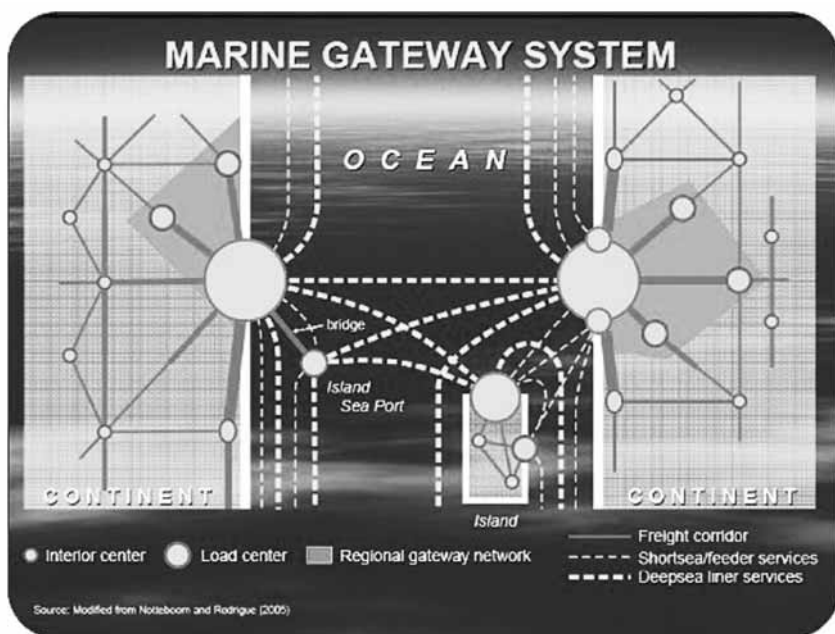


Figura 2 – Sistema logístico do transporte marítimo

O porto constitui um elo dessa rede logística e a sua função inspira-se no conceito de “Porto Amplo”, *i.e.* o porto que extravasa as suas fronteiras físicas, que se preocupa com a integração da sua zona de influência terrestre (*hinterland*), com a zona de influência marítima (*foreland*) e acredita que faz parte do ciclo de vida dos produtos que por ele passam e por isso se interessa que a passagem portuária contribua para o objetivo de minimizar o tempo em trânsito decorrido desde a fábrica do exportador até ao armazém do importador.

No exercício da sua função na cadeia logística, o porto deve suportar a sua estratégia de desenvolvimento orientada para mercado, *i.e.* os seus projetos de investimento e processos internos devem ser desenvolvidos para satisfazer as necessidades dos navios, camiões e comboios que a ele chegam ou partem com mercadoria dos exportadores e importadores que usam o porto como meio de escoamento (de entrada e de saída) dos seus produtos.

Este processo de escoamento é tecnicamente designado processo de passagem portuária, para o qual concorre um vasto grupo de agentes, quer públicos quer privados, que, não raras vezes, atuam em simultâneo para prestarem os serviços aos meios de transporte e à carga.

PORTO



(Fonte: J L Estrada Llaquet)

Figura 3 – O porto e os clientes

A administração portuária é um dos agentes públicos que tem um papel muito particular e difícil de desempenhar, o de integrador, coordenador e facilitador de todas as atividades que concorrem para o produto portuário. Os interesses de cada agente são muito diversos e legítimos aos olhos de cada um, pelo que a dificuldade está em encontrar o máximo denominador comum que consiga impactar todos os agentes numa estratégia global de desenvolvimento do porto.

Em termos físicos, o porto é uma infraestrutura que interliga o lado mar do lado terra e a sua área é delimitada por um limite marítimo e um limite terrestre, sendo fundamental o que está a montante e a jusante desta área, *i.e.* o acesso marítimo e terrestre.

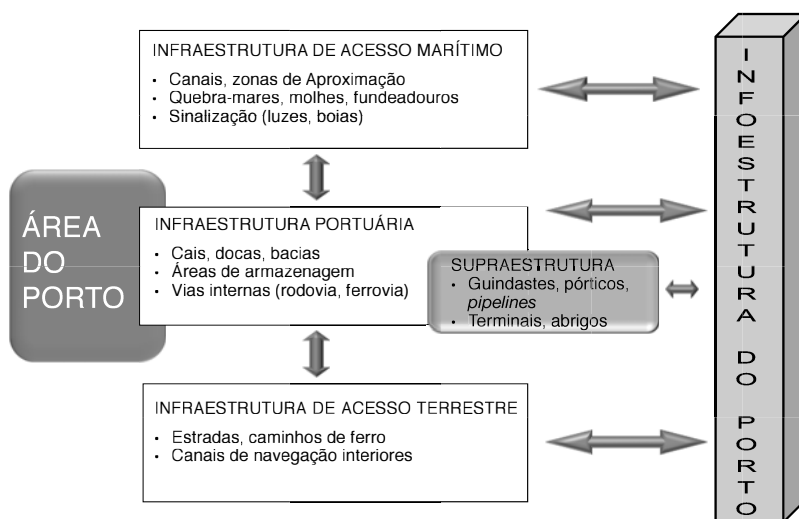


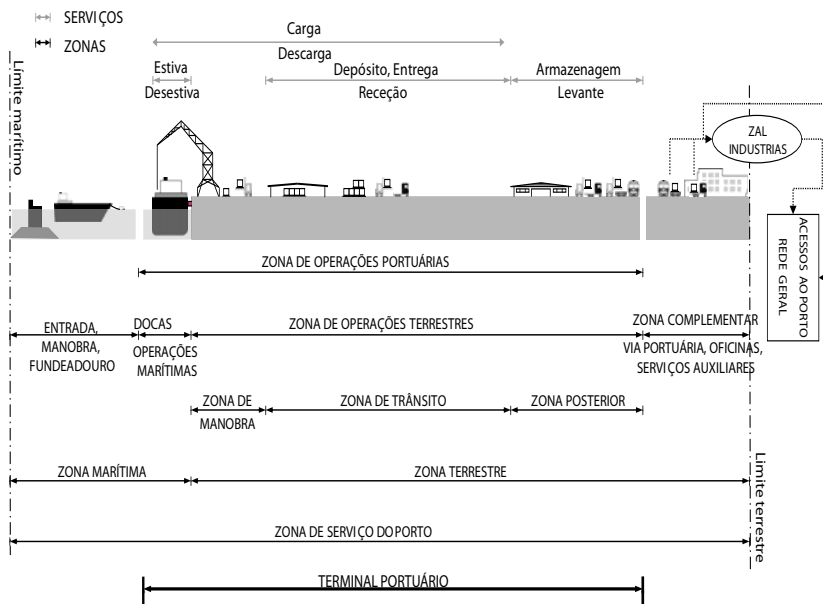
Figura 4 – Esquema da estrutura de um porto

A infraestrutura portuária é composta por um conjunto de obras marítimas, terrestres, edifícios e equipamentos que, por mais funcional que seja, só conseguirá desempenhar a sua função intermodal se os acessos marítimos e terrestres forem funcionais para garantir a fluidez do ciclo físico dos navios e cargas no porto.

Em paralelo a este ciclo físico corre um outro ciclo, não menos relevante que o primeiro, o relativo ao fluxo administrativo e informativo que acompanha o fluxo físico dos meios de transporte e da carga, designado infoestrutura do porto. Aqui trata-se de ganhar agilidade nos processos administrativos e informativos para que estes respondam de forma rápida e eficaz às necessidades de obtenção de autorizações e cumprimento de requisitos de controlo pelos diversos agentes que intervêm naquele fluxo físico.

Interessa realçar a importância acrescida que hoje em dia o ciclo administrativo e informativo detém no porto, uma vez que dele se espera a disponibilização de serviços de valor acrescentado para todos os agentes, mormente os atores das cadeias logísticas que utilizam os portos – a nível nacional foi criada a JUP – Janela Única Portuária através da qual se obtiveram benefícios claros na simplificação, desburocratização, redução de tempo e custos no desembaraço dos navios e cargas nos portos.

Em termos de áreas portuárias, o terminal portuário é por excelência a instalação que em si mesma integra a essência da atividade portuária, ou seja, a transferência modal da carga entre o navio, caminhão, comboio ou barçaça.



(Fonte: J. L. Estrada Llaquet)

Figura 5 – Porto: esquema dos espaços, infraestruturas, instalações e serviços

O esquema acima apresentado evidencia as diferentes zonas e respetivos serviços associados, com destaque para a zona de operações portuárias, coincidente com o terminal portuário, onde se desenrolam as atividades que permitem dar continuidade à cadeia de transporte intermodal, *i.e.* um terminal sem ruturas que garante a fluidez e agilidade que satisfaça as necessidades das cadeias logísticas.

Importa registar que a área de gestão de um porto extravasa a zona de operações portuárias e o seu domínio de jurisdição, em regra, engloba diferentes tipos de áreas: a molhada, a terrestre, a dominial e a logística. Os dois primeiros tipos de área são mais tradicionais, onde se exercem as atividades *core* do porto, o terceiro tipo de área corresponde a atividades de gestão de margens contíguas ao porto destinadas ao lazer e turismo

e, por fim, uma área onde são implantadas atividades complementares e industriais que se destinam a potenciar as atividades *core* do porto e a aumentar as suas valências da oferta para dar resposta às necessidades das cadeias logísticas.

Feita esta introdução ao porto e suas áreas de gestão, iremos abordar os principais modelos de gestão portuária, passaremos pelo modelo de gestão dos portos portugueses e terminaremos com a caracterização do processo das concessões portuárias e os principais desafios para a administração portuária.

1.2. Os principais modelos de gestão portuária

Dada a importância vital e estratégica dos portos no desenvolvimento da economia de um país, estes têm merecido ao longo dos tempos um controlo direto dos poderes públicos, mas por outra parte o grande volume de investimentos requerido para a sua ampliação e modernização tem sido uma das razões para um maior envolvimento dos agentes económicos privados na gestão dos portos.

Os motivos que suportam uma reestruturação da gestão de um porto podem variar consideravelmente e dependem dos objetivos concretos que se pretendem alcançar em cada caso, se bem que a meta final será sempre aumentar a qualidade e eficiência dos serviços e a redução de custos, o que significa o mesmo que satisfazer as necessidades dos utilizadores do porto. É preciso ter em conta que o êxito ou fracasso de um porto, seja grande ou pequeno, não está necessariamente ligado ao tipo de modelo de gestão, público, privado ou misto. No entanto, os portos que estão na primeira linha têm todos uma estratégia comum, a de estarem fortemente orientados para o mercado, pelo que esta parece ser a meta final da maioria das reestruturações portuárias.

Um dos objetivos frequentemente fixado é a eficiência, que por si só é um conceito restrito, já que se podem proporcionar serviços de forma eficiente mas às vezes não necessariamente os que o mercado procura. Assim, aspetos como a flexibilidade, responsabilidade, fiabilidade e interoperabilidade são requisitos importantes do mercado que possivelmente não se refletem com clarividência na eficiência.

O mundo portuário identifica três modelos diferentes de gestão e administração de um porto: administração direta pelo Estado (Portugal, Espanha e Grécia, entre outros), administração direta pelo município

(Bélgica, Holanda) ou administração privada (Inglaterra, Nova Zelândia). Em todos eles encontramos organismos específicos para a gestão e exploração económica do porto, sendo o mais internacionalmente conhecido a autoridade portuária que, no caso português, ganha também a designação de administração portuária.

Como objetivos específicos da reestruturação da gestão dos portos podemos citar os seguintes:

- aumentar a eficiência e diversificação dos serviços;
- reduzir custos e fomentar a concorrência;
- promover o porto num mercado aberto;
- promover recursos financeiros para o seu desenvolvimento;
- facilitar a introdução de modernos métodos de gestão empresarial;
- reduzir ao máximo o suporte financeiro e administrativo dos poderes públicos.

Todos estes objetivos, que podem ser desenvolvidos de forma escalonada, têm como meta final satisfazer as necessidades do mercado e, portanto, dos clientes.

Na literatura, os diferentes modelos de gestão portuária são distinguidos por um conjunto de características que passa pela resposta às questões seguintes:

- A provisão dos serviços é garantida por um agente público, privado ou misto?
- A gestão é exercida por um agente local, regional ou nacional?
- Quem possui e controla as infraestruturas portuárias (cais e terreplenos)?
- Quem possui e controla as supraestruturas e equipamentos, em particular os equipamentos de movimentação vertical e dos armazéns e depósitos?
- Quem gere a mão-de-obra portuária, *i.e.* os estivadores utilizados nas operações de movimentação de mercadorias?

A Figura 6 identifica os modelos básicos de gestão portuária.

TIPO	Infraestrutura	Superstrutura	Trabalho Portuário	Outras Funções
Porto Público	PÚBLICA	PÚBLICA	PÚBLICA	MAIORIA PÚBLICA
Tool Port	PÚBLICA	PÚBLICA	PRIVADA	PÚBLICO / PRIVADO
<i>Landlord Port</i>	PÚBLICA	PRIVADA	PRIVADA	PÚBLICO / PRIVADO
<i>Porto Privado</i>	PRIVADA	PRIVADA	PRIVADA	MAIORIA PÚBLICA

(Fonte: World Bank Port Reform Toolkit 2007)

Figura 6 – Modelos básicos de gestão

No Porto de Serviços (*Service Port* ou *Operating Port*) a gestão é predominante pública, ou seja, é o agente público que possui, desenvolve e mantém as infraestruturas e as superestruturas, incluindo os equipamentos, bem como o empregador dos estivadores (trabalho portuário). A maior das vantagens deste modelo é a unicidade de comando dos fatores produtivos que estão todos concentrados numa só entidade, o agente público que explora o porto, e uma das principais desvantagens é o fraco envolvimento do setor privado nas operações portuárias.

No modelo Porto Fornecedor dos Equipamentos (*Tool Port*) existe uma maior participação do setor privado na gestão, mormente ao nível da gestão do trabalho portuário (estivadores) e equipamentos leves de movimentação horizontal (empilhadores e camiões), sendo que as infraestruturas e superestruturas, incluindo os equipamentos de movimentação vertical (guindastes e pórticos), são da posse e controlo do agente público responsável pela exploração do porto. A principal vantagem deste modelo é a concentração do investimento em infraestruturas e equipamentos no agente público e a desvantagem é a gestão bipartida das operações portuárias entre o agente público e o setor privado, não existindo o controlo unificado dos fatores produtivos.

No Porto Senhorio (*Landlord Port*) apenas as infraestruturas portuárias são de posse e controlo do agente público e as superestruturas, incluindo os equipamentos, e o trabalho portuário são do controlo e gestão do setor

privado. O agente público, através da concessão de serviço público das infraestruturas, coloca a exploração dos terminais portuários na esfera dos privados por um determinado período de tempo. A vantagem primeira deste modelo é a unicidade de comando dos fatores produtivos (cais, terraplenos, equipamentos e trabalhadores portuários) e a principal desvantagem é o risco de criar uma sobrecapacidade portuária em resultado da pressão dos privados para o acesso à atividade de exploração de um terminal.

No último modelo, o Porto Privado (*Private Port*), o envolvimento do setor privado na gestão do porto é total na medida em que as infraestruturas, as superestruturas e o trabalho portuário são detidos e geridos pelo agente privado, que é o dono do porto. Também neste modelo a vantagem primordial é o pleno da unicidade de comando dos fatores produtivos que se associa ao facto de a política de desenvolvimento e tarifária tender a ser orientada pelo mercado e a desvantagem é a necessidade de um agente regulador, mormente nas situações de monopólio.

Os exemplos práticos dos modelos básicos acima apresentados encontram-se a nível mundial: o Porto de Serviços pode encontrar-se na maioria dos países em vias de desenvolvimento como, por exemplo, Cabo Verde, S. Tomé e Príncipe e Guiné-Bissau; são exemplos do Porto Fornecedor dos Equipamentos Santos no Brasil, Le Havre em França, Aveiro em Portugal; o Porto Senhorio tem exemplos na maioria dos países do Norte da Europa (Roterdão, Antuérpia, Hamburgo), em Nova Iorque nos EUA, em Barcelona, Valência, Algeciras, Bilbao, Vigo em Espanha e em Leixões, Lisboa, Sines e Setúbal em Portugal; o Porto Privado apenas encontra exemplos na Inglaterra e Nova Zelândia.

Por fim, regista-se que a União Europeia não impôs qualquer mudança de gestão de portos no sentido da sua harmonização, se bem que tenha definido princípios e diretrizes de política portuária comum que permitem um desenvolvimento da atividade portuária de forma coerente com a função económica que os portos devem desempenhar dentro da União. Neste sentido, a política comunitária alicerça-se num conjunto de princípios fundamentais: modernização da capacidade portuária, integração na política comum de transportes, livre e leal concorrência e respeito pelo meio ambiente, à luz dos quais têm sido definidas linhas diretrizes e planos de ação. Esta política tem vindo a ser implementada com as dificuldades inerentes à aceitação por um coletivo de países e há uma atividade na qual, com frequência, os costumes e exclusividade no trabalho portuário têm sido a norma.

1.3. O modelo de gestão dos portos portugueses

Os portos portugueses integram o domínio público marítimo e, como tal, são pertença do Estado e a sua gestão tem estado encomendada a organismos públicos locais, chamados administrações portuárias, com personalidade jurídica própria e capacidade plena para a exploração económica dos portos e que submetem o seu funcionamento às regras do direito privado salvo quando exercem funções de poder público. Com efeito, o estatuto destas administrações portuárias é híbrido na medida em que, por um lado, como sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, nas suas atividades de gestão e exploração do porto atuam com suporte no direito comercial privado mas, por outro, no exercício dos poderes públicos que lhe estão confiados atuam com suporte no direito público administrativo.

A gestão dos portos portugueses assenta no tipo *Landlord Port* (Porto Senhorio), em que a participação do setor privado é forte, uma vez que todas as atividades operacionais e comerciais nos portos são da responsabilidade do agente privado que gere os terminais portuários através de concessões que lhe são atribuídas, em regime de serviço público, pela administração portuária que possui e desenvolve as infraestruturas. Assim, as atividades de movimentação das mercadorias de e para os navios, armazenagem, reboque (Leixões é o único porto do País em que a administração portuária explora diretamente esta atividade) e amarração são exercidas por privados; a pilotagem, em todos os portos, é exercida pela administração portuária, embora o regulamento do serviço da pilotagem nos portos nacionais preveja a sua concessão; o trabalho portuário é gerido pelas empresas de trabalho portuário, em regra criadas por porto pelas empresas de estiva que exploram os terminais portuários e cujo objeto é a gestão da bolsa de trabalhadores (*pool*) que pode ser utilizada por cada um dos operadores dos terminais portuários – o operador de um terminal portuário tem no quadro privativo da empresa o número de trabalhadores (estivadores) necessários para o nível de atividade normal e nos picos de atividade requisita “trabalhadores avulsos” à empresa de trabalho portuário.

Em termos de organização institucional, o sistema portuário dos portos do continente engloba sete administrações portuárias, empresas de capitais exclusivamente públicos, cinco das quais se referem aos portos primários (ou principais): Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sines; e duas administrações que gerem os portos secundários (ou regionais), Viana do

Castelo e Figueira da Foz, sendo o capital da primeira detido 100% por Leixões e o da segunda por Aveiro. Além das administrações portuárias existe um instituto público dedicado ao apoio técnico à tutela e supervisão e regulação do setor marítimo e portuário, designado Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (IPTM), em fase de reestruturação para ser integrado num instituto que irá supervisionar e regular todos os modos de transportes, o Instituto de Mobilidade e Transportes (IMT).

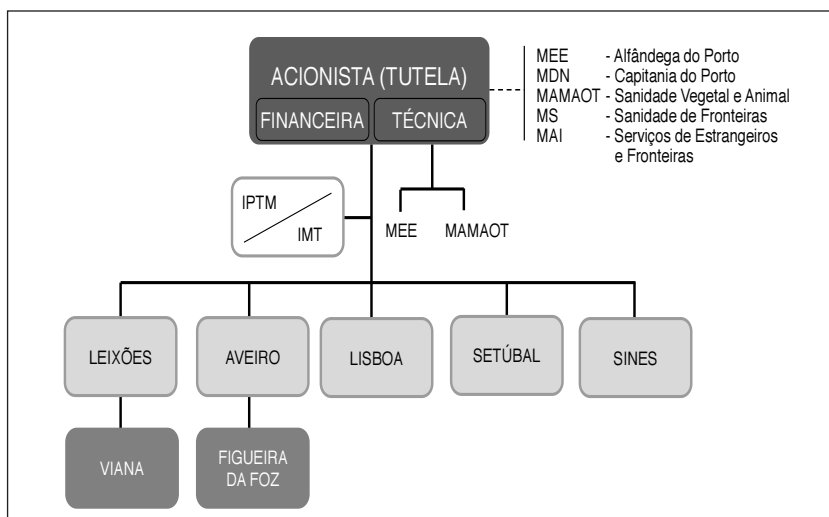


Figura 7 – Organização institucional dos portos portugueses

O acionista Estado (vulgo tutela) reparte-se por duas áreas distintas: a financeira e a técnica. A tutela financeira é exercida pelo Ministério das Finanças, que detém a totalidade das ações que compõem o capital social, e a tutela técnica, igualmente duplamente repartida, cabe ao Ministério das Economia e Emprego (MEE), através da Secretaria de Estado dos Transportes, nas vertentes de gestão, exploração e regulação económica dos portos, e ao Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (MAMAOT), através da Secretaria de Estado do Mar, nas vertentes regulamentação das atividades do setor marítimo-portuário, da segurança marítima e portuária e controlo do estado dos portos.

Além desta tutela financeira e técnica há outros ministérios que tutelam um conjunto de agentes públicos que intervêm nos portos (ver Figura 7):

alfândega, capitania, sanidade vegetal e animal, sanidade de fronteiras e serviço de estrangeiros e fronteiras. Como se verifica, a intervenção dos poderes públicos nos portos envolve um número significativo de ministérios e agentes e públicos o que, não raras vezes, complica o processo administrativo e gera conflitos de competências que conduzem a perda de eficiência do sistema porto. Assim, pensamos que a modernização e racionalização dos poderes públicos nos portos é um desafio que está por alcançar, embora a criação da JUP – Janela Única Portuária tenha trazido melhorias significativas, mas ainda há ganhos que resultariam de uma integração dos poderes públicos, o que passaria pela redução do número de agentes públicos que nele intervêm e/ou uma melhor coordenação e articulação entre eles.

O tema do modelo de governação das administrações portuárias é uma matéria que tem estado na crista da onda do debate político, embora se tenha debatido muito mais “o quanto” do que “o como”, ou seja, têm vindo à baila do conhecimento público intenções do Governo em criar uma só administração portuária para o País, ou duas (Norte e Sul) ou três (Norte, Centro e Sul) ou mesmo a criação de uma *holding* que integrará o conjunto das administrações portuárias existentes, numa lógica de integração das atuais estruturas e com suporte numa aparente perspectiva de redução de custos associados à gestão dos portos.

Com efeito, mais importante do que o número de estruturas e da poupança no número de gestores públicos, a questão que importa avaliar é se uma gestão centralizada *versus* a gestão descentralizada, hoje existente, vem trazer ganhos de eficiência e eficácia na exploração dos portos.

A experiência das reformas portuárias ao nível mundial demonstra que a descentralização tem sido uma via para a modernização da gestão com suporte na ideia de que a administração portuária necessita de autonomia, agilidade e proximidade na gestão que não se compadece com decisões que são tomadas por um órgão de decisão distante, centralizador e que não conhece nem impacta os agentes locais que operam no porto. De facto, é preciso notar que a gestão de um porto extravasa a própria administração portuária e deve ser gerido como um negócio no seu todo em harmonia com as respetivas comunidades portuárias locais, *i.e.* o conjunto de atores públicos e privados que concorrem para sustentar o negócio.

Pensamos que independentemente da opção política, centralizadora ou descentralizadora, o modelo de governação futura assenta no papel cada um dos atores nas principais áreas de interesse da gestão do porto.



Figura 8 – Modelo de gestão do futuro e os atores

A Figura 8 sintetiza os principais atores e áreas da gestão que importa acautelar no modelo futuro, o qual deve assentar numa definição muito objetiva e clara do papel de cada ator ao nível do governo das estruturas organizativas (*governance*) e do investimento.

Ao nível do governo das estruturas há que realçar que a gestão do sistema porto deve estar confiada às administrações portuárias e aos concessionários, sendo que às primeiras cabe o papel integrador e dinamizador da gestão do porto no seu todo. A regulação deverá ser feita por entidade independente, afastada da gestão do porto, que deve zelar por garantir as condições de mercado equitativas para os agentes económicos privados envolvidos na gestão. Ao Estado, pai das políticas públicas, cabe o papel de as definir de forma objetiva, clara e ambiciosa, buscando uma visão estratégica de desenvolvimento para os portos portugueses e aproveitando as suas complementaridades, sem prejuízo de fomento da concorrência nos mercados em que se venha a verificar que essa é a melhor via para racionalizar os recursos disponíveis.

No outro nível, o de investimento nos portos, os grandes investidores serão cada vez mais os concessionários que devem investir nos cais e

equipamentos, embora as administrações portuárias devam continuar a garantir as infraestruturas gerais de uso comum no porto. O Estado terá responsabilidade nos investimentos relacionados com as infraestruturas de base que têm a ver com as condições de acessos e de segurança, embora a tendência seja cada vez mais para transferir esta responsabilidade para a esfera do porto.

2. As concessões portuárias

2.1. Noção de concessão de serviços portuários

A concessão de serviços portuários ao setor privado tem sido uma das vias mais usadas na Europa, e mesmo mundialmente, para um maior envolvimento dos privados no investimento e gestão dos portos, tendo como resultante um alívio para o Governo no que concerne a um menor encargo financeiro com o financiamento das atividades portuárias.

O que deve entender-se por concessão portuária? Em primeiro lugar, há que distinguir concessão de privatização. A concessão é um privilégio ou direito que alguém possui e o concede a outrem mediante certas condições, enquanto a privatização se refere à transferência de posse de ativos do setor público para o setor privado. Assim, no primeiro caso o setor público detém a posse dos ativos e apenas concede a outrem o privilégio de os explorar de acordo com regras previamente estabelecidas, e no segundo tudo é transferido para a esfera do privado, a posse dos ativos e o direitos de os explorar.

Numa definição de concessão portuária mais alinhada com o direito administrativo dir-se-á que “concessão é um contrato através do qual uma entidade pública (a concedente) concede a uma entidade privada (a concessionária) o direito de financiar, construir e explorar a *facility* ou equipamento, em regime de serviço público, por um dado período de tempo, findo o qual a *facility* ou o equipamento será transferido para a concedente”. O direito a conceder poderá ser no todo ou em parte, ou seja, uma concessão do tipo *greenfield* incluiu o financiamento, construção e exploração, mas haverá casos em que se concede somente a exploração porque a *facility* já existe e está em uso.

De notar que a concessão, por regra, é atribuída em regime de serviço público, querendo isto significar que os princípios de universalidade, regularidade (ou continuidade) e adaptabilidade inerentes ao serviço público têm de estar

assegurados no contrato de concessão, o mesmo é dizer que há obrigações de serviço público que têm de ser cumpridas pela concessionária.

Importa ainda distinguir as concessões portuárias das parcerias público-privadas (PPP), sendo que num primeiro momento se possa afirmar que uma concessão portuária se integra no conceito das PPP uma vez que se trata de um contrato de exploração de um bem (obra e equipamentos) realizado entre um ente público e um privado para um período mais ou menos longo de tempo. Ora, sendo isto verdade, não menos verdade é que o que distingue as PPP das concessões portuárias é a sua autosuficiência financeira e o facto de o risco de mercado estar inteiramente alocado no concessionário privado, ao contrário das PPP nos outros setores da atividade económica.

A Comissão Europeia define concessão como “acts attributable to the State whereby a public authority entrusts to a third party – by means of a contractual act or a unilateral act with the prior consent of the third party – the total or partial management of services for which that authority would normally be responsible and for which the third party assumes risk”. Fica claro que no entender da Comissão Europeia o princípio básico para atribuição de uma concessão é que o risco seja assumido pela parte terceira, ou seja, pelo concessionário.



Figura 9 – Concessões portuárias e PPP

A Figura 9 evidencia que a capacidade de geração de receita do projeto de investimento público vai determinando a tipologia de contrato de que

estamos a falar, sendo que as concessões portuárias se encontram no topo da pirâmide, onde não há suporte financeiro de dinheiros públicos, tudo é financiado pelo privado, e o risco de mercado é na íntegra da sua responsabilidade.

A experiência de Leixões evidencia que as concessões de terminais portuários existentes e em funcionamento na altura da concessão são unidades com capacidade de geração de receita e o risco foi assumido pelos concessionários. Com efeito, a APDL exigiu aos privados a aquisição de todo o equipamento destinado à movimentação de cargas e o pagamento de rendas pelo uso das infraestruturas (cais e terraplenos) definidas com uma componente fixa (m; m²) e outra variável (ton., TEU), sendo que nesta última decresce à medida que o tráfego aumenta, garantindo que todo o risco do mercado está do lado do operado do terminal. Com mais de dez anos de vida, as concessões têm gerado receitas para pagar as rendas à concedente e os retornos de investimento esperados pelos agentes privados nelas envolvidos.

Os principais tipos de concessão usados nos portos são três, a saber:

- concessão de obras públicas: trata-se de atribuição a um agente económico privado do direito de construir uma obra pública e de a explorar durante um determinado período de tempo, findo o qual os bens reverterem a favor da concedente livres de qualquer ónus e encargos. É o regime conhecido, na linguagem internacional, por BOT – *Build, Operate and Transfer* e de que é exemplo a construção e exploração do Terminal XXI no Porto de Sines, tendo este sido construído de raiz pela Port Singapore Authority (PSA) e está a ser explorado pela mesma entidade;
- concessão de uso privativo do domínio público: trata-se de atribuição a um agente económico privado do direito de usar uma parcela dominial, por exemplo um cais e/ou terrapleno, para seu uso e interesse, desde que o próprio interesse do privado coincida com o interesse público, devendo este ser reconhecido por uma resolução do Conselho de Ministros; é o caso do Terminal de Petroleiros em Leixões concessionado à Petrogal. Também neste caso, no término da concessão todos os bens reverterem a favor da concedente livres de qualquer ónus e encargos;
- concessão de serviços públicos: trata-se de atribuição a um agente económico privado do direito de prestar um serviço ou exercer uma

atividade de interesse público durante um determinado período de tempo, findo o qual todos os bens revertssem para a concedente livres de qualquer ónus e encargos. É o caso da maioria dos terminais portuários concessionados em Portugal, uma vez que se tratou da concessão de terminais já em exploração pelo agente público e que se transferiu para o privado.

A razão para que em todos os tipos de concessão se verifique que no final do período da concessão todos os bens revertssem a favor da concedente livres de qualquer ónus e encargos, salvo nos investimentos realizados nos últimos dez anos em que o concessionário tem direito a ser ressarcido pelo valor dos bens ainda não totalmente amortizados no período da concessão, prende-se com o facto de estarmos perante a prestação de serviços públicos ou o exercício de atividades de interesse público que exigem uma continuidade ao longo do tempo, daqui que seja importante contar com as infraestruturas e equipamentos afetos à concessão.

2.2. Objetivos e interesses

As motivações para as concessões, em geral, podem ser de ordem variada, desde uma postura ideológica e política até uma postura racional suportada em critérios de gestão, económicos e financeiros. A ideológica assenta numa vontade política liberal e na crença de que tudo o que é público é mau e tudo o que é privado é bom. Não perfilhamos desta crença, pois os bons e os maus exemplos de gestão tanto se encontram no público como privado, tanto mais que no caso dos portos o exemplo de excelência da gestão é o porto de Singapura, com gestão totalmente pública com modelo *service port*. Os critérios de gestão, económicos e financeiros prendem-se com razões muito mais objetivas e concretas: a eficiência produtiva, a orientação para o mercado e para os resultados, a transferência de tecnologias e *know-how*, a nomeação de gestores profissionais e competentes e a redução dos encargos financeiros do Estado no investimento em infraestruturas e equipamentos.

O que procuram os portos, ou melhor, as administrações portuárias responsáveis pela sua gestão com a concessão das atividades portuárias? Em primeiro lugar, procuram o financiamento privado para os investimentos avultados e indivisíveis em infraestruturas e equipamentos portuários, também procuram o conhecimento tecnológico que será muito transferível com os privados envolvidos na sua gestão e, por fim, procuram ainda eficiência e excelência na gestão que são potenciadas pelo facto de

o privado dominar todos os fatores produtivos (cais, terraplenos, equipamentos e pessoal), bem como pelo facto de eliminar de alguns constrangimentos da Administração Pública no que concerne ao cumprimento de regras legais para a aquisição de bens e serviços (concursos públicos) e da gestão do pessoal com estatuto de funcionário público.

Os atores e interesses intervenientes num processo de concessão portuária são muitos e diversos, como pretende espelhar a Figura 10.

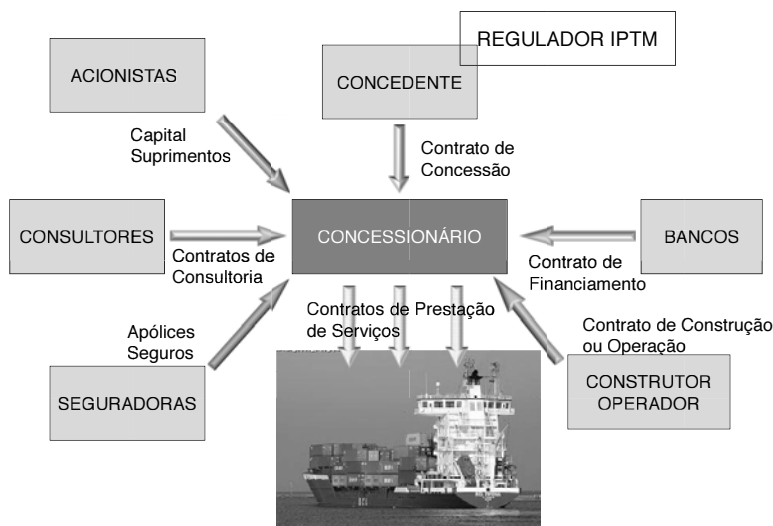


Figura 10 – Os atores nas concessões portuárias

Em primeiro lugar há que afirmar que todos os interesses são legítimos, ainda que numa primeira leitura nos possam parecer conflituantes ou mesmo antagónicos. Vejamos cada um deles.

- *concedente*: é a administração portuária que detém o direito de exploração dos cais e terminais portuários e que, através de concurso público, o vai conceder a um agente económico privado. As normas e regras desta cedência hão de estar plasmadas no contrato de concessão, documento que reúne as questões técnicas, económicas e jurídicas para o funcionamento da concessão e a salvaguarda das obrigações de serviço público. As tarifas praticadas pelo concessionário aos utilizadores dos cais e terminais são reguladas e aprovadas pela concedente

nos termos fixados no contrato. Interessa à administração portuária que as obrigações do contrato de concessão sejam respeitadas, mormente aquelas que dizem respeito ao investimento do privado na concessão, sendo esta a maneira de garantir o desenvolvimento dos serviços prestados e a continuidade dos mesmos;

- *concessionário*: é o agente privado que no concurso público apresentou o melhor modelo de negócio para o desenvolvimento do cais ou terminal concessionado e que vai deter o direito de prestar os serviços aos seus utilizadores mediante a cobrança de uma tarifa aprovada pela concedente, durante o prazo da concessão. O concessionário paga à concedente taxas pelo uso das infraestruturas e equipamentos, vulgo rendas da concessão, que poderão ser fixadas com uma componente fixa e outra variável. Interessa-lhe gerar negócio para garantir o retorno do capital investido no cais ou terminal, o que só será alcançável com uma boa *performance* do serviço prestado em termos de preço, qualidade e fiabilidade, de forma a captar um maior volume de tráfego;
- *utilizadores da concessão*: são os meios de transporte (navio, camião e vagão), as mercadorias e os passageiros que usam o cais ou terminal e estão interessados num bom nível de serviço prestado por parte do concessionário e que a concedente seja o garante de que os seus interesses são protegidos de ações arbitrárias que vão somente ao encontro dos interesses do concessionário, mormente da situações de abuso de posição dominante;
- *acionistas*: são os que aportam parte do capital necessário ao desenvolvimento do projeto e o colocam na sociedade concessionária, sendo o seu interesse primeiro o retorno do capital investido de acordo com uma taxa de retorno aceitável para os riscos que foram assumidos com a outorga da concessão;
- *bancos*: são os que financiam parte do projeto, depois de realizados estudos aprofundados sobre a viabilidade económica e financeira do projeto que garantam a sua bancabilidade. Estão interessados em que o serviço da dívida seja cumprido por parte do concessionário, pelo que, por vezes, fixam no contrato cláusulas que lhes permitem o *step in*, ou seja, o direito de assumir ou fazer parte da empresa concessionária, passando a integrar o seu conselho de administração, desde que verificados alguns indicadores de *performance* financeira fixados no contrato;

- *consultores*: são as empresas consultoras em várias áreas do saber, mormente económica, financeira, engenharia e logística, que deram o seu contributo para a elaboração do modelo de negócio que suporta a proposta a concurso. Estão interessados que o seu modelo de negócio seja o vencedor na medida em que lhes são abertas portas, não só para oportunidades de negócio similares mas também para a assessoria à própria implantação e desenvolvimento do negócio no futuro;
- *seguradoras*: são as companhias de seguros que vendem as suas apólices de seguro ao concessionário, mormente seguros de infraestruturas, equipamentos e de responsabilidade civil para o exercício das atividades concessionadas. Estão interessadas no pagamento das apólices e na minimização dos riscos que potenciam a ativação das apólices. Em regra, nos contratos de concessão está prevista uma cláusula para que as companhias de seguros avisem a concedente da falta de pagamento dos seguros, situações em que esta substituirá a concessionária no pagamento com o direito de ser ressarcida no futuro;
- *construtoras*: são as empresas de construção civil especializadas em obras marítimas que vão realizar as obras de instalação do cais ou terminal, isto nos casos em que estamos perante uma situação de criar um novo cais ou terminal (projeto *greenfield*). Estão interessadas em que o concessionário pague as obras nos prazos contratualizados, isto quando elas próprias não fazem parte do próprio capital do concessionário, e aqui são ressarcidas de acordo com a própria capacidade de geração de fundos do projeto;
- *regulador (IPTM)*: entidade pública que tem por incumbência garantir que o processo de concessão cumpriu todas normas e regras legislativas, gerais e específicas, e que os princípios da transparência e equidade foram assegurados.

Em toda a concessão deve existir um equilíbrio económico e financeiro entre as tarifas cobradas pelo concessionário por serviços prestados aos utilizadores e as rendas pagas por este à concedente pelo uso dos bens concessionados. Quais são as óticas e interesses que estão em jogo e que é necessário salvaguardar? São fundamentalmente três e não duas, como à primeira vista poderia parecer: a da concedente, a do concessionário e a do utilizador do serviço público. Vejamos cada uma delas em particular:

- na ótica de concedente importa realçar que ganha relevo a salvaguarda da viabilidade económica e financeira da concessão vista de dois lados: o da concedente e o do concessionário. Por um lado, o concedente só estará interessado em concessionar o serviço se após a concessão a sua saúde económica e financeira for idêntica ou melhor à situação que vivia antes da concessão; caso contrário, não terá interesse em concessionar. Por outro lado, interessa também à concedente que o negócio a desenvolver pelo concessionário reúna as condições para garantir uma taxa e retorno atraente para o investidor (o concessionário), pois só desta forma é que o concessionário “vestirá a camisola” e investirá no desenvolvimento da concessão. Esta dupla preocupação da concedente deverá conduzir a estudos de viabilidade económica e financeira na perspetiva da concedente e do concessionário e é a melhor via para cuidar dos interesses dos utilizadores do porto, na medida em que ambos, concedente e concessionário, remarão no sentido de melhorar a qualidade dos serviços prestados;
- na ótica do concessionário o seu interesse primeiro é o de obtenção do lucro que permita remunerar o acionista privado de forma atrativa. A primeira motivação para os privados investirem nos portos é serem remunerados por taxas de retorno dos investimentos superiores a aplicações alternativas no mercado financeiro. É legítima esta busca do lucro por parte do concessionário, e a concedente estará a “dar tiros nos pés” se não entender e aceitar este interesse do concessionário que deverá andar associado a uma visão empresarial do negócio e que aposta na melhoria constante da *performance* da concessão como estratégia para vencer num mercado cada vez mais competitivo;
- na ótica dos utilizadores dos cais e terminais portuários interessa que o serviço prestado após concessão seja de melhor qualidade e que o preço dos serviços seja mais baixo ou no limite, não seja superior ao que já era praticado antes da concessão, no caso de estarmos perante uma concessão de serviço já existente. Interessa registar que, ao contrário do que se possa pensar, a qualidade do serviço (prazos, produtividade, atendimento, disponibilidade, interoperabilidade, fiabilidade, integridade das cargas, ausência de roubos e estabilidade social e normativa) é tão ou mais relevante que o preço, estando os utilizadores na maioria das vezes dispostos a pagar um prémio pelo excelente nível de serviço prestado.

Abordadas as óticas dos atores principais envolvidos numa concessão, a questão que se coloca é a de saber se existem mecanismos contratuais que possam satisfazer os interesses das partes envolvidas. Entendemos que sim. A trilogia de fatores que assegura o sucesso da concessão é: as rendas pagas à concedente, as tarifas máximas dos serviços prestados e a rentabilidade da concessão na ótica do concessionário.

As rendas, *i.e.* as taxas pagas pelo concessionário à concedente pelo uso dos bens da concessão, devem constituir um dado no processo de concurso, o que significa dizer que a concedente deverá pedir aos concorrentes valores de renda, fixa e variável, que lhe assegurem a manutenção, ou mesmo melhoria, da sua situação económico-financeira antes da concessão e evitar colocar o valor das taxas a cotação como critério de apreciação de propostas, no sentido de que quanto mais altas as taxas oferecidas melhor será para avaliação das propostas. Esta opção de não colocar as rendas à cotação prende-se com o facto de estas fazerem parte da estrutura de custos do concessionário e, como tal, quanto mais elevadas forem mais pressão ascendente fazem para fixar a tarifa máxima dos serviços prestados ao utilizador.

A fixação do nível de rendas é um fator de equilíbrio financeiro da concessão. Com efeito, um nível de rendas elevado pode, por um lado, garantir a saúde económica e financeira da concedente, mas pode, por outro, colocar em risco o negócio do concessionário porque o induz a praticar tarifas mais elevadas e, conseqüentemente, aumenta o risco de perda para ambas as partes. Se o nível de rendas é baixo pode não garantir a saúde económica e financeira da concedente mas pode ser positivo para o negócio do concessionário pois pode ter tarifas muito competitivas no mercado, sendo que ao fragilizar a posição do provisor do serviço público (a concedente) potencia a posição dominante do concessionário e aumenta o risco de perda do negócio a médio e longo prazo. Com um nível de rendas equilibrado temos maiores probabilidades de potenciar ganhos para ambas as partes na medida em que os riscos do negócio são partilhados de uma forma equilibrada e a aposta na procura da eficiência e da eficácia conduzem a encarar o negócio como uma oportunidade de desenvolvimento, o que se traduzirá em ganhos para os utilizadores.

As tarifas máximas propostas pelos concorrentes para os serviços a prestar na área concessionada deverão ter em consideração as estruturas de custos dos fatores produtivos que concorrem para a prestação do serviço,

sendo a renda da concessão um desses fatores. O nível das tarifas máximas proposto deverá ser o suficiente para cobrir os custos de exploração corrente, os custos de investimento, o serviço da dívida e a taxa de retorno exigida pelos acionistas, sendo que quanto mais elevado for menor será a capacidade competitiva do terminal. Com o objetivo de termos uma proposta vencedora com um elevado nível competitivo opinamos que as tarifas máximas deverão ser cotadas como critério principal de avaliação das propostas no sentido de irmos ao encontro do interesse dos seu utilizadores, *i.e.* pagar um preço menor ou, no limite, igual ao que já existia antes da concessão.

A rentabilidade da concessão na ótica do concessionário deverá ter um mínimo aceitável de forma a remunerar os acionistas a taxas atrativas no mercado, por isto as propostas com uma rentabilidade abaixo de um determinado limite deverão ser rejeitadas porque se baseiam em tarifas muito baixas e numa estrutura de custos abaixo do aceitável, o que coloca em risco a sustentabilidade do negócio.

Em suma, o que dissemos relativamente aos fatores de sucesso da concessão pode ser dito de outra forma: o que conta para a concedente é que a concessão se traduza em *value for money*, ou seja, que a exploração dos cais e terminais produzam benefícios socioeconómicos. Para isso é necessário que os critérios da sua atribuição se suportem na economia de meios e afetação de bens e serviços em função das necessidades, na eficiência no que toca à utilização de recursos e na eficácia no alcance dos resultados pretendidos; e tudo isto com base no princípio da conformidade das normas, da responsabilidade dos atores e na transparência de procedimentos.

Por tudo o que ficou dito sobre a concessão dos cais e terminais portuários é fácil compreender que o modelo de gestão do porto, do tipo *Landlord Port*, se revela de importância capital para se alcançar o objetivo do *value for money*. Os agentes que nele atuam são vários, como já vimos, e pertencem a grupos económicos: o setor público como garante e provisor do serviço público; o setor privado como prestador dos serviços operacionais e comerciais; os utilizadores dos portos como clientes dos cais e terminais portuários que esperam serviços de melhor qualidade-preço.

A chave para a satisfação dos interesses da concedente, do concessionário e dos utilizadores do porto é o nível de serviço efetivo da concessão, *i.e.* se o nível de serviço é elevado e competitivo então cada vez



Figura 11 – Modelo de gestão – interações

mais o concessionário é capaz de captar tráfego para o terminal e desta forma potenciar o desenvolvimento dos serviços prestados, cumprindo as obrigações de serviço público que lhe foram confiadas e indo ao encontro das necessidades dos utilizadores – o nível de serviço integra um conjunto de elementos que são avaliados pelos interessados: preço, *transit time* (prazos), produtividade, atendimento, disponibilidade, interoperabilidade, fiabilidade, integridade das cargas, estabilidade social e normas, segurança das operações e das cargas.

As interações entre o setor público e o privado e os utilizadores do porto espelhadas na Figura 11 requerem que a gestão do porto seja feita de forma interativa (*interactiv management*), ou seja, que haja uma entidade que coordene e articule todas as atividades, quer públicas quer privadas, para que o produto final tenha um elevado nível em termos de qualidade-preço. A entidade que melhor está posicionada para desempenhar o papel de integrador e facilitador das atividades é a administração portuária.

2.3. Missão, papel e desafios da administração portuária

Nos portos portugueses houve nas duas últimas décadas uma grande transformação ao nível do modelo gestão. Passámos do *Tool Port* para o *Landlord Port* pela via da concessão das atividades portuárias ao setor privado. Esta mudança veio a traduzir-se numa significativa alteração do papel e funções ao nível das administrações portuárias e num maior envolvimento do setor privado na gestão operacional e comercial dos portos.

Assim, antes das concessões as administrações portuárias eram o grande operador portuário na medida em que, além da posse das infraestruturas, detinham os equipamentos e respetivo pessoal usado nas operações de carga e descarga dos navios. Acrescia ainda às suas funções a regulamentação e fiscalização de todas as atividades exercidas no porto. Tínhamos um papel tripartido para a administração portuária, detentora das infraestruturas e equipamentos, operadora nas atividades de movimentação de cargas e reguladora nas atividades de regulamentação e fiscalização, papel esse que era potenciador de gerar situações de conflito, designadamente na função de reguladora em que poderia ser acusada de ser juiz em causa própria.

Após a concessão as administrações portuárias passam a desempenhar um só papel, o de gestora e senhoria das infraestruturas com funções de planeamento do porto a longo prazo, coordenação de atividades, gestão de contratos de concessão, controlo e segurança do tráfego marítimo e regulamentadora e fiscalizadora das normas, passando as atividades operacionais e comerciais para a esfera do setor privado com os concessionários a responsabilizarem-se pelas operações portuárias, investimento em equipamentos (nalguns casos até mesmo em infraestruturas), pessoal portuário e ainda a assumirem o risco associado ao negócio de exploração de um cais ou terminal portuário.

Se do lado das administrações portuárias as alterações foram profundas, o mesmo se pode dizer do lado do setor privado. Antes das concessões os agentes privados já intervinham nas operações portuárias mas com uma função de “quasi intermediário”, na medida em que, assente no estatuto de diretor técnico das operações portuárias que a lei lhe conferia, apenas se limitava a alugar equipamentos com o respetivo manobrador à administração portuária e a requisitar pessoal estivador a uma bolsa de trabalhadores (*poll* de mão de obra portuária” do porto) e a dirigir as

operações de carga e descarga dos navios, sendo o nível de investimento muito reduzido e limitado a algum equipamento de movimentação horizontal. Após as concessões o seu envolvimento nas operações portuárias passa a ser muito mais robusto e arriscado porque, continuando a ter a direção técnica das operações portuárias, agora o concessionário é o detentor dos equipamentos e tem no seu quadro de trabalhadores o pessoal que os movimenta e exerce as funções de estiva e desestiva dos navios, pelo que o volume de investimento e o risco associado ao negócio são muito mais elevados do que no modelo de gestão anterior às concessões.

O modelo de gestão *Landlord Port* coloca novos desafios para as administrações portuárias que nascem no seio de um conjunto de características que o caracterizam, designadamente:

- os múltiplos atores envolvidos, quer públicos quer privados, nos diferentes serviços portuários;
- as múltiplas ligações e interações entre os diferentes agentes;
- algumas dificuldades de coordenação de serviços entre os diversos agentes;
- enfoque de cada um dos agentes nos seus objetivos de curto prazo;
- promoção comercial fragmentada, agindo cada um dos agentes *per sí*;
- heterogeneidade do padrão de qualidade dos serviços prestados.

Em face deste intrincado relacionamento entre os atores, a administração portuária é desafiada a definir estratégias de ação que procuram maximizar a eficiência e eficácia do funcionamento do modelo, das quais destacamos:

- visão integrada do desenvolvimento estratégico do porto em busca do máximo denominador comum em face de interesses tão diversos;
- articulação permanente e consistente, gerando conexão entre os atores portuários;
- planeamento e promoção a médio e longo prazo com vista ao desenvolvimento integrado do porto;
- postura pró-ativa, aberta e cooperante.

No modelo de gestão *Landlord Port* um novo desafio que se coloca à administração portuária, no papel de concedente, é o acompanhamento e controlo das concessões, onde três questões primordiais merecem resposta cuidada:

- controlo de *performance*: acompanhar e controlar em pleno a concessão e ter uma postura pró-ativa para alcançar os objetivos é uma nova função da administração portuária, o que exige uma necessidade de comunicação eficiente que permita alinhar estratégias e definir os principais objetivos;
- qualidade de serviço: conhecer a dinâmica do negócio que permita definir um painel de indicadores de qualidade dos serviços prestados aos utilizadores e contribua para fixar e controlar objetivos e promover o terminal;
- investimento: acompanhar a execução do plano de investimentos da concessão com o objetivo de zelar pelos interesses dos utilizadores do serviço público, minimizando o risco de subinvestimento e incentivando a eficiência portuária.

De facto, se bem que o contrato de concessão fixe as regras do jogo que devem ser claras, estáveis e respeitadas, este não pode prever e regular tudo, pelo que quando surgem situações novas é preciso tomar decisões sábias para manter o equilíbrio de interesses das partes que o subscreveram. Importa assim conceber um sistema de acompanhamento e controlo da concessão que permita à administração portuária gerir o contrato, conhecer a dinâmica e o valor do negócio.

No porto de Leixões foi dada grande importância ao processo de monitorização das concessões, o que conduziu à conceção de um sistema de acompanhamento e controlo das concessões de serviço público que se sustenta na apresentação de um relatório de execução do plano de atividades plurianual do concessionário – inicialmente ao trimestre e, após uns anos de prática, passou ao semestre – que é avaliado pela concedente que produz um relatório de análise que é dado a conhecer ao concessionário e pode ou não conter pedidos de esclarecimento ou recomendações. O Quadro 1 sintetiza o modelo de monitorização implementado em Leixões.

Quadro 1 – Indicadores de monitorização das concessões portuárias em Leixões

Descrição	KPI
Relatório de monitorização periódica do plano de atividades	<ul style="list-style-type: none">• Evolução do tráfego.• Investimentos em curso ou planeados (nível da infra e da superestruturas).• Análise comparativa entre atividades planeadas e as executadas.
Indicadores de qualidade do serviço	<ul style="list-style-type: none">• Tempo médio de paragem dos navios (espera, atracagem e rotação).• Eficiência das operações (número de contentores por hora efetiva de trabalho no navio, por hora operacional, por hora de acostagem e por horas totais de tempo de paragem).• Tempo médio de rotação de camiões e vagões (<i>loaders</i>). KPI de manutenção e gestão dos equipamentos. MTBF – tempo médio entre falhas. MTTR – tempo médio entre reparações.• KPI de segurança: número e tipo de acidentes.
Periodicidade	<ul style="list-style-type: none">• A informação deve ser atualizada trimestralmente.

(Fonte: Carlos O. Cruz e Rui C. Marques)

Além da monitorização das concessões e à parte o modelo de gestão adotado, um outro grande desafio do futuro para a administração portuária é desenvolver e cuidar da infoestrutura, *i.e.* das plataformas informáticas que permitam um maior grau de internacionalização do porto e de interoperabilidade dos operadores da cadeia logística.

Conforma referido no início, um porto é um elo da cadeia logística de transporte e atua em sistema de rede com todos os atores que ligam um *hinterland* a um *foreland*. De facto, um porto é um sistema com processos complexos, onde se desenvolve um vasto leque de atividades e se cruzam relações de negócio e administrativas entre um alargado conjunto de intervenientes. Cada vez mais um porto é visto como um elo principal de uma rede de atores que prestam serviços logísticos. A eficiência desta

rede, onde se formalizam as cadeias logísticas de elevada capacidade, depende essencialmente de três tipos de relações:

- B2B (*Business to Business*) entre os agentes económicos, prestadores de serviços logísticos.
- A2A (*Administration to Administration*) entre os agentes do Estado.
- B2A e A2B entre os agentes do Estado e os agentes económicos.

O recurso às novas tecnologias de informação para dar resposta às necessidades informacionais que suportam estas relações tem conduzido à criação de plataformas informáticas específicas (Controlo do tráfego marítimo – *SafeSeaNet*; Sistema da declaração sumária das mercadorias – *e-Customs SDS*; JUP – Janela Única Portuária, *e-Port Community System*) que têm evoluído ao longo dos tempos.

A JUP – Janela Única Portuária assemelha-se a uma figura organizacional de todos nós conhecida, a Loja do Cidadão, com a diferença que estamos perante uma plataforma eletrónica, sem local físico, em que a administração portuária desempenha o papel de *broker* da informação gerada pelas relações B2A e A2B, *i.e.* uma verdadeira Loja do Utilizador do Porto.

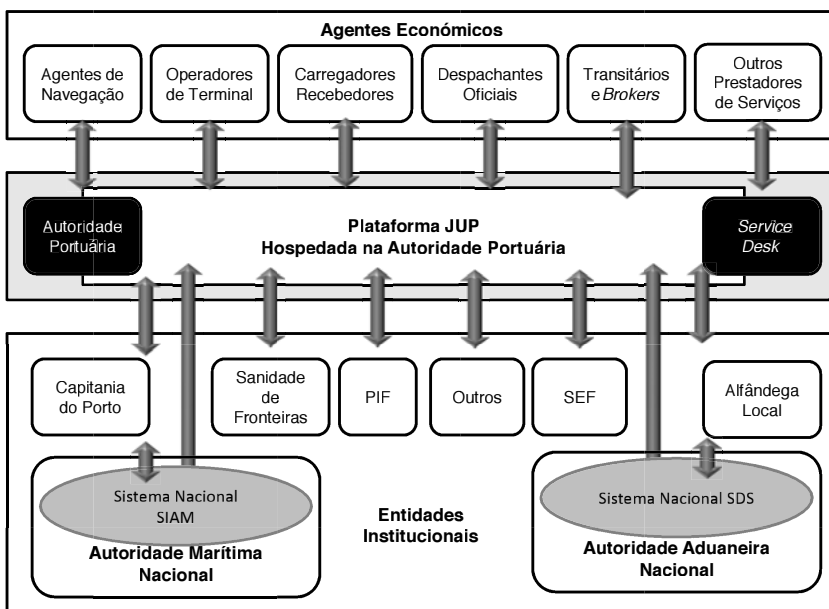


Figura 12 – JUP – Janela Única Portuária

A ideia-chave é a da simplificação de procedimentos, que leva a que cada um dos intervenientes nos diversos processos portuários só tenha que interagir com a *interface* da aplicação para se relacionar com todos os outros. Com efeito, a entrada em funcionamento da JUP em todos os portos portugueses resultou em benefícios evidentes na simplificação, desburocratização, redução de tempos e custos no despacho de mercadorias por via marítima e colocou Portugal na linha da frente das melhores práticas europeias.

No ambiente competitivo em que os portos se movem na luta pela sua integração nas cadeias logísticas de transporte, só terão a ganhar com uma aproximação aos seus clientes, exportadores e importadores. Este alinhamento estratégico dos portos com os seus clientes na prossecução de uma maior competitividade do porto pode dirigir a gestão para formas mais eficientes e diferenciadoras de serviços logísticos de entrada e de saída.

Neste sentido, o porto marítimo poderá ser utilizado como um elo integrado da cadeia numa rede de serviços logísticos semelhante ao existente nas redes privadas de correio urgente, como por exemplo o DHL, FEDEX, TNT, etc. A JUL trouxe consigo uma maior eficiência portuária mas torna-se necessário ir mais além concentrando os nossos esforços nas questões relativas à co-modalidade, ou seja, à eficiência da cadeia de transporte global desde a porta da empresa exportadora ou da plataforma logística até ao destino final das mercadorias.

Nasce assim a necessidade da criação de uma plataforma eletrónica mais alargada que vem sendo designada por JUL – Janela Única Logística. Nesta plataforma ficarão disponíveis funcionalidades como as de seguir a mercadoria durante o transporte, comparar preços entre os vários prestadores e rotas alternativas, avaliar da pegada ambiental para cada opção de transporte e, ainda, a possibilidade de as novas empresas exportadoras aplicarem as boas práticas já utilizadas pelas empresas exportadoras de sucesso.

Verifica-se que se trata de uma rede complexa de relações onde se podem distinguir três camadas distintas: a primeira ao nível do comércio internacional (*Trade Layer*) onde se estabelecem os contratos de compra e venda internacional; a segunda ao nível dos serviços logísticos (*Logistic Layer*) onde os múltiplos operadores vendem os seus serviços no mercado; a terceira ao nível da administração (*Institucional Layer*) onde os agentes públicos desenvolvem os atos declarativos, de controlo e de regulação.

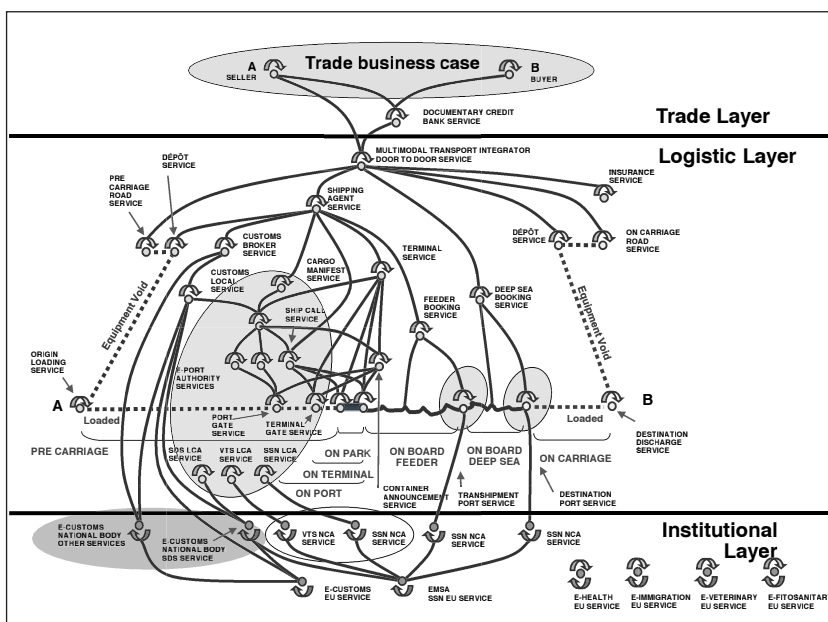


Figura 13 – JUL – Janela Única Logística

Acresce que questões de transparência de processos, preocupações ambientais e interoperabilidade numa Europa sem fronteiras implicam que o desenvolvimento da plataforma JUL seja feito com integração e colaboração com outros parceiros europeus para a construção de uma plataforma ao nível europeu.

Assim, Portugal, representado pelos portos de Leixões e de Lisboa e, ainda, o Instituto Portuário e Transportes Marítimos (IPTM), está a participar no projeto MIELE – *Multimodal Interoperability E-Services for Logistics and Environment Sustainability*, no âmbito das redes transeuropeias, em conjunto com outros países europeus: Espanha, Alemanha, Itália e Chipre.

O desafio é bastante ambicioso, mas no que à componente JUL diz respeito mais não é do que alcançar o patamar já atingido por outros setores da atividade económica, mormente o do turismo (*booking.com; edreams.pt; kayak.com*).

Bibliografia

ESTRADA, Jose Luís L. (2007), *Mejora de la competitividad de un puerto por medio de un nuevo modelo de gestión de la estrategia aplicando o quadro de mando integral*, Universidad Politécnica de Madrid.

GONÇALVES, Pedro (1999), *A concessão de serviços públicos*, Livraria Almedina, Coimbra.

GOSS, Richard (1990), "Economic policies and sea ports: the economic functions of seaports", in *Maritime Policy Management*, Vol. 17, n.º 3, pp. 207-211.

MATOS, Fernandes e PEDRO, João (2012), "Leixões: o porto como nó da rede de serviços", in Revista *Cluster do Mar*, maio/junho.

MATONS, Grosdidier (1996), "Public Port Administration and Private Sector Intervention in Ports and in the Ports Industry", Advanced Port Management Seminar: Modern Principles and Methods, IPER – Institute Portuaire du Havre, Le Havre, France.

MONIE, Gustaaf (1994), "Mission and role of port authorities after privatization", Port Development International. World Privatization Conference, London.

CRUZ, Carlos Oliveira e MARQUES, Rui Cunha (2012), *O Estado e as parcerias público-privadas!*, Edições Sílabo, Lisboa.

ROCHA, Amadeu F. (2005), *O papel da administração pública e o envolvimento do setor privado na gestão dos portos portugueses*, APDL – Administração dos Portos do Douro e Leixões. Matosinhos, Portugal.

PARTE IV

**CONTRATAÇÃO PÚBLICA
NO SETOR DA ÁGUA**

REGIMES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS “SETORES ESPECIAIS”

Ana Luísa Guimarães
Advogada.

1. Considerações introdutórias

A sujeição de entidades que operam no setor da água a regras de contratação pública sugere, de imediato, a aplicação do regime previsto para os setores económicos que são conhecidos, no direito da contratação pública, como “setores especiais”. Trata-se de um regime de contratação pública criado pelas diretivas europeias que, por se aplicar apenas a entidades e a contratos que relevam no domínio de determinados setores de atividade económica, (anteriormente até excluídos do âmbito de aplicação do direito da contratação pública), é comumente apelidado de regime dos “setores especiais”¹. E tais setores correspondem atualmente aos setores da água, energia, transportes e serviços postais.

Com relevância no setor da água é a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que descreve as atividades abrangidas pelos setores especiais. Aí se estabelece que se consideram atividades relevantes “a colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de *água potável*, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento” (o destacado não consta no texto legal).

¹Sobre o regime de contratação pública aplicável aos setores especiais, cfr., na literatura nacional: Rui Medeiros, “A contratação pública nos sectores com regime especial – água, energia, transportes e telecomunicações”, in “La Contratación pública en el horizonte de la integración europea”, V Congreso Luso Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid, 2004, p. 137 e seguintes; Mark Kirkby, “A contratação pública nos sectores especiais”, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, Cedipre, 2010, p. 41 e seguintes.

Desta norma extrai-se, de imediato, que as entidades que se dediquem à atividade de abastecimento e distribuição de água potável são suscetíveis de estar abrangidas pelo regime dos setores especiais, verificando-se, quanto a essas, aquela que é a condição básica para que possam beneficiar do regime mais flexível aplicável àqueles setores especiais: o exercício de uma das atividades legalmente definidas como atividades desses setores.

O quadro regulatório atualmente vigente em Portugal estabelece o universo de entidades que são, ou podem ser, entidades gestoras no setor da água, abrangendo-se, nesse plano, as entidades gestoras dos sistemas municipais (cfr. Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto) e dos sistemas multimunicipais (cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, e Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro). Partindo desse universo, pode assentar-se em três categorias de entidades potencialmente expostas ao regime dos “setores especiais” e relativamente às quais deve ser analisado se preenchem o estatuto de “entidade adjudicante” à luz do Código dos Contratos Públicos. Está a falar-se:

- a) *dos municípios*, nos casos em que sejam estes a assegurar diretamente esse serviço público (abrangendo-se aqui as situações em que essa atividade é realizada através de “serviços municipalizados”);
- b) *das empresas públicas*, estejam integradas no *setor empresarial local* (empresas municipais ou intermunicipais, responsáveis pela gestão delegada de sistemas municipais², empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais³, ou empresas concessionárias multimunicipais⁴) ou no *setor empresarial do Estado* (concessionárias multimunicipais⁵ ou empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais⁶), que tenham como missão prestar esses serviços;
- c) *das entidades concessionárias municipais*, no âmbito do modelo de gestão concessionada dos sistemas municipais⁷.

² Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

³ Cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

⁴ Cfr. artigo 3.º-A do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro. Note-se, porém, que as concessionárias multimunicipais atualmente existentes integram-se no setor empresarial do Estado.

⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

⁶ Cfr. alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

⁷ Cfr. artigo 31.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Não se dedicando o tema desta sessão ao âmbito subjetivo e objetivo de aplicação do regime dos setores especiais, mas sim ao corpo normativo de contratação pública que enforma esse regime, não nos debruçamos aqui sobre se estas entidades configuram, à luz do Código dos Contratos Públicos, entidades adjudicantes, para efeitos da sua sujeição ao regime de contratação pública aplicáveis aos setores especiais. A tal respeito, deve ter-se presente que o âmbito de aplicação subjetivo da Parte II do Código dos Contratos Públicos é definido, primordialmente, pelo seu artigo 2.º (n.ºs 1 e 2), mas também pelo n.º 1 do artigo 7.º, preceito este que, como se sabe, se aplica, de modo especial, aos *setores especiais*. Efetivamente, além do âmbito subjetivo do Código dos Contratos Públicos delineado no respetivo artigo 2.º, o artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos estabelece que, para efeitos da aplicação do regime dos setores especiais, são *ainda* entidades adjudicantes entidades que não se encontram incluídas no artigo 2.º.

Sendo claro que os municípios se integram no elenco de entidades adjudicantes estabelecido no artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos e que aos mesmos, apesar de exercerem atividades no setor da água, não se aplica o regime dos setores especiais, mas sim o regime geral previsto no Código dos Contratos Públicos (por força do disposto no artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos), é pacífico que é apenas quanto às demais entidades gestoras no setor da água [integradas nas categorias de empresas públicas e de concessionárias privadas, referidas, respetivamente, nas alíneas b) e c) do número anterior] que deve equacionar-se a respetiva sujeição ao regime dos setores especiais. E esta sujeição apenas deverá ter lugar se, por um lado, (i) se concluir, numa análise casuística, que estas entidades se reconduzem a qualquer das espécies de entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º e no artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos e, por outro lado, (ii) se os contratos a celebrar por tais entidades disserem direta e principalmente respeito às atividades do setor da água⁸.

Como é sabido, o regime dos setores especiais configura um regime jurídico *diverso* do regime geral decorrente do Código dos Contratos Públicos (este também designado, em contraposição com os setores espe-

⁸Sobre a interpretação adequada desta exigência legal, cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 70 e seguintes.

ciais, regime dos setores clássicos) e, sobretudo, mais *flexível* do que este último.

Tal regime encontra-se positivado nas diretivas europeias em matéria de contratação pública⁹ e no próprio Código dos Contratos Públicos que as transpõe. É este corpo normativo, constituído pelas diretivas europeias mencionadas e pelo Código dos Contratos Públicos que, no âmbito deste breve estudo, vai designado “regime legal dos setores especiais”, justamente porque decorrente de normas com valor legislativo.

Contudo, um conhecimento completo, rigoroso e atual do regime jurídico de contratação pública aplicável às entidades que operam no setor da água deve ir além desse regime legal. Além dele, existe um conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem desenvolvido intensamente em diversos arestos ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal e não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais¹⁰. A este regime atribuímos, no contexto da presente sessão, a denominação “regime jurisprudencial dos setores especiais”, enquanto designação diferenciadora das regras pré-contratuais constantes da Parte II do Código dos Contratos Públicos e aplicáveis aos referidos setores.

Partindo desta opção, o quadro de atuação das entidades adjudicantes nos setores especiais deve ser abordado numa perspetiva binária, que assuma abertamente a existência de *dois regimes* e não de um regime único, abrangendo o regime legal e o regime jurisprudencial de contratação pública nos setores especiais¹¹.

⁹ Cfr. Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

¹⁰ Deve frisar-se que essa construção pretoriana é aplicável transversalmente a toda a matéria da contratação pública, não sendo privativa dos setores especiais.

¹¹ Também Adrian Brown apelidou já o regime europeu de contratação pública de *two-tier system*, constituído por dois níveis de exigências – cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 20.

2. O regime legal de formação dos contratos nos setores especiais

2.1. Delimitação da análise

Não cabia, no espaço reservado a esta sessão, traçar uma descrição exaustiva do regime legal aplicável aos setores especiais nem esta nos pareceu, de resto, a abordagem mais cativante ao respetivo tema. Não iremos, por isso, percorrer, neste breve estudo, todos os passos desse regime.

Procuramos tão-só deixar aqui elencados, em traços gerais, os tópicos que corporizam a maior flexibilidade do regime do setores especiais quando comparado com o regime geral do Código dos Contratos Públicos e, além disso, tocar alguns aspetos desse regime que, do nosso ponto de vista, são menos claros e suscetíveis de oferecer espaço para dúvidas na sua aplicação prática.

2.2. Notas de flexibilização relativamente aos “setores clássicos”

A previsão, nas diretivas europeias e no Código dos Contratos Públicos, de um regime geral de contratação pública e de, a par deste, um regime especificamente aplicável a entidades adjudicantes que operam nos setores especiais tem, evidentemente, um sentido. Esse sentido passa, justamente, pelo reconhecimento de que tais setores apresentam uma importância estratégica e características específicas que justificam dispensá-los da sujeição às regras gerais de contratação pública mas que, concomitantemente, justificam, apesar de tudo, sujeitá-los a algumas dessas regras ou a algumas regras¹².

Bem se vê, portanto, que a própria origem do regime dos setores especiais sugere que este regime se apresente como mais flexível do que o regime geral de contratação pública e que, por conseguinte, este regime resulte num menor condicionamento das entidades adjudicantes a ele sujeitas do que aquele que resultaria da sua sujeição ao regime geral de contratação.

Importa, pois, assinalar os traços em que se traduz o regime de maior flexibilidade que caracteriza os setores especiais¹³.

¹² Sobre o tema, cfr. Rui Medeiros, “A contratação pública nos setores...”, *cit.*, pp. 137 a 140, e Mark Kirkby, *ob. cit.*, pp. 41 a 45.

¹³ Para um resumo deste regime, cfr. Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, maio/junho/2008, pp. 28 e 29.

Desde logo, a maior flexibilidade manifesta-se, de forma particular, na *liberdade de escolha do procedimento* prevista no n.º 1 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos¹⁴.

De facto, este preceito autoriza que sejam as entidades adjudicantes a escolher entre adotar um concurso público, um concurso limitado por prévia qualificação ou um procedimento por negociação¹⁵. São estes os procedimentos-regra à luz do regime dos setores especiais e para os quais vale um princípio de escolha livre.

Relativamente ao procedimento por negociação, é nítida também a maior facilidade com que pode ser adotado no setores especiais, quando se traça uma comparação com o regime dos setores clássicos, à luz do qual o procedimento por negociação depende da verificação dos requisitos previstos no artigo 29.º do Código dos Contratos Públicos. Contudo, esta liberdade de adoção do procedimento por negociação não encontra paralelo quando se trate de enxertar uma fase de negociação num concurso público, a qual, conforme decorre do n.º 1 do artigo 149.º do Código dos Contratos Públicos, apenas está prevista quando em causa estejam contratos de concessão¹⁶.

Além dos procedimentos-regra admite-se ainda a possibilidade de recurso ao ajuste direto, embora em casos excecionais, apenas em função de critérios materiais – e não do valor do contrato¹⁷. De assinalar é ainda a proibição de recurso ao diálogo concorrencial¹⁸.

Finalmente, merece alusão a aplicabilidade, no domínio dos setores especiais, de (i) instrumentos procedimentais especiais como o concurso de conceção (artigo 219.º e seguintes), os sistemas de aquisição dinâmicos (artigo 237.º e seguintes) e, com maior importância, na medida em que é um instrumento privativo dos setores especiais, os sistemas de qualificação previstos no artigo 245.º e seguintes e (ii) instrumentos enqua-

¹⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 33.º do CCP. Esta regra não é, porém, aplicável a estas entidades “quando os contratos a celebrar não digam apenas respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e não seja possível determinar a que atividade tais contratos dizem principalmente respeito”.

¹⁵ Este regime mantém-se na proposta de nova Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

¹⁶ Cfr. Mark Kirkby, *ob cit.*, p. 100.

¹⁷ Cfr. primeira parte do n.º 1 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos, que salvaguarda o disposto nos artigos 24.º a 27.º e n.º 3 do artigo 31.º do mesmo Código.

¹⁸ Sobre o tema, cfr. Mark Kirkby, *ob cit.*, p. 100.

dradores, como os acordos-quadro (artigo 251.º e seguintes) e as centrais de compras (artigo 260.º e seguintes).

Mais relevante ainda é a significativa restrição do *âmbito objetivo de aplicação das regras de contratação pública* que se encontra estabelecida nos setores especiais quando comparada com o regime geral previsto no Código dos Contratos Públicos.

Como se sabe, para efeitos do regime geral o conceito operativo base para delimitar o âmbito objetivo daquelas regras é o conceito amplo de “contrato público”¹⁹. Nos setores especiais aquele âmbito encontra-se fortemente restringido. Efetivamente, prevê-se que a Parte II do Código dos Contratos Públicos só se aplica aos contratos cujo objeto abranja prestações típicas de contratos de (i) empreitadas de obras públicas, (ii) concessão de obras públicas ou de serviços públicos, (iii) locação ou aquisição de bens móveis e (iv) aquisição de serviços²⁰ (cfr. n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos). Pode, pois, concluir-se, atendendo ao objetivo subjacente ao regime dos setores especiais, que estes contratos são aqueles que o legislador considera especialmente relevantes para a promoção da competitividade nos mercados em causa²¹.

O que daqui resulta, na perspetiva das entidades que são potencialmente entidades adjudicantes no setor da água – empresas públicas e concessionárias privadas –, é que se o contrato que pretendem celebrar não englobar prestações típicas de um daqueles contratos essas entidades, mesmo sendo entidades adjudicantes à luz do Código dos Contratos Públicos, não estão, conforme previsto no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, obrigadas a adotar as regras pré-contratuais que decorrem da Parte II do Código dos Contratos Públicos. Esta afirmação sugere, portanto, que a natureza dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes tem relevância para efeitos da sua sujeição ao regime pré-contratual de direito público previsto no Código dos Contratos Públicos.

¹⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos.

²⁰ Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, não abrangendo, assim, todos os contratos públicos que não abrangem prestações típicas de um desses tipos contratuais, como sucede no regime geral previsto no Código.

²¹ Sabe-se que no âmbito objetivo da Diretiva 2004/17/CE não se encontram os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas, pelo que estes foram introduzidos inovatoriamente pelo Código dos Contratos Públicos no âmbito objetivo de aplicação do regime dos setores especiais.

Além desta já relevantíssima restrição, outro tópico de flexibilização tem que ver com o facto de, salvo no caso dos contratos de concessão, se considerar contratação excluída das regras da Parte II do Código dos Contratos Públicos a formação desses contratos cujo *valor seja inferior aos limiares europeus*.

Assim, consideram-se excluídos os contratos de empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior a 5 milhões de euros, os contratos de locação ou aquisição de bens móveis cujo valor seja inferior a 400 mil euros e os contratos de aquisição de serviços cujo valor seja inferior a 400 mil euros, de acordo com os limiares aplicáveis aos setores especiais previstos na Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004²² (doravante apenas Diretiva 2004/17/CE).

Associado a esta condição quantitativa para a aplicação do regime de contratação dos setores especiais pode detetar-se ainda um outro instrumento de flexibilização introduzido pelo legislador.

É que, na generalidade dos casos – pelo menos é isso que sucede no regime geral de contratação pública –, quando o valor de um contrato de empreitada de obras públicas, de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços não atinge os limiares constantes das diretivas, a solução oferecida pelo legislador nacional consiste em prever para esses contratos outros procedimentos, menos abertos, como é o caso dos procedimentos pré-contratuais sem publicidade internacional ou, mesmo, consoante o valor em causa, em admitir que seja adotado um procedimento de ajuste direto²³. E, mesmo nos casos de ajuste direto, a adoção de um tal procedimento equivale ainda a aplicar o regime de contratação pública previsto no Código dos Contratos Públicos, mesmo que através do procedimento mais simples de todos os que o Código prevê. Isto é, a entidade adjudicante continua a adotar um procedimento administrativo que obedece, com as devidas adaptações, às regras comuns de tramitação pré-contratual constantes dos artigos 36.º a 111.º do Código dos Contratos Públicos e, bem assim, às regras específicas de tramitação do procedimento de ajuste direto previstas nos artigos 112.º a 127.º. Ora, não é isso que se prevê na alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º: quando o contrato a celebrar no âmbito dos setores especiais não seja de

²² Na redação introduzida pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 1251/2011, da Comissão, de 30 de novembro de 2011.

²³ Cfr. artigos 19.º a 21.º do Código dos Contratos Públicos.

um dos tipos previstos nas suas alíneas ou não atinja o limiar relevante constante da Diretiva 2004/17/CE, o regime de contratação pública previsto na Parte II do Código dos Contratos Públicos não é de todo aplicável.

Na prática, esta realidade implica que, no tocante aos contratos celebrados no âmbito dos setores especiais, só há lugar à adoção do ajuste direto quando este seja determinado pela aplicação dos critérios materiais previstos no artigo 24.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e nunca em função do valor do contrato, já que, como se vê, quando o valor do contrato pudesse ser invocado como motivo para a seleção desse procedimento, o legislador dispensa, de todo, a adoção de qualquer procedimento.

Contudo, deve ter-se presente que neste espaço deixado em aberto pelo legislador assume relevância o *regime jurisprudencial* dos setores especiais, a que se aludiu no início deste trabalho e que se analisará adiante.

Outro domínio em que o regime dos setores especiais é mais favorável às entidades adjudicantes do que o regime geral é o da designada contratação *in-house*, a que nos referiremos mais detidamente adiante.

3. A determinação do valor do contrato para efeitos da respetiva exclusão das regras do Código dos Contratos Públicos²⁴

3.1. A relevância da hipótese normativa contida no n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos

Os limiares de contratação estabelecidos para os setores especiais convocam, desde logo, a problemática da determinação do valor do contrato.

Independentemente das regras concretas estabelecidas nas diretivas europeias para o cálculo do valor estimado dos contratos e das regras que o Código dos Contratos Públicos também prevê sobre o valor dos contratos a ter em conta para efeitos de escolha do procedimento aplicável (cfr. artigo 17.º), no que mais importa atentar, por estar em causa um regime de mais difícil aplicação, é na designada *proibição da cisão artificial dos*

²⁴ Segue-se de perto João Amaral e Almeida e Ana Luisa Guimarães, Parecer Inédito, 2012.

contratos ou, na formulação mais cara ao legislador do Código dos Contratos Públicos, no regime da *divisão dos contratos em lotes*²⁵.

As diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que expressa e diretamente tratam a matéria da divisão dos contratos em lotes.

Está a falar-se, no que respeita à Diretiva 2004/17/CE, do disposto nos n.ºs 2 e 6 do artigo 17.º²⁶. Facilmente se percebe que o escopo deste regime é o de garantir o próprio efeito útil das diretivas e o cumprimento das suas regras – em causa está, portanto, em última análise, a promoção da concorrência.

O artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos dedica-se, precisamente, a regular o regime da divisão dos contratos em lotes, em transposição da aludida preocupação do legislador europeu.

Efetivamente, “se a lei fixou limites quantitativos que recortam o campo de autorização legal para a escolha de um procedimento restritivo da concorrência, é natural que crie *medidas de controlo* ao cumprimento desses limites, bem como que erija *mecanismos capazes de prevenir ou retirar efeito útil* a quaisquer manobras destinadas a subverter a aplicação das regras delimitadoras do espaço de utilização livre desses procedimentos”²⁷. Tais manobras levariam a um fracionamento artificial em lotes distintos de diversas prestações contratuais de forma a criar

²⁵ Já nas diretivas da década de 70 constam preceitos atinentes a esta matéria, ainda que com teor mais limitado em face dos que atualmente vigoram – cfr. artigo 7.º da Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971 (empreitadas), e n.º 3 do artigo 5.º da Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976 (fornecimentos). Foi na década de 80, através da Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho (que modificou a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971) que o regime da divisão em lotes se aproximou mais daquele que consta nas diretivas hoje vigentes, passando a prever-se, além da proibição da cisão artificial do objeto dos contratos, a obrigatoriedade do cálculo do valor da empreitada em função da soma de todos os lotes e também o elemento de flexibilização que hoje consta também das diretivas atuais e foi transposto para o ordenamento jurídico nacional no n.º 3 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos.

²⁶ O n.º 2 do artigo 17.º dessa Diretiva dispõe que “as entidades adjudicantes não podem subtrair-se à aplicação da presente diretiva através da cisão dos projectos de obras ou dos projectos de compras destinadas a obter uma certa quantidade de fornecimentos e/ou de serviços, ou da utilização de métodos especiais de cálculo do valor estimado dos contratos”. Esta matéria está também regulada nos n.ºs 3 e 5 do artigo 9.º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, ao nível dos setores clássicos.

²⁷ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, “A divisão de lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual”, in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, julho 2011, p. 329 (destaques do original).

uma aparente legitimação do recurso a procedimentos restritivos da concorrência²⁸.

Muito embora, literalmente, o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos regule apenas a divisão dos contratos em lotes para efeitos da escolha do procedimento de acordo com o critério geral de escolha dos procedimentos previsto no Código dos Contratos Públicos, centrado, como se sabe, no valor dos contratos, e não abranja os casos de divisão em lotes para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos – isto é, para efeitos da sujeição dos contratos regulados pelo regime dos setores especiais à Parte II do Código dos Contratos Públicos –, a verdade é que, por interpretação do preceito em conformidade com o direito europeu (não existe outra norma no Código dos Contratos Públicos que transponha o disposto no n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE), ou mesmo pelas vias da interpretação extensiva ou da aplicação analógica, parece-nos não poder haver dúvidas de que o respetivo regime é transponível, na parte aplicável, para o domínio do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos.

Assim, a coordenada geral para o cálculo do valor dos contratos para efeitos do artigo 11.º, de forma a afastar o regime da proibição artificial dos contratos ou da divisão ilegítima de um contrato em lotes, deve encontrar-se na primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, uma vez que as demais previsões normativas não são transponíveis para o domínio aqui em apreço²⁹. É a seguinte a hipótese normativa aí prevista: “quando prestações do mesmo tipo suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato sejam divididas em vários lotes, correspondendo cada um deles a um contrato separado (...)”.

Salta, de imediato, à vista que a expressão usada pelo legislador na parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos é suscetível de gerar incertezas na sua aplicação em virtude dos conceitos usados. Por outro lado, reconhece-se que a referida hipótese normativa possui um grau de abertura relevante e tem aparentemente uma vocação expansiva, tornando na aparência claro que o preceito atrai para o respetivo escopo aplicativo, qual efeito magnético, todos os conteúdos obrigacionais que, unidos por uma qualquer similitude, pudessem ser integrados num mesmo clausulado contratual.

²⁸ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 333.

²⁹ Sobre estas, cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, em especial, pp. 336 a 341.

A abordagem do problema que nos é colocado catapultá-nos, portanto, para o âmago da atividade interpretativa da lei³⁰.

Sendo certo que o ponto de partida da interpretação deve ser o elemento gramatical ou literal, ou seja, o texto da lei do qual se procura retirar um significado operativo³¹, as premissas básicas da hermenêutica jurídica mandam que o intérprete, a par com a letra da lei, considere outros elementos que o apoiem na interpretação, mormente os elementos sistemático, histórico e teleológico (a finalidade da lei ou a *ratio legis*)³².

Neste sentido, como é exigido a qualquer intérprete rigoroso, o alcance daquelas expressões deve, antes do mais, ser confrontado com os objetivos que o legislador procurou realizar com a consagração do preceito (teleologia da lei) e que se prendem diretamente com a salvaguarda do princípio da concorrência.

Acresce que a assunção de que o preceito legal em apreciação visou transpor as diretivas europeias em matéria de contratação pública e que pretende constranger a Administração à observância de princípios comunitários e nacionais nesta matéria impõe, coerentemente, que a análise do problema da divisão em lotes não possa alhear-se do tratamento doutrinal e jurisprudencial de que a matéria foi já objeto ao nível europeu, onde é possível colher contributos fundamentais para determinar a solução correta da questão interpretativa colocada.

3.2. A questão no direito europeu

Viu-se já que as diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que tratam esta matéria.

Além da proibição genérica, constante do n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE, de cisão dos contratos para efeitos da não aplicação da diretiva, o n.º 5 do mesmo artigo 17.º estabelece que:

³⁰No Direito nacional o tema não tem sido alvo de grande dedicação, seja pela doutrina seja pela jurisprudência. Não se conhece, realmente, qualquer decisão dos tribunais que se debruce sobre o pressuposto qualitativo previsto no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos e a doutrina a esse respeito produzida é também, por ora, escassa.

³¹Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 13.ª reimp., Almedina, 2002, p. 182.

³²É isso que decorre, nomeadamente, dos postulados hermenêuticos fundamentais aflorados no artigo 9.º do Código Civil.

- a) “[s]empre que *uma obra prevista* ou um *projeto* de aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor estimado da totalidade desses lotes”;
- b) “[s]empre que *uma proposta* para aquisição de fornecimentos *similares* possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes para a aplicação do artigo 16.^o”³³.

Particularmente relevante é o facto de a regra europeia, acima citada, se referir expressamente a “uma obra prevista”, “um projeto de aquisição de serviços” e a “uma proposta para aquisição de fornecimentos similares”, o que constitui um elemento importante de auxílio do intérprete na delimitação do âmbito material de aplicação destas regras.

A doutrina jus-comunitária tem-se debruçado sobre o tema da divisão dos contratos em lotes, tendo, desde cedo, reconhecido que “o problema que a regra básica da proibição de desagregação de um contrato em vários lotes coloca é o de decidir quando é que uma série de contratos está, de facto, relacionada com *uma necessidade de contratação única* e tem, por isso, de ser agregada”³⁴ (o destacado é nosso). O efeito das regras europeias sobre agregação de contratos é, segundo a doutrina, o de garantir a aplicação das diretivas sempre que haja um pacote de prestações contratuais que seja suscetível de atrair uma única empresa, em termos de tal empresa ser capaz de, individualmente, realizar todas essas prestações contratuais³⁵.

A partir da formulação das diretivas a doutrina foi tirando algumas conclusões importantes:

- a) a respeito da divisão em lotes de uma empreitada, considera-se que, ao referir-se à divisão em lotes de “uma obra prevista” e ao definir obra como “o resultado de um conjunto de trabalhos de construção

³³ Os sublinhados são nossos.

³⁴ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules”, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 2. À data da publicação deste artigo vigorava: a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho, já alterada pela Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho, pelo que o regime era similar ao atual; a Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976; a Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992 (serviços).

³⁵ Cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, cit., pp. 103 e 104.

ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, *uma função económica ou técnica*” (destacado nosso), o legislador europeu deixou clara a ideia de que só há lotes da mesma obra se os trabalhos integram *um mesmo e único projeto*, sendo necessário olhar para o resultado final da operação para verificar se, na globalidade, ela serve um único propósito³⁶, o que equivale a identificar, como já se referiu, a existência de uma *necessidade de contratação única (single procurement requirement)*;

- b) já para os contratos de fornecimento, a doutrina, com base na redação da Diretiva 77/62/CCE (que se referia a fornecimentos *homogêneos*, o que não difere, em termos substanciais, da referência atual a fornecimentos *similares*), sustenta que o dever de agregação apenas existe quando se trate de bens *do mesmo tipo*, o que, ainda assim, pode suscitar dificuldades quanto ao grau de similitude exigido para que os bens devam ser considerados do mesmo tipo³⁷;
- c) a doutrina não varia muito quando se trata de aquisições de serviços. Muito embora, a esse respeito, o texto das diretivas não forneça elementos auxiliares de relevo, o critério para a consideração de que se trata de um serviço único tem assentado nas diversas categorias de serviços que constam dos anexos às diretivas.

Além da primacial aplicação dos critérios específicos adotados nas diretivas e da identificação de uma *necessidade de contratação única*, parece poder dar-se como estabilizada uma posição doutrinária em torno de um critério complementar, apto a resolver as situações mais duvidosas. Muito embora se reconheça alguma margem discricionária às entidades adjudicantes nessa avaliação, a qual dependerá, evidentemente, das especificidades concretas de cada caso, tem-se entendido que quando for possível afirmar-se, com toda a probabilidade, que os lotes, se agregados, podem ser adjudicados a um contratante principal (por haver um operador económico interessado em realizar todas as prestações objeto do contrato, independentemente de este poder vir a subcontratar certos elementos da obra), e não necessariamente a mais do que um, o valor dos contratos deve, nesse caso, ser agregado³⁸.

³⁶ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 3. No mesmo sentido, cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, *cit.*, p. 103.

³⁷ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 4.

³⁸ Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law...*, *cit.*, p. 383; Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 3.

A jurisprudência comunitária também já foi chamada a pronunciar-se sobre o assunto.

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de outubro de 2000, no Processo C-16/98, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial relativo a um litígio que opôs a Comissão Europeia e a República Francesa (Acórdão *Comissão/França*), trata diretamente do tema da divisão em lotes de um contrato de empreitada, embora a sua decisão apresente importância fundamental na delimitação geral do âmbito material de aplicação da regra que estamos a analisar³⁹.

A questão que se discutiu no referido aresto prendeu-se com 37 contratos de obras públicas relativos a trabalhos de eletrificação e de iluminação pública, a executar ao longo do período de três anos pelo Syndicat Départemental d'Électrification de la Vendée (SYDEV) na zona administrativa (departamento) de Vendéia. Desses 37 contratos apenas seis foram publicitados nos termos previstos nas diretivas, o que levou a Comissão a considerar que os 37 contratos eram objeto de uma única obra, a qual foi artificialmente cindida, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista geográfico, e que, por isso, todos deveriam ter sido publicitados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Seguindo as conclusões do Advogado-Geral Jacobs⁴⁰, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que “a apreciação da existência de uma obra deve ser efetuada tendo em conta as *funções económica e técnica* preenchidas pelas redes de distribuição de eletricidade e de iluminação pública em questão” e que embora a existência de uma única e mesma entidade adjudicante e a possibilidade de uma empresa da Comunidade realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos pelas empreitadas em causa possam, consoante as circunstâncias, constituir indícios que comprovam a existência de uma obra na aceção da diretiva, não podem, porém, constituir critérios determinantes para esse efeito”. Assim, a pluralidade de entidades adjudicantes e a impossibilidade de realização do conjunto dos trabalhos por uma única empresa não são suscetíveis de pôr em causa a existência de uma obra quando esta conclusão se impõe em aplicação

³⁹ A discussão centrou-se na Diretiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de junho de 1993 (relativa aos setores especiais e revogada pela Diretiva 2004/17/CE) cujas disposições, para o que aqui importa, devem ter-se por coincidentes com as das atuais diretivas europeias sobre a matéria.

⁴⁰ Apresentadas em 24 de fevereiro de 2006.

dos critérios funcionais definidos no n.º 10 do artigo 14.º, primeiro parágrafo, segundo período da diretiva”⁴¹.

Norteadado por este princípio, o Tribunal julgou, em primeiro lugar, que uma rede de distribuição de eletricidade e uma rede de iluminação pública têm funções económicas e técnicas diferentes⁴².

Em segundo lugar, o Tribunal considerou que as redes de eletrificação estão ligadas entre si e unidas, entre elas, pela mesma função económica e técnica, que consiste em levar e vender aos consumidores do departamento de Vendaia energia elétrica produzida e fornecida pela Electricité de France^{43 e 44}.

Finalmente, a propósito dos contratos respeitantes aos trabalhos de iluminação pública, o Tribunal sustentou que “as redes de iluminação pública não são, do ponto de vista técnico, necessariamente interdependentes, uma vez que podem ser limitadas às zonas construídas e que *não se impõe a existência de uma interconexão entre elas*. Do mesmo modo, no plano económico, é possível que cada uma das entidades locais em causa suporte o encargo financeiro que resulta da exploração de tal rede”⁴⁵. E prossegue, afirmando que “[d]aquí decorre que, mesmo se as funções económica e técnica de cada rede de iluminação pública são as mesmas que as de todas as outras no *departamento da Vendaia*, não é possível considerar que todas essas redes formam um conjunto com funções económicas e técnicas únicas a *nível departamental*”⁴⁶.

Resulta das passagens citadas que decisivo para o Tribunal de Justiça, em matéria de agregação de contratos de empreitada, é a existência da

⁴¹ Cfr. n.º 42.

⁴² Cfr. n.º 52 e 53.

⁴³ Cfr. n.º 64.

⁴⁴ Os juízes de Estrasburgo não deixaram de frisar, todavia, que “cada caso de adjudicação de uma empreitada deve ser apreciado em função do seu contexto e das suas particularidades” e que, “no caso vertente, existem elementos importantes, como a simultaneidade do lançamento das empreitadas controvertidas, a semelhança entre os anúncios de concurso, a unidade do quadro geográfico no interior do qual essas empreitadas foram lançadas e a coordenação assegurada pelo SYDEV (...), que militam a favor do agrupamento das referidas empreitadas a este nível” (cfr. n.º 65; os destacados são nossos).

⁴⁵ Cfr. n.º 69 (destacado nosso). O Advogado-Geral havia já afirmado, nas suas Conclusões, que, quanto aos contratos relativos aos trabalhos a realizar nas redes de iluminação pública, apesar de entender que “a função económica e técnica de cada rede é a mesma que a de todas as outras, não considera, apesar disso, que preencham a mesma função, pois são independentes, não é sequer certo que sejam contíguas e são também geridas autonomamente (cfr. n.º 75 a 77).

⁴⁶ Cfr. n.º 70 (o destacado é nosso).

mesma função económica e técnica, critério perante o qual, por ser específico, até um critério mais associado à proteção da concorrência do mercado (como o que determinaria a agregação sempre que exista a possibilidade de uma empresa realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos), escopo último das diretivas, deve ceder. Por outro lado, realça-se que o critério da *mesma função técnica e económica* parece ser entendido pelo Tribunal em linha com a ideia, que já havia sido salientada pela doutrina, segundo a qual apenas se justifica a agregação quando esteja em causa uma *necessidade de contratação única*. Por outras palavras, o que se extrai do acórdão é que não basta que os trabalhos da empreitada desempenhem funções técnicas ou económicas similares e idênticas, mas exige-se que essa função seja, entre todos esses contratos, *uma mesma e única*, o que, evidentemente, pode conduzir a resultados e consequências diversas.

Esta decisão jurisprudencial, sendo a única que se conhece na matéria e sendo limitada à discussão em torno dos contratos de empreitada, autoriza, contudo, que dela se extraia o sentido geral com que aquela instância pretoriana perspetiva o regime da agregação dos lotes previsto nas diretivas. Nessa base, admite-se que um juízo do Tribunal sobre a agregação de lotes no âmbito dos contratos de aquisição de bens ou serviços exigiria, de modo análogo ao que decidiu a propósito das empreitadas, uma *conexão funcional entre os lotes* – uma vez que nem se vislumbra razão substantiva que justifique um tratamento diferente consoante o tipo contratual em causa⁴⁷.

⁴⁷ Esta posição é, aliás, confortada pelo entendimento manifestado pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi, nas Conclusões apresentadas, em 16 de fevereiro de 2007, no processo C-237/05, que opôs a Comissão e a República Helénica (Acórdão *Comissão/Grécia*), e em que se discutia o cumprimento da Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa aos contratos de aquisição de serviços. Muito embora o Tribunal de Justiça tenha perdido a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria da divisão em lotes no âmbito desse tipo contratual – uma vez que a ação foi julgada inadmissível (cfr. acórdão de 11 de outubro de 2007, *Comissão/Grécia*, Processo C-237/05 –, o que importa reter é que o Advogado-Geral, ao discutir o carácter unitário ou autónomo dos contratos de aquisição de serviços, assumiu que “o Tribunal de Justiça já no passado mostrou dar prevalência ao critério da unicidade da função económica e técnica dos contratos públicos sobre elementos como a pluralidade das entidades adjudicantes ou das empresas adjudicatárias” (cfr. n.º 79, em nota), aqui se infere, portanto, um entendimento segundo o qual a doutrina produzida no Acórdão *Comissão/França* é transponível para os contratos de aquisição de bens ou serviços.

3.3. A interpretação adequada da hipótese normativa enunciada no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos

3.3.1. A interpretação teleológica e conforme com o princípio da proporcionalidade

Os elementos jurisprudenciais e hermenêuticos analisados permitem-nos traçar as coordenadas para a correta interpretação da parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, fixando a sua abrangência em termos que não se atenham a uma interpretação formalista que atenda apenas à letra da lei.

Em primeiro lugar, a esse resultado interpretativo opor-se-ia a própria teleologia da norma, isto é, “...a razão de ser da lei (*ratio legis*), o fim visado pelo legislador ao elaborar a norma”⁴⁸. Como assinala Baptista Machado, “...o conhecimento deste fim (...) constitui um subsídio da maior importância para determinar o sentido da norma. Basta lembrar que o esclarecimento da *ratio legis* nos revela a valoração ou ponderação dos diversos interesses que a norma regula e, portanto, o peso relativo desses interesses, a opção entre eles traduzida pela solução que a norma exprime”⁴⁹.

Note-se que se afigura absolutamente pacífico, como, aliás, se evidenciou, que o escopo do regime previsto no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos é a salvaguarda do princípio da concorrência e do efeito útil das próprias regras de escolha do procedimento previstas no Código dos Contratos Públicos, na linha dos princípios e diretivas europeus que o Código concretiza e transpõe e aos quais deve obediência. Nesta perspetiva, a correta interpretação do preceito não deve, e não pode, conduzir a resultados que subvertam a desejada proteção da concorrência, eliminando-a ou comprimindo-a desnecessariamente.

Desse parâmetro interpretativo deve inferir-se, desde logo, que, para o legislador, apenas existe cisão artificial de prestações contratuais quando em causa estejam *prestações do mesmo tipo*, isto é, prestações que integram o mesmo tipo contratual (designadamente, o tipo contratual empreitada, e o tipo contratual prestação de serviços).

Creemos que a tónica incide, ao invés, na natureza das prestações integradas no mesmo tipo contratual, o que, evidentemente, tenderia a

⁴⁸ Cfr. Baptista Machado, *ob. cit.*, pp. 182/183.

⁴⁹ *Idem*.

reduzir significativamente o escopo do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos⁵⁰. Efetivamente, essa hipótese levaria, logo através do funcionamento do primeiro segmento do pressuposto qualitativo, a deixar de fora da obrigação de agregação situações em que as prestações, à luz das observações que se tecem de seguida a propósito do segundo segmento da parte da norma em apreço, poderiam sempre ser objeto de um único contrato. Tal interpretação resultaria, por conseguinte, num défice de proteção da concorrência que mal se coadunaria, portanto, com o espírito legislativo.

Mas exige-se ainda mais – e esta é, justamente, a parte em que a norma mais carece de interpretação. É preciso que essas prestações do mesmo tipo contratual *possam ser reunidas num contrato único*.

E relevante aqui não é que, em abstrato, seja *juridicamente possível* a sua aglutinação. De facto, “como é bom de ver, se o critério de deteção de cisões artificiais de contratos residisse na mera *susceptibilidade jurídica* de aglutinação de prestações contratuais diversas, poderia uma entidade adjudicante ser forçada a celebrar um único contrato de empreitada cujo objeto consistisse na construção de um edifício hospitalar e, em simultâneo, de uma central nuclear; ou um único contrato que tivesse por objeto a aquisição simultânea de bens tão heterogéneos como computadores portáteis e viaturas, sob pena de ser acusada de ter procedido ao fracionamento artificial dos lotes e da inerente despesa. É que, em rigor, inexistente qualquer norma no ordenamento jurídico que impeça a celebração de contratos que abranjam prestações de tipo radicalmente diverso, com a consequente aglutinação dessas prestações. Concluir-se-ia, desse modo, que quaisquer tipos de prestação seriam “[juridicamente] *susceptíveis de constituírem objeto de um único contrato*”⁵¹.

Um tal resultado não passaria o crivo do princípio da concorrência, “já que, à partida, o universo de operadores de mercado que poderia concorrer para a celebração de contratos de objeto tão diverso seria drasticamente reduzido ou, até, virtualmente eliminado”⁵².

⁵⁰ Nesse sentido, cfr. João Diogo Stoffel, “O (novo) regime da divisão (artificial) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos”, in *Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, n.º 28, 2011, pp. 51 e 52.

⁵¹ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, pp. 339 e 340.

⁵² Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 340.

Compreende-se, portanto, numa interpretação orientada à maximização da teleologia da norma, que apenas são suscetíveis de serem aglutinados os lotes que, integrando prestações do mesmo tipo contratual, *apontem para um mesmo mercado alvo* ou, por outras palavras, *para um mesmo universo de operadores económicos*.

Mas, noutra perspetiva, crê-se que a obrigação de agregação também só deve existir se dessa agregação resultar um contrato que, em termos da sua dimensão e risco, seja suscetível de *atrair, no seu conjunto, o interesse de um operador económico privado*, pois só nessa medida se estaria diante de uma divisão em lotes de prestações contratuais suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato.

Além de ser este também um dos elementos sublinhados pela doutrina europeia e que a jurisprudência europeia também assume, essa é ainda uma conclusão imposta pelos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da proporcionalidade, sendo certo que o regime preceptivo do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, visando direta e principalmente a salvaguarda do princípio da concorrência, deve ser lido no contexto dos outros princípios travejadores do ordenamento jurídico português.

Tendo isto presente, a parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º deve apenas ter o alcance necessário, e não mais do que esse, à salvaguarda da concorrência, porque só essa sua leitura é aceitável à luz do princípio da proporcionalidade (nas vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito) e só essa leitura permite uma otimização do princípio da concorrência com o princípio da eficiência e celeridade na prossecução do interesse público.

3.3.2. A interpretação conforme com o direito europeu e o elemento histórico da interpretação

Sabendo-se que o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos visa, ele próprio, transpor para o ordenamento jurídico nacional o direito europeu, a norma inferida, com o auxílio do elemento teleológico e à luz do princípio da proporcionalidade, da primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos deve ser ainda confrontada com o direito europeu.

O princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito pátrio proclama que as disposições legais de direito interno (pelo menos de direito ordinário) devem ser lidas à luz do direito europeu e que, em caso

de desconformidade, deve ser realizada uma interpretação conforme como o direito europeu⁵³, cujas normas têm preferência aplicativa sobre as disposições internas (cfr. n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa).

E, a esse título, são de importância fundamental as considerações atrás tecidas acerca dos termos com que o direito europeu vem tratando o regime da divisão em lotes.

Viu-se que, além da preocupação com a maximização da concorrência, verdadeira mola propulsora das diretivas sobre contratação pública, o direito europeu engendrou, a propósito dos contratos públicos objeto das diretivas europeias, alguns critérios específicos que devem ser tidos primordialmente em conta quando se trata de definir a base material de incidência do regime da agregação dos lotes. Em causa está, como se viu, a identificação de uma *necessidade de contratação única*, em termos de ser reconhecida *uma mesma e única função técnica ou económica* transversal a todos os lotes em campo.

Destarte, a “obrigação interpretativa” que impõe a interpretação do preceito conforme com o direito europeu obriga o intérprete nacional a ajustar a norma teleologicamente extraída do pressuposto qualitativo enunciado no artigo 22.º às regras previstas nas diretivas que visou transpor, senão em todos os casos de contratos públicos previstos no Código dos Contratos Públicos, ao menos quando em causa estejam os contratos de empreitada, aquisição de bens e de serviços⁵⁴.

São, de resto, as próprias instâncias comunitárias a reconhecer, sem margem para hesitações, que tais critérios, por serem específicos, têm precedência sobre um critério geral associado à proteção da concorrência, que depusesse em sentido divergente daqueles a propósito da obrigação de agregação dos lotes. Como se viu, o Tribunal de Justiça, no Acórdão *Comissão/França*, assumiu a precedência dos critérios escritos na diretiva,

⁵³ Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 60 e seguintes; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, Almedina, 2010, 6.ª edição, p. 417 e seguintes.

⁵⁴ Neste sentido, foi já defendido que, devendo o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos ser interpretado em conformidade com o direito europeu e, consequentemente, à luz do critério funcional que nesse quadro se destaca, “são suscetíveis de constituírem objecto de um único contrato: (i) [a]s obras que desempenham a mesma “função técnica e económica”; (ii) [o]s “fornecimentos similares”; (iii) [a]s prestações de serviços referentes à mesma categoria” - cfr. João Diogo Stoffel, *ob. cit.*, p. 53.

a respeito do contrato de empreitada, sobre o critério geral teleologicamente inferido do princípio da concorrência, nas situações em que uns e outros levassem a conclusões diferentes⁵⁵.

Tenha-se presente, ainda, que este resultado interpretativo encontra, de algum modo, conforto no próprio elemento histórico da interpretação, pois o regime constante do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, entretanto revogados⁵⁶, aproximava-se, na sua literalidade, do texto das regras das diretivas europeias que visavam transpor⁵⁷ – só poderia tratar-se de lotes da mesma obra quando tais lotes estivessem unidos por *uma mesma função técnica ou económica* e apenas haveria cisão artificial de aquisições de bens ou serviços quando se tratasse de bens e serviços *similares ou homogêneos*⁵⁸.

Atendendo a que não houve qualquer evolução na matéria no direito europeu – as diretivas que o Código dos Contratos Públicos transpõe não alteraram substancialmente o quadro anterior na matéria –, não existe qualquer indício de que o legislador nacional tenha querido alterar o estado da arte neste domínio.

3.4. Síntese da norma extraída da parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos

Aqui chegados, entendemos que a obrigação de recurso ao somatório do preço de todos os contratos para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual a adotar, imposta pelo artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, só se aplica nos casos em que as prestações objeto de cada lote sejam (i) integráveis no mesmo tipo contratual, (ii) visem dar resposta a uma necessidade de contratação única, em termos de estarem ligadas por uma interdependência ou interconexão técnica ou económica, e que, (iii) apontando para um mesmo universo de operadores económicos, (iv) permitam, agregadas, *despertar o interesse* de, pelo menos, um operador económico para, individualmente, executar todas as prestações contratuais.

⁵⁵ Cfr. n.º 42 do Acórdão *Comissão/França*.

⁵⁶ Exceto, como se sabe, alguns preceitos do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que, por não terem sido revogados pelo Código dos Contratos Públicos, ainda se mantêm em vigor.

⁵⁷ Cfr. artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e artigo 25.º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de junho.

⁵⁸ No acórdão do STA, de 03/11/2005 (Processo 01377/2003), em que estava em causa um fracionamento de serviços, o Tribunal conferiu relevância ao argumento do recorrente de que os serviços evidenciam uma realidade técnica diferente, tendo porém considerado que estava em causa um serviço idêntico, ainda que pudesse ser satisfeito por tecnologia diversa.

Em jogo estão, numa palavra, situações que, por reunirem os elementos de conexão referidos, aparentariam, vistas do exterior, que a cisão dessas prestações intrinsecamente ligadas é meramente artificial, só podendo ser entendida como um expediente fraudulento para afastar a aplicação das regras de concorrência na formação dos contratos públicos.

Importa manter em mente que com isto não pretende ilustrar-se qualquer censura do legislador à divisão de um contrato em lotes. Verdadeiramente, o legislador nacional – como, aliás, o europeu – não levanta qualquer obstáculo a essa opção, a qual, de resto, pode fundar-se nas mais válidas razões de conveniência da atuação pública, como sejam tornarem o objeto contratual mais atrativo para o mercado ou encorajar a participação de pequenas e médias empresas⁵⁹.

O que com este bloco normativo se almeja é apenas que, nos casos em que os lotes sejam suscetíveis de constituir objeto de um único contrato, a sua cisão não implique a inobservância das regras procedimentais que teriam de ser cumpridas caso todos fossem agregados num único contrato. Em termos práticos, o que daí redundava é tão-só que, para a celebração de todos os contratos, mesmo os de baixo valor, se aplica o procedimento que seria aplicável caso estivesse em causa a agregação de todos eles num só instrumento contratual.

A interpretação assim extraída do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, que se dedica à regulação da matéria da divisão em lotes para efeitos da escolha do procedimento em função do valor dos contratos, é perfeitamente transponível, como se anunciou e agora se demonstra, para a esfera de aplicação do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, sendo aqueles os critérios que devem ser adotados para efeitos de saber quando devem os contratos celebrados ser aglutinados (ainda que formalmente sejam celebrados contratos autónomos) de modo a determinar se aos mesmos se aplicam as regras pré-contratuais previstas na Parte II do Código dos Contratos Públicos no domínio dos setores especiais.

⁵⁹ Cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, cit., p. 104; Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 380.

4. A exclusão da contratação *in-house* nos setores especiais

4.1. Em geral

Como é sabido, o direito da contratação pública procura dinamizar o mercado e a livre concorrência entre os operadores de mercado através da imposição à Administração da obrigação de adoção de procedimentos pré-contratuais concorrenciais, aptos a garantir a igualdade e a suscitar o interesse dos operadores económicos a cujo universo o contrato vai dirigido, sempre que esteja em causa a solicitação de produtos ou de serviços a terceiros operadores económicos por parte de entes públicos. E isto assim é tanto por imperativo das normas de direito primário⁶⁰ como por força das disposições de direito comunitário derivado⁶¹.

Contudo, o direito da contratação pública também reconhece que quando as entidades públicas realizam internamente os serviços em causa ou produzem os bens de que necessitam as exigências de sujeição à concorrência já não se justificam. Por outras palavras, a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial recuam sempre que aquela decida satisfazer, por si própria, as respetivas necessidades. E a autoprodução pela Administração dos bens de que necessita pode revestir a modalidade de relação *in-house* em sentido estrito (quando são os próprios serviços da Administração a responsabilizarem-se por esta realização) ou *quasi in-house*, quando a Administração, no exercício da sua liberdade de auto-organização, atribui tal responsabilidade a entidades autónomas por si criadas e que se encontram sob sua dependência⁶², modalidade esta que, compreensivelmente, constitui um campo fértil para maiores dúvidas sob o prisma da contratação pública. É o que sucede, sobretudo, com a atribuição a empresas públicas da responsabilidade pelo fornecimento de bens e/ou prestação de serviços à Administração.

⁶⁰ Cfr. normas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente as previstas no artigo 18.º, 49.º, 56.º e 106.º.

⁶¹ Cfr. Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

⁶² Sobre a liberdade de auto-organização da Administração, à luz do direito da contratação pública, cfr., por todos, Bernardo Azevedo, "Contratação *in-house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado", in *Estudos de contratação pública*, I, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, p. 115 e seguintes.

Os contornos concretos dessa solução foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial no Acórdão *Teckal*⁶³, no qual o tema foi abordado pela primeira vez, e depois confirmada noutros arestos, designadamente nos Acórdãos *Coname*⁶⁴, *Parking Brixen*⁶⁵, *Asemfo/Tragsa*⁶⁶ e *Coditel*⁶⁷.

No essencial, a construção *in-house* empreendida pelo Tribunal de Justiça foca-se na exigência de cumprimento de dois requisitos: (i) que a entidade adjudicante exerça sobre a entidade adjudicatária um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*; (ii) que esta entidade exerça o essencial da sua atividade em benefício da entidade que sobre ela exerce o controlo análogo. Só verificados estes requisitos se pode asseverar que a contratação em causa não é uma contratação externa, tudo se passando, verdadeiramente, *in-house*.

Não obstante estes serem ainda os requisitos base fundamentais na apreciação da existência de uma relação *in-house*⁶⁸, é inegável que as orientações jurisprudenciais neste domínio têm sofrido várias oscilações, sobretudo na densificação dos conceitos, indeterminados, que escolheu para a enunciação desses requisitos⁶⁹.

No entanto, a respeito dos setores especiais, o próprio legislador europeu tem vindo a utilizar, embora exclusivamente para a matéria respeitante a esses setores, um conceito de relação *in-house* intencionalmente mais amplo do que o utilizado pela jurisprudência europeia (cfr. artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE).

A atual Diretiva respeitante aos setores especiais compreende uma disposição que exclui do seu âmbito de aplicação os contratos adjudicados a uma *empresa associada*, a uma *empresa comum* ou a uma *empresa associada*

⁶³ Cfr. Acórdão de 18 de novembro de 1999, Proc. C-107/98 (*Teckal*).

⁶⁴ Cfr. Acórdão de 21 de julho de 2005, Proc. C-231/03 (*Coname*).

⁶⁵ Cfr. Acórdão de 13 de outubro de 2005, Proc. C-458/03 (*Parking Brixen*).

⁶⁶ Cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Proc. C-295/05 (*Tragsa II*).

⁶⁷ Cfr. Acórdão de 13 de novembro de 2008, Proc. C-324/07 (*Coditel*).

⁶⁸ E que constam, de resto, as propostas de novas diretivas europeias sobre contratação pública subscritas pela Comissão Europeia.

⁶⁹ Sobre estes requisitos e sobre a evolução da jurisprudência europeia na matéria, cfr.: Bernardo Azevedo, *ob. cit.*; João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, "Contratação *in-house*: o critério para a determinação da parte 'essencial' da atividade de uma entidade sujeita a um controlo análogo", in *Temas de contratação pública*, I, p. 137 e seguintes; Diogo Duarte Campos, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Coimbra Editora, Coleção PLMJ, Coimbra, 2010.

de uma das entidades adjudicantes que integre uma empresa comum. Em causa está, portanto, o reconhecimento da realidade da contratação intragrupo, uma vez que “no setor privado, acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras”⁷⁰. Deste modo, o regime assim previsto tem como efeito assegurar que “a divisão de um grupo económico em diversas entidades legalmente distintas não mina a sua união económica”⁷².

Contudo, a contratação *in-house* nos setores especiais não é sinónimo de ausência de uma rede de pressupostos de cuja verificação depende a exclusão do contrato das regras de contratação pública. Tais pressupostos, originários do direito europeu, encontram-se transpostos no ordenamento jurídico nacional nas alíneas c) a f) do n.º 1 e nos n.ºs 2 a 4 do artigo 13.º e no artigo 14.º do Código dos Contratos Públicos e, no que toca à empresa comum, no próprio conceito de entidade adjudicante adotado pelo Código dos Contratos Públicos nos artigos 2.º e 7.º do Código dos Contratos Públicos.

Dito isto, deve manter-se em mente que, à luz do Código dos Contratos Públicos, a exclusão da contratação das regras previstas na Parte II do Código dos Contratos Públicos para os setores especiais depende da verificação de *dois níveis de pressupostos*, à semelhança, de resto, do que sucede também com a construção pretoriana aplicável aos setores clássicos que o Código dos Contratos Públicos positivou (assente também numa dualidade de requisitos).

4.2. Primeiro nível: “dependência decisória”

À semelhança do critério do “controlo análogo” construído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o legislador adotou nos setores especiais um regime de contratação *in-house* que pressupõe que entre a entidade adjudicante e a entidade contratada haja uma *dependência decisória*.

Contudo, os termos com que o legislador preencheu esse critério, a propósito dos setores especiais, apresentam-se mais flexíveis do que aqueles

⁷⁰Cfr. Peter Trepte, *Public Procurement in the EU*, 2.ª edição, 2007, p. 197: “no setor privado acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras”.

⁷¹Cfr. Peter Trepte, *ob. cit.*, p. 253.

que vêm sendo desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no domínio dos setores clássicos. Em causa está, em especial, a assunção pelo legislador da lógica intragrupo como circunstância justificadora da dispensa da sujeição dos contratos entre empresas do grupo às regras da contratação pública. Este regime pressupõe que não existe *autonomia decisória* entre as partes, quando ambas pertencem ao mesmo grupo de empresas. Este é, pois, um dos pontos em que o regime dos setores especiais se perfila francamente mais flexível do que a construção jurisprudencial do *in-house* nos setores clássicos, acolhida no Código dos Contratos Públicos, onde a lógica intragrupo, por si só, não assume relevância, sendo aí necessário que possa afirmar-se que a entidade adjudicante exerce sobre a entidade contratada um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços⁷².

A Diretiva 2004/17/CE parte, neste prisma, dos conceitos operativos *empresa associada* e *empresa comum* (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º da Diretiva). O Código dos Contratos Públicos transpõe o direito europeu nesta matéria, embora o esquema adotado não seja totalmente coincidente com o da Diretiva. Isto mesmo é particularmente nítido quanto à empresa comum, domínio onde o Código dos Contratos Públicos foi mais longe do que o legislador europeu, incorporando-a na própria noção de entidade adjudicante.

O conceito de *empresa associada* pode ser preenchido, de acordo com o disposto no artigo 14.º do Código dos Contratos Públicos, de uma de duas formas diferentes: ou se está perante entidades cujas contas anuais são consolidadas nos termos previstos na Diretiva 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de junho (critério principal), ou, não sendo o caso, o conceito de empresa associada deve preencher-se através do conceito de *influência dominante*, em aplicação das várias hipóteses previstas no artigo 14.º Código dos Contratos Públicos (critério subsidiário). De acordo com tais hipóteses, uma empresa associada pode ser uma *empresa-filha*, uma *empresa-mãe* ou uma *empresa-irmã* da entidade adjudicante, desde que unidas pela influência dominante que uma delas exerce sobre a outra ou pela circunstância de ambas estarem sujeitas à influência dominante de uma terceira entidade. A influência dominante sobre a outra afere-se pelo facto de, nomeadamente, uma delas deter a maioria do capital

⁷² Note-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia rejeitou já a aplicação da lógica intragrupo no domínio dos setores clássicos — cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Processo C-295/05 (*Tragsa II*).

social, a maioria dos direitos de votos, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de direção, administração ou fiscalização. Trata-se, portanto, de requisitos de verificação relativamente objetiva, pelo que, neste particular, não se levantam dificuldades.

Diferente é o conceito de *empresa comum*. Nos termos da Diretiva, empresa comum é uma empresa exclusivamente composta por diversas entidades adjudicantes que relevem no domínio dos setores especiais (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva). Conforme a doutrina já notou, “o conceito de ‘empresa comum’ alarga o âmbito da exclusão, já que não convoca o conceito de ‘influência dominante’ bastando que “um conjunto de entidades adjudicantes constituam uma empresa comum, independentemente das participações que cada uma das empresas sócias detenha no capital desta empresa comum, para que a mesma possa contratar *in-house* com qualquer empresa associada das empresas sócias da empresa comum”⁷³ e, acrescente-se, também com qualquer das suas sócias.

O Código dos Contratos Públicos, contudo, não seguiu exatamente o esquema adotado na Diretiva quando transpôs o conceito de empresa comum (que, aliás, não surge positivado no Código dos Contratos Públicos sob essa designação). No Código dos Contratos Públicos, o conceito europeu de empresa comum foi incorporado no próprio conceito de entidade adjudicante, previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos (“quaisquer pessoas coletivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores *ou* que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício comum de atividade nos setores da água, energia, dos transportes e dos serviços postais”) e também na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, a respeito da figura das associações de entidades adjudicantes (“as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de

⁷³ Cfr., sobre o tema, Mark Kirkby, *ob. cit.*, pp. 96 e 97.

administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas”).

Diferentemente do que sucede com o conceito de empresa comum constante da Diretiva, as entidades adjudicantes previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º e as associações de entidades adjudicantes previstas na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos *não têm necessariamente de ser exclusivamente constituídas por outras entidades adjudicantes*. Quanto às primeiras, muito embora possa ser esse o caso, o Código dos Contratos Públicos admite, em alternativa (atente-se na conjunção ou, constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º), que as entidades adjudicantes previstas nas demais alíneas do artigo 7.º financiem maioritariamente essa entidade ou controlem a sua gestão ou designem um órgão de administração, direção ou fiscalização. Quanto às associações de entidades adjudicantes previstas na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, basta, *que uma ou várias* dessas entidades adjudicantes nela participem para que a empresa comum seja considerada uma entidade adjudicante, desde que verificados, evidentemente, os demais requisitos do conceito, que impõem, é certo, uma especial ligação entre a empresa comum e a(s) entidade(s) adjudicante(s) que nela participa(m). Estes dados suscitam, de imediato, a seguinte observação: se, na perspetiva do conceito de entidade adjudicante, o Código dos Contratos Públicos foi mais longe do que o legislador europeu, erigindo essa empresa comum a entidade adjudicante e não exigindo, para esse efeito, que a empresa seja constituída exclusivamente por outras entidades adjudicantes, já quando se trata de recorrer a esse conceito para efeitos da exclusão *in-house*, como faz o Código dos Contratos Públicos nas alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º, não é claro que este esquema se conforme totalmente com o preconizado na Diretiva 2004/17/CE (na medida em que permite a exclusão de contratos entre entidades adjudicantes e empresas comuns que não sejam exclusivamente constituídas por entidades adjudicantes)⁷⁴.

Dito isto, veja-se, então, quais os casos de contratação que o Código dos Contratos Públicos exclui da sujeição às regras da Parte II. Tais casos podem reconduzir-se, em termos simples e apelando aos conceitos da diretiva, a três hipóteses.

⁷⁴ Aparentemente em sentido semelhante, cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 97.

- a) A primeira hipótese é a dos contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante*, prevista nas alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º e nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, e *uma empresa sua associada* (seja esta uma empresa-filha, uma empresa-mãe ou uma empresa-irmã, no sentido atrás referido). Esta hipótese reconduz-se à prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva e, no ordenamento jurídico nacional, na primeira parte das alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos.
- b) A segunda hipótese abrange os contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante* e uma empresa comum de que aquela faça parte (independentemente de qual das duas assuma a posição de entidade que contrata⁷⁵).

Trata-se dos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva e nas alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos. Muito embora apenas as alíneas c) e e) do n.º 1 do Código dos Contratos Públicos aludem à exigência de que a entidade adjudicante contratante tem de fazer parte da empresa comum, a verdade é que essa exigência resulta também para as restantes alíneas em resultado de uma *interpretação conforme com a Diretiva* (na verdade, a letra das referidas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva não deixa dúvidas quanto a esse ponto). Quando, nas alíneas d) e f), o Código dos Contratos Públicos refere os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante abrangida nas alíneas d) do n.º 2 do artigo 2.º ou c) do n.º 1 do artigo 7.º e uma *entidade abrangida pelas alíneas a) ou b) do mesmo número*, tem de entender-se, quanto a estas, que se trata de *entidades que façam parte daquelas*. Isto é, em causa estão contratos entre uma entidade adjudicante e uma empresa comum, também entidade adjudicante, de que aquela primeira faça parte – sob pena, evidentemente, de não existir qualquer relação entre as duas que justifique a exclusão do contrato das regras de contratação pública.

A propósito do disposto nas alíneas c) e e) do n.º 1 (isto é, dos casos em que seja a entidade adjudicante das alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º e das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos a contratar a *empresa comum*), o n.º 3 do artigo 13.º do Código

⁷⁵ É essa, de resto, a diferença entre as alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva. Como nota Mark Kirkby, na alínea b) a contratação *in-house* é invertida (cfr. *ob. cit.*, p. 97).

dos Contratos Públicos prevê um requisito adicional, em transposição do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva⁷⁶. Tal requisito consiste em exigir que a empresa comum contratada haja sido criada para desenvolver a sua atividade nos setores da água, energia, transportes e serviços postais durante um período mínimo de três anos, devendo os instrumentos jurídicos que as constituem exigir que as entidades que as integram nelas permaneçam, pelo menos, durante o mesmo período.

- c) Em terceiro lugar, estão excluídos das regras de contratação pública os contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante*, prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos (correspondendo, com as reservas acima assinaladas, à noção de empresa comum da Diretiva 2004/17/CE), e uma *empresa associada dos membros daquela*. Corresponde à hipótese contemplada na alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º da diretiva e na parte final das alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos.

4.3. Segundo nível: “dependência económica”

A afirmação da relação *in-house* depende ainda de poder demonstrar-se que 80% do *volume de negócios da empresa associada* contratada advenha das suas relações com a empresa sua associada (cfr. n.º 3 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos). Quando as obras, os bens móveis ou os serviços sejam realizadas, fornecidos ou prestados, respetivamente, à entidade adjudicante por mais do que uma empresa associada, o n.º 4 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos estatui que, nesse caso, o critério dos 80% do volume de negócios previsto no n.º 3 deve ser aferido tomando como base o volume de negócios de todas essas empresas associadas.

Com esta segunda condição pretende confirmar-se que, a par de uma dependência decisória, existe ainda uma dependência económica ou, dito

⁷⁶ Não se compreende a razão pela qual o mesmo requisito não se encontra previsto também na alínea a) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva. O legislador do Código dos Contratos Públicos, em transposição estrita do regime da Diretiva, não previu também a aplicação desse requisito para as hipóteses previstas nas alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos. Na proposta de nova diretiva apresentada pela Comissão Europeia em 20/12/2011, este requisito é estendido aos casos em que seja empresa comum a contratar uma das entidades adjudicantes que dela façam parte (cfr. artigo 23.º da proposta de nova diretiva).

de outro modo, que, a par de uma dependência formal, existe também uma dependência substancial entre as empresas em causa⁷⁷. Como foi apontado pelo Advogado-Geral Philippe Léger, “uma entidade não é necessariamente privada de liberdade de ação apenas pelo facto de as decisões que lhe dizem respeito serem tomadas pela coletividade que a detém, se ela ainda puder exercer uma parte importante da sua atividade económica junto de outros operadores”⁷⁸.

Numa primeira leitura, o volume de negócios da empresa associada contratada deveria advir das suas relações com a empresa associada que a contrata, isto é, com a entidade adjudicante. Porém, uma interpretação do preceito nacional em conformidade com o direito europeu (o n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE refere-se expressamente, no plural, às *empresas às quais* a empresa prestadora se encontra associada) e com o próprio pensamento legislativo subjacente às normas em causa – que assenta no reconhecimento das relações intragrupo estabelecidas entre as entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais – conduz-nos ao entendimento de que o requisito de 80% do volume de negócios da empresa associada contratada deve apurar-se *por referência a todas as empresas suas associadas*, isto é, por referência ao grupo em que se insere^{79 e 80}. Nesta linha, a aplicação das Diretivas só será exigível se as atividades comerciais exercidas pela entidade contratada fora do seu grupo não forem meramente acessórias (isto é, se representarem mais de 20% do seu volume de negócios) em relação ao conjunto das atividades efetivamente exercidas.

Outro aspeto a ter em conta tem que ver com a circunstância de, não raras vezes, as empresas associadas contratadas exercerem atividades que são remuneradas pelos utilizadores dos serviços e não pela entidade, associada, que as contratou (como sucede, por exemplo, com uma entidade que exerça a atividade de distribuição de água em regime de concessão)⁸¹. Essa

⁷⁷ Cfr. Maria Antonietta Portaluri, Francesca Petullá e Daniele Spinelli, *I Contratti Pubblici dei Settori Speciali, Guida pratica alla partecipazione e gestione agli appalti nei settori ex esclusi*, Il Sole 24 Ore, Spa, 2008, p. 69.

⁷⁸ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas em 15 de junho de 2000, no âmbito do Proc. C-94/99 (*Arge*), ponto 60.

⁷⁹ Em favor deste entendimento depõe ainda o argumento sistemático da interpretação, já que a doutrina *in-house*, desenvolvida em geral para os setores comuns pela jurisprudência comunitária e vertida pelo legislador nacional no n.º 2 do artigo 5.º do CCP, ao tratar o requisito relativo à destinação do essencial da atividade da entidade prestadora dos serviços, tem em mente, como adiante melhor se verá, a ou as entidades adjudicantes que sobre essa entidade exerçam um controlo análogo, e não apenas a entidade adjudicante que, na relação em apreço, beneficia dos serviços a prestar.

⁸⁰ Neste sentido, cfr. Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

⁸¹ Segue-se de perto, neste ponto, Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

circunstância não obnubila, porém, o facto de tais atividades serem, conseqüentemente, exercidas, em última análise, em benefício de quem lhe atribuiu essa missão. Com efeito, o facto de uma entidade criada enquanto *longa manus* da Administração ser incumbida da realização de tarefas e prestações cujos destinatários imediatos e responsáveis pelo seu pagamento são terceiros não impede que se conclua que esse “prolongamento administrativo” só realizou tal atividade e celebrou tais contratos com terceiros porque a isso estava obrigado. Daqui resulta que o critério do volume de negócios encontrado pelo legislador não pode conduzir à mera averiguação de saber quem paga à entidade em causa e quem assume nos contratos que ela celebra a posição de contraparte, já que, em determinadas situações, o que releva é verificar se a realização de tais prestações não constitui a resposta a uma simples ordem que lhe foi emitida pela Administração-mãe. Neste contexto, foi já considerado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão *Carbotermo*, que o volume de negócios adveniente da execução de contratos de concessão adjudicados por uma empresa associada deve ser contabilizado como realizado à empresa associada, ainda que os pagamentos não sejam feitos por esta^{82 e 83}.

Um terceiro aspeto que pode prestar-se a alguma dúvida prende-se com a determinação dos contratos relevantes para a aferição do cumprimento do critério do volume de negócios⁸⁵. A dúvida passa por saber se se deve considerar todos os negócios entre as duas (ou mais, como se viu) entidades relevantes ou apenas os negócios relativos ao mercado relevante no

⁸² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11/05/2006, Proc. C-340/04 (*Carbotermo*), que considerou que “o volume de negócios determinante é o que a empresa em questão realiza em virtude das decisões de adjudicação tomadas pela autarquia de tutela, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões” (n.º 65) e que “as atividades de uma empresa adjudicatária que devem ser tomadas em conta são todas aquelas que esta empresa realize no quadro de uma adjudicação que lhe tenha sido feita pela entidade adjudicante, e isto independentemente da identidade do beneficiário, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações” (n.º 66). Em conclusão, “é indiferente saber quem remunera a empresa em questão, quer se trate da autarquia que a controla ou dos terceiros utilizadores das prestações fornecidas em virtude das concessões ou de outras relações jurídicas constituídas pela referida autarquia. É também irrelevante saber em que território são fornecidas as referidas prestações” (n.º 67). Sobre este acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, cfr. Fotini Avarkioti, “The application of EU Public procurement rules to *in-house* arrangements”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 32. Embora na situação apreciada nesse aresto se discutisse o critério da destinação do essencial da atividade da doutrina *in-house* com relevância nos setores comuns e não especificamente nos setores especiais, a verdade é que, materialmente, as questões tratadas assumem contornos paralelos.

⁸³ A este respeito, cfr. também o Acórdão n.º 106/2009, de 11 de maio, do Tribunal de Contas (confirmado, ainda que com diferentes fundamentos, pelo Acórdão n.º 1/10, de 19 de janeiro, Processo 193/09), no qual o entendimento acabado de referir não é verdadeiramente posto em causa.

⁸⁴ Segue-se de perto, também neste ponto, Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

contrato cuja celebração se pretende excluir das regras de contratação. Neste última hipótese, estaria em causa apenas o volume de negócios entre as duas entidades que resultasse da celebração de contratos do mesmo tipo e no mesmo mercado relevante.

De acordo com alguma doutrina⁸⁵, embora o texto da Diretiva não o diga expressamente, deve considerar-se implícito que este teste só deve tomar como referência os serviços *do mesmo tipo* ou *similares* aos que são contratados pela entidade adjudicante (em sintonia, aliás, com o que a própria Diretiva acolhe, quando se refere à hipótese de serem várias empresas associadas a prestar serviços à entidade adjudicante).

Próximo deste sentido parece posicionar-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/10, de 19 de Janeiro de 2010 (Processo 193/09, 1.ª secção), que, embora a propósito do critério do essencial da atividade nos “setores comuns”, procede a uma interpretação material do critério do essencial da atividade – à luz do princípio da concorrência e com apoio (apenas) nas conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, apresentadas em 28 de setembro de 2006, no Processo C-295/05 (*Tragsa II*) –, considerando que, para efeitos deste critério, deve atentar-se apenas nas atividades que se integrem no mercado relevante à luz do concreto contrato que se quer celebrar: concluindo-se que, nesse mercado, o essencial da atividade da entidade contratada não é desenvolvido em benefício da entidade adjudicante, não se integrando sequer nas suas atribuições, não pode considerar-se cumprido o requisito.

Deve referir-se que o texto do Código dos Contratos Públicos fornece elementos que apontam neste sentido, uma vez que o n.º 3 do artigo 13.º alude claramente ao volume de negócios que provenha da realização *dessas* obras, do fornecimento *desses* bens ou da prestação *desses* serviços à entidade à qual aquela se encontra associada.

5. O regime jurisprudencial de formação dos contratos nos setores especiais

5.1. Os contratos excluídos do âmbito material de aplicação dos setores especiais

Assinalados alguns aspetos do designado “regime legal” atinente aos setores especiais, impõe-se, por último, conceder ainda alguma atenção

⁸⁵ Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 926.

àquele que, logo no início deste trabalho, designámos por *regime jurisprudencial* dos setores especiais.

Em jogo está, como se sabe já, o regime – se algum – a que ficam sujeitos os contratos não cobertos pelo escopo aplicativo do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos. É que não deve olvidar-se que contratação (total ou parcialmente) excluída das diretivas não é sinónimo de contratação excluída do âmbito do direito da União Europeia⁸⁶.

Centrando-nos no Código dos Contratos Públicos, verifica-se, no que tange aos setores especiais, que este regime jurisprudencial é particularmente relevante (i) quanto aos tipos contratuais não indicados no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos e, (ii) já no domínio dos contratos compreendidos no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, também para os contratos de empreitada de obras públicas, de aquisição de serviços e de bens (já que, quanto aos de concessão de obras e de serviços públicos, o legislador nacional, mencionando-os no elenco de contratos do n.º 1 do artigo 11.º, não condicionou a sua sujeição ao regime da Parte II do Código dos Contratos Públicos a um qualquer valor mínimo⁸⁷).

A razão pela qual incluímos, neste estudo, uma referência a este regime jurisprudencial compreende-se com facilidade. É que, apesar do silêncio do Código dos Contratos Públicos quanto ao regime procedimental dos contratos não incluídos no n.º 1 do artigo 11.º – com a consequente liberdade das entidades adjudicantes no que toca à conformação desses procedimentos, designadamente quanto ao recurso a mecanismos de apelo e de fomento da concorrência –, a verdade é que não devem ignorar-se os riscos – cada vez maiores, de resto, atendendo ao eco que este regime vai colhendo, nas instâncias jurisdicionais e fiscalizadoras nacionais – de uma total desconsideração pelas entidades adjudicantes das vinculações que para si são suscetíveis de decorrer do tal *regime jurisprudencial* e que podem levar, como já sucedeu, à invalidação de contratos celebrados à sua margem.

⁸⁶ Cfr. Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime...”, *cit.*, p. 3.

⁸⁷ Pode, de algum modo, considerar-se que o Código dos Contratos Públicos se antecipou àquela que é a tendência atual no Direito da União, uma vez que, de acordo com a proposta de diretivas apresentadas pela Comissão Europeia em dezembro de 2011, os contratos de concessão são objeto de uma diretiva dedicada exclusivamente a esses contratos. A vingar a proposta da Comissão, os contratos de concessão de valor superior a cinco milhões de euros ficarão sujeitos a todas as regras procedimentais previstas na nova diretiva, incluindo a publicação de anúncio, e os de valor situado entre 2500 mil euros e cinco milhões de euros apenas à obrigação de publicação de anúncio.

5.2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o *soft law* da CE

5.2.1. Em geral

Neste contexto de preenchimento do espaço deixado pelo Código dos Contratos Públicos no que toca aos contratos não abrangidos pelo regime dos setores especiais – atrás já identificados –, as normas e princípios que enformam o direito europeu, em matéria de contratação pública, adquirem relevância significativa⁸⁸.

Não obstante a tendência – cada vez menos nítida, é certo – para se considerar que as preocupações com a proteção da concorrência e com o mercado único se encontram já devidamente acauteladas nas diretivas e, no plano nacional, no Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem considerado que as diretivas protegem insuficientemente os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência previstos no Tratado e, como forma de suprir essa insuficiência, recorre diretamente ao conteúdo normativo desses princípios para garantir a sua satisfação.

A origem deste regime jurisprudencial reside, portanto, num conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸⁹ e a própria Comissão Europeia, através de comunicações interpretativas que enformam um verdadeiro

⁸⁸ Um breve parêntese se impõe, neste contexto, apenas para referir que os comandos emanados do direito europeu, mormente dos princípios de direito primário, não constituem os únicos parâmetros de validade e de orientação com que, no plano da maximização da concorrência, as soluções oferecidas pelo CCP devem ser confrontadas. Está a pensar-se, em concreto, nos ditames em matéria de concorrência que se encontram subjacentes ao ordenamento constitucional português. É que a lógica da concorrência em matéria de contratação pública, embora mais propalada na sua vertente europeia, pode também ser encontrada no próprio quadro constitucional português, onde a defesa da concorrência se assume como valor estruturante da organização económica. Sobre este aspeto, cfr. Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime...”, *cit.*, p. 6; João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, “A contratação pública de serviços de assessoria jurídica”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, p. 374.

⁸⁹ Cfr., exemplificativamente: Acórdão de 07/12/2000, Processo C-324/98 (*Telaustria*); Acórdão de 21/07/2005, Processo C-231/03 (*Coname*); Acórdão de 13/10/2005, Processo C-458/03 (*Parking Brixen*); Acórdão de 13/11/2007, Processo C-507/03 (*Comissão v. Irlanda*); Acórdão de 15/05/2008, Processo. C-147/06 e C-148/06 (*SECAP*); Acórdão de 21/02/2008, Processo C-412/04 (*Comissão v. República Italiana*). Para uma análise da evolução desta jurisprudência, cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 1 e seguintes.

soft law europeu⁹⁰, têm desenvolvido de modo intenso, ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal e que não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais. Em causa estão princípios como o da livre circulação de mercadorias⁹¹, da livre prestação de serviços⁹², o princípio da não – discriminação⁹³, o direito de estabelecimento⁹⁴, dos quais o Tribunal de Justiça da União Europeia tem inferido outros princípios como os princípios da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo⁹⁵.

De resto, não pode deixar de assinalar-se que é o próprio legislador europeu quem reconhece a relevância desses princípios para lá do âmbito de aplicação das diretivas. No que toca aos setores especiais, o considerando 9 da Diretiva 2004/17/CE recorda, a propósito dos contratos públicos cujo valor é inferior aos limiares de aplicação da diretiva, “(...) a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça, segundo a qual são aplicáveis as regras e os princípios do Tratado (...)”⁹⁶.

Deve frisar-se que não há, na legislação portuguesa, normação imperativa que concretize em geral estes princípios, o que tem sido aplaudido por alguma doutrina que considera que “se o legislador comunitário entendeu excluir expressamente do âmbito de aplicação das referidas diretivas determinados contratos, em particular em função do respetivo valor, a tentativa de fazer derivar dos princípios gerais do Direito Comunitário originário regras materialmente incompatíveis com essa exclusão (submetendo todos os contratos a regras de contratação pública) é ela própria *contra legem*. Quer porque os princípios em causa não têm densidade suficiente para deles se poderem excluir as regras (minuciosas!)

⁹⁰ Cfr. *Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário*, COM 2000/C 121/02, de 29/04/2000 (doravante, *Comunicação interpretativa de 2000*), e *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, COM 2006/C 179/02, de 01/08/2006 (doravante, *Comunicação interpretativa de 2006*).

⁹¹ Cfr. artigo 34.º do TFUE.

⁹² Cfr. artigo 56.º do TFUE.

⁹³ Cfr. artigo 18.º do TFUE.

⁹⁴ Cfr. artigo 49.º do TFUE.

⁹⁵ Sobre os princípios gerais da contratação pública, cfr. Maria João Estorninho, *Direito europeu dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 354 e seguintes; Cláudia Viana, *Os princípios comunitários da contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.

⁹⁶ O sentido deste Considerando vem transposto no Considerando 3 da proposta de diretiva relativa aos setores especiais, apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

prescritas pela Comissão, quer porque a regulação contida nas diretivas já espelha o que o legislador considerou ser o ponto óptimo, ou pelo menos suficiente, para concretizar ou acautelar tais princípios⁹⁷.

Corolário da assinalada ausência de um regime escrito, corporizado em re-gras jurídicas, que concentre este *regime jurisprudencial* é a significativa falta de certeza jurídica que envolve as entidades adjudicantes quando pretendem celebrar contratos com estas características⁹⁸. Fonte de acrescida insegurança jurídica é, como se verá de seguida, a relativa volatilidade com que a jurisprudência e a Comissão Europeia apresentam o regime procedimental que construíram em homenagem aos princípios do Tratado, já apelidado de *grey area*⁹⁹, avançando com elementos de aproximação (“flutuantes e radicalmente casuísticos”¹⁰⁰) para o preenchimento de conceitos decisivos e deixando às entidades adjudicantes a responsabilidade de avaliar, em cada caso, se os requisitos de aplicação do *regime jurisprudencial* se verificam¹⁰¹.

Mas a verdade é que tudo indica que esta perspetiva binária do regime aplicável aos setores especiais – abrangendo o *regime legal* e o *regime jurisprudencial* –, confusa ou não, necessária ou desnecessária, *is here to stay*¹⁰².

⁹⁷ Cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 91.

⁹⁸ Para uma análise das demais críticas de que é alvo este regime jurisprudencial, cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 16 e seguintes. A *Comunicação interpretativa de 2006* foi, de resto, objeto de impugnação junto do Tribunal de Justiça da União Europeia por parte da República Federal da Alemanha, tendo sido proferido Acórdão em 20/05/2010 (Processo T-258/06), o qual julga o recurso inadmissível, mantendo o teor da referida *Comunicação interpretativa*.

⁹⁹ Cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 21.

¹⁰⁰ Cfr. Miguel Assis Raimundo, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

¹⁰¹ Neste sentido, Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886; Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 19.

¹⁰² Cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 21. Saliente-se, de resto, que “o resultado alcançado reflete, provavelmente, um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao aprovar as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, se recusou a opção por uma regulamentação rígida de regras incorporada num regulamento comunitário, que havia sido sugerida, por exemplo, pelo Comité Económico e Social, não deixou também de rejeitar o paradigma principiológico, assente numa normação mais pormenorizada e mais aberta, sugerido por alguns autores. Todavia, com o reconhecimento de que a contratação (total ou parcialmente) excluída das diretivas pode estar submetida aos princípios comunitários que regem uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, a formação de uma parte importante dos contratos públicos no espaço comunitário acaba por ficar submetida a um mero enquadramento principiológico” – cfr. Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime...”, *cit.*, p. 5.

5.2.2. Um certo regime procedimental

O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Comissão Europeia têm inferido dos princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia um *certo* regime procedimental que se impõe às entidades adjudicantes, ainda que não eivado da densidade que enforma o regime procedimental que decorre das diretivas. E a pertinência e aplicação práticas desse *certo regime procedimental* tem levado o Tribunal de Justiça da União Europeia a declarar a invalidade de contratos formados à margem de procedimentos concorrenciais mesmo quando, repita-se, as diretivas lhes não são aplicáveis, seja em função da natureza do contrato, seja em função do seu valor¹⁰³.

À luz deste regime jurisprudencial a celebração do contrato não é livre, devendo assegurar-se o respeito dos princípios fundamentais do direito europeu originário em geral e o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade em particular, o que obriga a assegurar, “a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”¹⁰⁴. Em termos práticos e independentemente da medida das exigências que, a esse título, sejam impostas, é, desde logo, decisiva a conclusão de que do cumprimento do *dever de publicidade* pode advir a apresentação de propostas de entidades que a entidade adjudicante não escolheu (e até não escolheria), as quais devem ser *apreciadas em termos não discriminatórios*.

No que toca à primeira das limitações decorrentes do regime em apreço – o *dever de publicidade*¹⁰⁵ –, de acordo com a Comissão, e na senda do Tribunal de Justiça da União Europeia, proíbe-se qualquer “abordagem seletiva” das entidades adjudicantes dirigidas a potenciais interessados, “mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais” e “publicidade passiva”, em que a entidade adjudicante se limita a responder a pedidos de informação dos candidatos que tiveram conhecimento da iminência da celebração do contrato¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. acórdãos atrás referidos.

¹⁰⁴ Cfr. Acórdão de 7 de dezembro de 2000, Proc. C-324/98 (*Telaustria*), n.º 62. Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*.

¹⁰⁵ Trata-se, pois, de uma obrigação positiva de publicitar, e não apenas uma mera proibição negativa de tomar medidas discriminatórias contra fornecedores de outros Estados-membros – cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency...”, *cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ Cfr. da *Comunicação interpretativa de 2006*, *cit.*, ponto 2.1.1.

Mas não se exige necessariamente que, em cumprimento do dever de publicitar, seja publicitado um anúncio em jornais oficiais. Tem sido entendido que a mesma não implica necessariamente sequer a publicação de um anúncio num jornal, podendo bastar-se com um anúncio no *site* da Internet da entidade adjudicante, o que, todavia, deve assentar nas características específicas do contrato em causa¹⁰⁷. O que se exige às entidades adjudicantes é “um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos (...), por forma a que, se [uma] empresa o desejar possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato (...), o que passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível”¹⁰⁸.

Independentemente do que seja, em concreto, o modo adequado de publicitação da intenção de contratar – avaliação que é deixada às entidades adjudicantes –, certo é que a consequência mais imediata que daí decorre “(...) é [a] de aceitar propostas de entidades que não se escolheu, mas que podem considerar-se interessadas no contrato”¹⁰⁹.

E esta é, sem dúvida, a limitação maior que decorre deste regime jurisprudencial. A mera publicitação da intenção de contratar e o convite generalizadamente dirigido a quem possa estar interessado para apresentar proposta constitui, de *per se*, uma forte restrição à liberdade das entidades adjudicantes, correspondendo, justamente, a um dos pilares em que assenta o direito da contratação pública e, em particular, o regime que brota das diretivas sobre a matéria: a imposição de um momento de abertura do contrato ao mercado. Ainda que o anúncio em si mesmo não obedeça às regras impostas nas diretivas e ainda que a tramitação procedimental prevista nas diretivas (e com mais pormenor no Código dos Contratos Públicos) não tenha aplicação no plano do regime jurisprudencial, a verdade é que, uma vez esclarecida a sujeição de determinada contratação a este regime, fica praticamente aniquilada a liberdade da entidade adjudicante no que toca à escolha do seu co-contratante.

Além do dever de publicidade, o segundo pilar em que assenta este regime prende-se com a exigência de *ausência de discriminação e de parcialidade na adjudicação* – “[a] garantia de um procedimento equitativo e

¹⁰⁷ Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 737.

¹⁰⁸ Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*, cit., ponto 2.1.1.

¹⁰⁹ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886.

imparcial é o corolário necessário da obrigação de assegurar uma publicidade transparente”¹¹⁰.

Esta exigência tem implicações, como também assinala a Comissão, (i) ao nível da descrição do objeto do contrato (proibição da alusão a marcas e fabricantes específicos), (ii) quanto às condições impostas aos próprios concorrentes (que não podem ser discriminatórias), (iii) ao nível dos prazos, que devem ser adequados à complexidade do contrato e da proposta e permitir a sua preparação por operadores de outros Estados-membros, (iv) no plano da própria condução do procedimento, exigindo-se uma abordagem transparente e objetiva que incuta nos concorrentes a confiança sobre a imparcialidade da entidade adjudicante e, finalmente, (v) no momento da própria adjudicação e da escolha do adjudicatário, implicando “transparência na adjudicação e observância das regras previamente estabelecidas”¹¹¹, em homenagem aos princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento.

5.2.3. Limitação aos contratos com interesse transfronteiriço certo

É o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹² que reconhece que este regime procedimental diretamente deduzido dos princípios do Tratado apenas é convocado quando o contrato a celebrar apresenta um *interesse transfronteiriço certo*, isto é, quando o “*apresent[e] um interesse para os agentes económicos* considerados de um ponto de vista de todo o mercado europeu, e não apenas do ponto de vista dos mercados nacionais”¹¹³ ou, noutra formulação, quando “envolva a concorrência (virtual ou efetiva) de interessados de outros países comunitários”¹¹⁴.

O preenchimento do conceito de contrato com interesse transfronteiriço certo não se afigura intuitivo nem simples. Essa natural dificuldade, associada à própria indeterminação do conceito, é reforçada, em prejuízo da segurança jurídica, pelo modo como o Tribunal de Justiça da União Europeia tem enfrentado a questão, combinando uma série de fatores, de diferentes formas e em diferentes graus, seguindo um típico método

¹¹⁰ Cfr. ponto 2.2.1 da mesma *Comunicação interpretativa de 2006*.

¹¹¹ Cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 737.

¹¹² Cfr. os já referidos *Acórdãos Telaustria, Coname, Parking Brixen, SECAP, Comissão v. República Italiana, Comissão v. Irlanda*.

¹¹³ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 885. O itálico consta no original.

¹¹⁴ Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 53.

indiciário (e não cumulativo)¹¹⁵ – a título de exemplo, o Tribunal invoca interesse económico do contrato¹¹⁶, a diferenciação técnica do objeto do contrato¹¹⁷ ou o próprio local de execução contratual.

De acordo com a Comissão Europeia, na senda de alguns fatores que vêm sendo avançados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, “cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros”, decisão que tem de ser sustentada “numa avaliação das circunstâncias particulares do caso, como sejam o objeto do contrato, o seu valor, as particularidades do setor em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também da localização geográfica do lugar de execução”¹¹⁸. A Comissão reconhece ainda, com relevância, poderem ser aplicadas as exceções específicas que constam das diretivas e que autorizam, em certas condições, a utilização de procedimentos sem publicação prévia de anúncio, como é o caso da extrema urgência e de contratos que apenas podem ser executados por um único operador¹¹⁹. Em suma: quando esteja ausente esse elemento transfronteiriço, o contrato não cai no domínio natural de abrangência do regime europeu da contratação pública, seja o consagrado nas diretivas, seja o decorrente dos princípios do Tratado.

¹¹⁵ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 885.

¹¹⁶ Cfr. Acórdão *Coname*, cit., parágrafo 20.

¹¹⁷ Trata-se de contratos que, por requererem investimentos significativos em meios e pessoal especializado, oferecem poucas oportunidades para aplicação, ao ponto de empresas sedeadas em qualquer ponto da União Europeia estarem disponíveis a suportar os custos da distância – cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886.

¹¹⁸ Cfr. *Comunicação Interpretativa de 2006*, ponto 1.3.

¹¹⁹ Cfr. *Comunicação Interpretativa de 2006*, ponto 2.1.4.

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS SETORES DA ÁGUA E DO SANEAMENTO (ÂMBITOS SUBJETIVO E OBJETIVO DE APLICAÇÃO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NESTES SETORES)¹

Mark Bobela-Mota Kirkby

Advogado.

1. Introdução

1. O regime de contratação pública que se aplica às entidades que têm a sua cargo a gestão e exploração dos sistemas municipais e multimunicipais relativos aos serviços públicos de água e saneamento pode ser diferente do regime geral de contratação pública que se aplica às entidades públicas que atuam noutros setores, e esse regime especial pode inclusivamente aplicar-se a entidades materialmente privadas.

Isto porque, como é sabido, a atividade no setor da água, *i.e.*, “a colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável”, insere-se nos chamados “setores especiais da contratação pública”² [cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)]. Com esta expressão pretende-se significar

¹ Baseado na sessão do curso de pós-graduação de atualização sobre Direito da Água, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que lecionámos no dia 19 de junho de 2012.

² Sobre as razões históricas da autonomização dos “setores especiais” para efeitos da sujeição das entidades adjudicantes que neles operam a um regime especial de contratação pública cfr. Maria Antonieta Porttalar, Francesca Petullá, Daniele Spinell, *I contratti pubblici dei settori speciali*, ed. Il Sole 24 Ore, 2008, p. 2 e seguintes, e Mark Bobela-Mota Kirkby, “A contratação pública nos ‘sectores especiais’”, in AAVV, *Estudos de contratação pública II*, Coimbra, 2010, p. 41 e seguintes.

que a atividade pública contratual desenvolvida por entidades que operam nesses setores pode ficar sujeita a um regime de contratação pública *mais flexível* do que o regime geral da contratação pública. Por seu turno, nalgumas situações que adiante serão analisadas, também a contratação pública realizada por entidades que operam no setor do saneamento pode ficar sujeita ao regime de contratação pública dos setores especiais [cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos].

2. Para apurarmos se a celebração de um determinado contrato público celebrado por uma entidade que opera no setor da água ou nos setores da água e saneamento está sujeita ao regime dos setores especiais torna-se necessário desenvolver duas tarefas de hermenêutica jurídica:

- a) determinar se a entidade em causa pode ser qualificada como uma “entidade adjudicante dos setores especiais”, isto é, se a entidade se integra no âmbito subjetivo de aplicação da Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores especiais, e, bem assim, no âmbito subjetivo de aplicação do regime dos setores especiais transposto pelo Código dos Contratos Públicos;
- b) determinar se o contrato celebrado pela potencial “entidade adjudicante dos setores especiais” se integra no âmbito material de aplicação do regime de contratação pública nos setores especiais plasmado nos diplomas citados, isto é, se está relacionado com a atividade desenvolvida pelas referidas entidades nos setores da água ou da água e saneamento.

São os parâmetros normativos que devem presidir a estas tarefas hermenêuticas que passamos a analisar.

2. Âmbito subjetivo do regime específico de contratação pública nos setores da água e saneamento

2.1. As entidades adjudicantes nos “setores especiais”

3. Com especial relevância para a delimitação do âmbito subjetivo de aplicação das regras de contratação específicas para as entidades que atuam nos setores especiais surge-nos o artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, que se refere às “entidades adjudicantes nos setores da

água, da energia, dos transportes e dos serviços postais” e que vem alargar o leque de entidades que, à luz do Código, devem ser consideradas “entidades adjudicantes” para efeitos da respetiva sujeição às regras da contratação pública.

Assim, a alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º considera “entidades adjudicantes” “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º [i.e., que não sejam nem entidades públicas tradicionais, nem “organismos de direito público” na aceção que adiante analisaremos], ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante”.

Por seu turno, a alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º considera ainda entidades adjudicantes “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem de *direitos especiais ou exclusivos*³ não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:

- i. reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos setores da água da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- ii. afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades”.

4. O enunciado da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos não levanta dúvidas interpretativas de maior. Refira-se apenas que o preceito qualifica como “entidades adjudicantes” quaisquer entidades que atuem nos “setores especiais” e relativamente às quais as “entidades adjudicantes” referidas no artigo 2.º detenham, direta ou indiretamente, uma “influência dominante”. O n.º 2 do artigo 7.º esclarece que “considera-se que uma entidade adjudicante pode exercer influência dominante quando detiver, nomeadamente, a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito a designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, de direção ou de fiscalização”.

³ Destacado nosso.

Atendendo a que a definição de “influência dominante”, para este efeito, acompanha a definição de “influência dominante” para efeitos de qualificação de uma empresa como “empresa pública” acolhida no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro⁴, resulta imediatamente claro o alcance e o escopo principais da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos: sujeitar às regras da contratação pública todas as entidades que operem nos “setores especiais” e que, nomeadamente, devam ser consideradas “empresas públicas”, *mesmo que atuem nesse mercado em condições concorrenciais*, isto é, mesmo que não pudessem ser consideradas “organismos de direito público” nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos⁵.

Assim, ao contrário do que sucede na generalidade dos setores de atividade, em que não basta a qualificação de uma entidade como “empresa pública” para a sujeitar às regras da contratação, sendo necessário que esta desenvolva uma atividade de interesse geral “com caráter não industrial ou não comercial”⁶ (*i.e.*, subtraída às condições normais de mercado e da livre concorrência), já nos setores especiais todas as empresas públicas estão abrangidas pelo Código dos Contratos Públicos, mesmo que a atividade desenvolvida tenha caráter “industrial ou comercial”. Funciona aqui, como é de ver, a presunção subjacente à própria razão de ser do regime dos setores especiais, de que os mercados em que as atividades em causa são desenvolvidas não estão suficientemente liberalizados ao ponto de se poder assumir que a circunstância de existir alguma concorrência entre as entidades adjudicantes basta para afastar as preocupações jurídico-públicas inerentes à imposição de procedimentos concorrenciais.

5. Já a previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos descreve uma situação em que uma empresa totalmente privada, quer formal quer materialmente, pode ser considerada “entidade adjudicante” e, conseqüentemente, sujeita às regras da contratação pública contidas na Parte II do Código.

Como referimos, o preceito considera ainda “entidades adjudicantes” “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem

⁴E, bem assim, no artigo 3.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, quanto às empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas.

⁵Acompanhando, de resto, o disposto no artigo 2.º [em particular a alínea a) do n.º 2] da Diretiva 2004/17/CE, que submete às regras da contratação pública todas as empresas públicas.

⁶Cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos.

de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:

- i. reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- ii. afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades”.

Este preceito vem, na sequência de uma das principais alterações introduzidas ao regime dos “setores especiais” pela Diretiva 2004/17/CE [cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 1.º], limitar o seu próprio âmbito de aplicação, reduzindo as entidades abrangidas a partir da nova definição (mais restrita) de “direitos especiais ou exclusivos”.

6. Assim, quer a Diretiva quer as instâncias comunitárias e, consequentemente, a própria doutrina, têm adotado uma abordagem cautelosa, senão mesmo limitativa, do conceito de *direitos especiais ou exclusivos*, restringindo a abrangência do conceito.

Com efeito, o Considerando 25 da Diretiva 2004/17/CE esclarece que “é conveniente assegurar uma definição adequada da noção de direitos especiais e exclusivos. Dessa definição deve resultar que (...) o facto de uma entidade alimentar com água potável, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento uma rede que, por seu turno, *seja explorada por uma entidade que beneficie de direitos especiais ou exclusivos* concedidos por uma autoridade competente do Estado-membro em causa *também não constitui, por si só, um direito exclusivo ou especial*” na aceção da presente Diretiva. Do mesmo modo, não poderão ser considerados, seja por que forma for, inclusivamente mediante atos de concessão, direitos exclusivos ou especiais, os direitos concedidos por um Estado-membro a um número limitado de empresas com base em critérios objetivos proporcionais e não discriminatórios, que deem a qualquer interessado que os satisfaça a possibilidade de beneficiar dos mesmos”.

Como bem assinalou a Comissão Europeia na sua Declaração Interpretativa de 18 de junho de 2004, sobre o conceito de “direitos exclusivos ou especiais” acolhido na nova Diretiva dos setores especiais, o regime esta-

⁷ Destacados nossos.

belecido a partir da definição do conceito efetuada pelo n.º 3 do artigo 2.º e pelo Considerando 25 da Diretiva introduz alterações profundas ao regime constante da Diretiva anteriormente aplicável aos setores especiais (Diretiva 93/38/CE), com enormes consequências práticas.

Em particular, ao contrário do que antes sucedia, deixou de ser possível concluir pela existência de um direito exclusivo ou especial apenas a partir da consideração do tipo e do regime geral da atividade exercida, nomeadamente se a mesma envolve, por exemplo, direitos expropriatórios ou de ocupação de terrenos que integrem o domínio público. Com a nova Diretiva torna-se necessário desenvolver uma análise “caso a caso” com vista a aferir se a entidade em causa goza de direitos que “afetem substancialmente a possibilidade de outras entidades desenvolverem no mesmo território a mesma atividade em condições substantivas equivalentes”.

Por outro lado, passou a ser necessário aferir como é que a entidade em causa obteve os eventuais direitos exclusivos ou especiais, não podendo ser considerada uma “entidade adjudicante” sujeita às regras da contratação pública *quando tais direitos tenham sido eles próprios obtidos na sequência de um procedimento aberto e concorrencial, com publicidade internacional*.

A *ratio* do novo regime estabelecido na Diretiva 2004/17/CE visa, essencialmente, excluir do conceito de “entidades adjudicantes” e, consequentemente, do âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais, todas as entidades sobre as quais a Administração não pode exercer uma influência real quanto às decisões relativas aos contratos que aquelas venham a celebrar, precisamente porque a Administração não goza de liberdade ou de poderes discricionários na atribuição dos referidos direitos exclusivos ou especiais⁸. E isto sucederá quer quando se possa concluir que tais direitos podem ser gozados por todos aqueles que reúnam determinadas condições objetivamente definidas, quer quando são atribuídos na sequência de um procedimento concorrencial.

2.2. Os organismos de direito público

7. O artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos estende o âmbito de aplicação das regras da contratação nos setores da água, da energia, dos

⁸ Cfr. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Thompson – Sweet & Maxwell, 2005, p. 854.

transportes e dos serviços postais às entidades adjudicantes previstas no respetivo n.º 2 do artigo 2.º, ou seja, às entidades que comunitariamente são designadas “organismos de direito público”.

Assim, nos termos do preceito citado, “à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º, que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou várias dessas atividades”.

Significa isto que os “organismos de direito público”, caso desenvolvam atividades nos setores especiais (artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos) e relativamente aos contratos que “digam direta e principalmente respeito” a tais atividades, podem beneficiar do regime (mais permissivo e flexível) aplicável à contratação dos setores especiais, à semelhança do que sucede com as entidades referidas no artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos. Todavia, e como é evidente, relativamente às restantes atividades por si desenvolvidas, ou no caso de os contratos celebrados nos setores especiais não se relacionarem direta e principalmente com as atividades enunciadas no artigo 9.º, é-lhes aplicável o regime geral da contratação pública reservado às entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º. Não se aplica aqui, conseqüentemente, o mesmo raciocínio que é aplicável às entidades que apenas são “entidades adjudicantes” por força do artigo 7.º que, no caso de celebrarem contratos diversos dos previstos no Código dos Contratos Públicos (*maxime* artigos 9.º e 11.º), não estão sujeitas às regras da contratação pública.

8. Face ao exposto, revela-se pertinente clarificar, ainda que sinteticamente, o conceito de “organismo de direito público” a que se refere a alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos⁹.

O referido preceito estende a qualificação de “entidade adjudicante” a pessoas coletivas de direito privado que preencham um conjunto de requisitos identificados nas suas duas subalíneas.

⁹ Já que as alíneas b) e d) do preceito não apresentam autonomia concetual face às alíneas a) e c), e que a alínea c) regula uma situação específica que não releva no quadro dos setores especiais.

Assim, o preceito pretende sujeitar à aplicação do Código dos Contratos Públicos um conjunto de entidades que, não obstante revestirem formalmente a natureza de pessoas coletivas de direito privado, se reconduzem a organismos ou empresas que orbitam na esfera de influência pública (estando assim à margem da concorrência de mercado) e que, por essa razão, quer as diretivas comunitárias aplicáveis, quer o Código dos Contratos Públicos, consideram tratar-se de “organismos de direito público”, ou seja, de entidades que sendo formalmente privadas são materialmente públicas.

Nesta linha, “são também entidades adjudicantes:

- a) quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada;
- b) tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; e
- c) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior [*as entidades públicas tradicionais*], estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades”.

Como sublinha João Amaral e Almeida, “o critério da atuação em livre concorrência apresenta-se assim como a explicação do conceito de ‘organismo de direito público’ constante das diretivas sobre contratação pública, constituindo, desse modo, o eixo da delimitação do seu próprio âmbito pessoal de aplicação fora do setor público tradicional”¹⁰.

2.3. As entidades adjudicantes do setor público tradicional

9. A Diretiva 2004/17/CE inscreve no elenco de “entidades adjudicantes” a que a mesma se aplica algumas das entidades do setor público tradi-

¹⁰ Cfr. “Os organismos de direito público e o respetivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2006, p. 640. O autor cita em abono da ideia sustentada José Luís Piñar Mañas e Juan António Hernández Corchete “El contrato de obras en el ambito de los setores excluidos”, in *La contratación pública en los llamados setores excluidos*, Madrid, 1997, p. 109), quando aduzem que “...é da máxima importância precisar o que deve entender-se por carácter industrial ou comercial. Se isso não se alcança ou se faz erradamente, somos seguramente conduzidos à situação de que a diretiva comunitária que prossegue o objetivo da abertura da contratação pública à concorrência real e efetiva não sirva afinal para nada (porque seria facilmente

cional, isto é, daquelas entidades que o Código dos Contratos Públicos contempla no n.º 1 do respetivo artigo 2.º. Assim, num plano estritamente comunitário, também o Estado, as autarquias locais e as associações de autarquias locais estariam sujeitos ao regime administrativo de contratação definido na Diretiva quando exercessem as atividades nos setores especiais¹¹.

Significa isto que a Diretiva conferiu abertura para que mesmo o Estado, as autarquias locais e respetivas associações públicas, quando realizassem diretamente as atividades que se inserem no seu âmbito material de aplicação, pudessem beneficiar do regime mais *permissivo* de contratação pública estatuído para as entidades que operam nos setores especiais.

10. Não foi essa, no entanto, a linha seguida pelo legislador nacional. Com efeito, o confronto do n.º 1 do artigo 2.º, n.º 1 do artigo 7.º e 12.º, todos do Código dos Contratos Públicos, permite imediatamente perceber que as entidades do setor público tradicional identificadas no n.º 1 do artigo 2.º estão sempre sujeitas às regras gerais da contratação pública, ainda que desenvolvam por si próprias atividades nos setores especiais, ou seja, mesmo quando celebram contratos que digam “direta e principalmente” respeito a alguma das atividades descritas nomeadamente no artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos. É o que se passa, por exemplo, com os municípios que, através dos seus *serviços municipais*, se encarreguem diretamente dos sistemas municipais de abastecimento de água e saneamento em baixa.

2.4. Síntese conclusiva

11. Nos setores especiais, a delimitação das entidades adjudicantes assume contornos específicos. Com efeito, da conjugação do n.º 1 do

¹⁰(cont.) burlada apenas por se dar uma ou outra definição jurídica ao serviço público de que a entidade contratante está incumbida) ou então que tal diretiva se traduza numa pesada carga administrativa desnecessária por falta de justificação (porque seria o normal funcionamento do próprio mercado a garantir a contratação em concorrência.) (...) Assim, à luz da finalidade com que se apresentam as diretivas relativas à contratação pública, deve entender-se que uma entidade satisfaz necessidades de caráter industrial ou comercial quando opera segundo as leis do mercado, sem nenhum privilégio proveniente da sua condição pública”. Para explicações mais pormenorizadas sobre o conceito de “organismos de direito público” ver, além das obras já citadas, Bernardo Azevedo, “Organismo de direito público – uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível”, in *Estudos de contratação pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010 e Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, p. 354 e seguintes.

¹¹ Cfr. alínea a) do n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2004/17/CE.

artigo 7.º com o artigo 12.º, bem como das diversas disposições que, na Parte II, consagram uma regulamentação específica para a contratação pública nos setores especiais, resulta inequivocamente que as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais só se aplicam a entidades que *não são* entidades adjudicantes na contratação pública em geral e aos organismos de direito público.

Na perspetiva do Código, a normação mais flexível admitida pelo legislador comunitário não deve valer quando esteja em causa uma entidade adjudicante que se integre na Administração Pública *em sentido orgânico tradicional*. O legislador recusa, assim, a consagração de uma dualidade de regimes de contratação aplicável ao Estado, às regiões autónomas, às autarquias locais, aos institutos públicos, às associações públicas e a outras entidades análogas. Para o Código, as razões que justificam a sujeição da Administração Pública “tradicional” ao regime geral de contratação pública valem igualmente quando a formação do contrato respeita aos setores especiais. Em conformidade, à luz do n.º 1 do artigo 7.º, as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos setores especiais só beneficiam entidades adjudicantes não abrangidas pelo regime geral de contratação pública.

12. Por outras palavras, e sem prejuízo da hipótese específica contemplada na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º, o legislador tem em vista duas categorias de entidades: de um lado, a lei refere-se às entidades que estejam sujeitas à influência dominante de outra entidade adjudicante e que tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, *com* caráter industrial ou comercial (o que permite abarcar a generalidade das empresas públicas cuja atividade económica se submeta à lógica de mercado e da livre concorrência); do outro, o Código alarga o seu âmbito de aplicação, nos setores especiais, a quaisquer outras pessoas coletivas que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou de várias das atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades.

Contudo, a única exceção ao princípio assim afirmado respeita precisamente aos “organismos de direito público”. Na verdade, em conformidade com a preocupação que aflora igualmente noutras disposições

de consagrar um regime mais flexível de contratação para esta categoria de entidades adjudicantes, o *artigo 12.º estende o âmbito de aplicação das regras especiais sobre contratação nos setores especiais aos organismos de direito público*. Daí que, para este efeito, o intérprete não tenha que verificar se a atividade desenvolvida por uma entidade criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e controlada por outra entidade adjudicante reveste ou não caráter industrial ou comercial.

13. Vertendo estas conclusões para a situação específica das entidades que em Portugal operam nos setores da água ou da água e saneamento, podemos enquadrá-las da seguinte forma:

- a) os serviços municipalizados que asseguram os sistemas municipais de abastecimento de água e tratamento de águas residuais estão sujeitos ao regime geral da contratação pública, não podendo “beneficiar” do regime de contratação pública dos setores especiais;
- b) as empresas públicas municipais que asseguram os sistemas municipais de abastecimento de água e, simultaneamente, de tratamento de águas residuais (em baixa), bem como as empresa públicas estaduais (do Grupo Águas de Portugal) que asseguram os sistemas multimunicipais de fornecimento de água e de água e saneamento (em alta), reconduzindo-se em regra aos “organismos de direito público” previstos no n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, podem beneficiar do regime de contratação pública nos setores especiais quando atuam nestes setores, por força da extensão do âmbito de aplicação deste regime a estas entidades consagrada no artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos;
- c) as concessionárias municipais dos sistemas municipais de água e de água e saneamento não estão sujeitas a qualquer regime de contratação pública, nem sequer ao regime dos setores especiais, porquanto (e na medida em que) operam esses sistemas ao abrigo de exclusivos concessórios outorgados na sequência de procedimentos concursais com publicidade internacional;
- d) desconhecemos a existência em Portugal de entidades que possam ser qualificadas de entidades adjudicantes dos setores especiais ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, isto é, de entidades materialmente privadas que atuem nestes setores ao abrigo de direitos exclusivos não outorgados na sequência de concursos públicos internacionais.

2.5. A questão específica das entidades que desenvolvem a sua atividade na área dos sistemas de saneamento público (efluentes, águas residuais)

2.5.1. Razão de ordem

14. É sabido que o Código dos Contratos Públicos consagra um regime geral – aplicável às entidades adjudicantes definidas no artigo 2.º – e um *regime especial*, ao qual estão sujeitas as entidades adjudicantes que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Significa isto que as entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, os organismos de direito público, (i) caso desenvolvam atividades nos setores especiais (tal como definidos no artigo 9.º) e (ii) relativamente aos contratos que “digam direta e principalmente respeito” a tais atividades, vivem o regime aplicável à contratação dos setores especiais.

Por forma a verificar o preenchimento destes requisitos relativamente às entidades adjudicantes que exercem a sua atividade no âmbito do saneamento de águas residuais – e, desse modo, fixar o regime de contratação que lhes é aplicável –, importará aqui fazer uma distinção entre:

- a) as entidades adjudicantes que se dedicam exclusivamente a esta atividade;
- b) as entidades adjudicantes que se dedicam concomitantemente à captação e abastecimento de água.

2.5.2. Entidades adjudicantes cujo objeto social se esgota na atividade de saneamento

15. As entidades adjudicantes que apenas exploram sistemas de recolha, tratamento e rejeição de efluentes não beneficiam do regime específico consagrado para os setores especiais porque não exercem qualquer atividade nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Com efeito estas atividades estão definidas no artigo 9.º por forma a abranger apenas, no que respeita ao vetor da água, “a colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável”.

Assim, tais empresas, se couberem no âmbito do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos e, mais concretamente, se forem qualificadas como organismos de direito público, estão submetidas ao regime geral do Código dos Contratos Públicos. Pelo contrário, caso não sejam qualificadas como entidades adjudicantes ao abrigo do artigo 2.º, uma vez que falham um requisito qualificativo como entidade adjudicante dos setores especiais (não desenvolvem qualquer atividade nos setores especiais), tais empresas pura e simplesmente não estão sujeitas a um regime administrativo de contratação pública e atuam no mercado como qualquer particular.

2.5.3. Entidades adjudicantes que se dedicam às atividades de abastecimento de água e de saneamento¹²

16. Em contrapartida, se o âmbito de intervenção das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, no n.º 2 do artigo 2.º *abranger, simultaneamente, a gestão de sistemas de saneamento e de sistemas de abastecimento de água, tais entidades poderão beneficiar da extensão do regime que é aplicável aos setores especiais.*

O problema coloca-se, pois, em relação a empresas de objeto misto. Tudo reside em saber, no caso de se tratar de uma empresa de objeto misto, que atue simultaneamente nos setores da água e do saneamento, se a atividade que desenvolve no setor do saneamento fica ou não sujeita ao regime específico dos setores especiais.

Se a conclusão for positiva e se tratar de entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º (organismos de direito público), a contratação que respeite à rejeição ou tratamento de águas residuais fica sujeita ao regime de contratação específico dos setores especiais, ele próprio disperso pelas Partes I e II do Código. Se, para estas mesmas entidades, a conclusão for negativa, a contratação que realizarem no âmbito do setor do saneamento fica sujeito ao regime geral da contratação pública que lhes é normalmente aplicável enquanto “organismos de direito público”.

Se a conclusão for positiva e se tratar de entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º, tal significa, naturalmente, que esta parcela da sua atividade fica sujeita ao regime dos setores especiais, tal como a atividade que

¹² Seguindo de perto texto e argumentos de Parecer inédito de Rui Medeiros, Mark Bobela-Mota Kirkby, Tiago Fidalgo Freitas, de Outubro de 2008.

desenvolvem no setor da água. Mas se a conclusão for negativa, e ao contrário do que sucede com as entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, o resultado é a exclusão da atividade relacionada com efluentes de qualquer regime de contratação pública.

17. Ora, a este propósito, importa atentar ao que dispõe o n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos:

“A parte II do presente Código é sempre aplicável à formação dos seguintes contratos, a celebrar pelas Entidades Adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, quando estas exerçam uma ou várias atividades no setor da água:

- a) contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, de irrigação ou de drenagem, desde que o volume de água destinada ao abastecimento de água potável represente mais de 20 % do volume total de água fornecida de acordo com aqueles projetos ou por instalações de irrigação ou de drenagem;
- b) contratos relacionados com a rejeição ou o *tratamento de águas residuais*”¹³.

18. A interpretação a dar a este preceito suscita dificuldades evidentes. Na verdade, se ponderado unicamente na sua literalidade gramatical, parece dele resultar que se pretende excluir do âmbito de aplicação do regime dos setores especiais os “contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem” e os “contratos relacionados com a rejeição e tratamento de águas residuais”, ainda que sejam celebrados por entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º, que atuem no setor da água (ou por organismos de direito público que, atuando também nesse setor, pretendam beneficiar da extensão daquele regime operada pelo artigo 12.º). Esse resultado interpretativo baseado no elemento literal, particularmente infeliz se atendermos ao que o legislador realmente pretendeu expressar, resulta, especialmente, da confrontação do enunciado linguístico em causa com o do n.º 1 do artigo 11.º – enquanto neste n.º 1 se diz que “a Parte II do presente Código só é aplicável” à formação de certo tipo de contratos [os identificados na sua alínea b)] e acima de determinados limiares de valor, o n.º 3 do artigo 11.º

¹³ Destacado nosso.

prevê que a Parte II do Código “é sempre aplicável” aos contratos que se integrem nas duas categorias aí enunciadas (dando a entender que é irrelevante as prestações em que se traduzam e o respetivo valor).

19. Todavia, é bem sabido que a letra da lei é apenas um ponto de partida (e um limite) da atividade interpretativa, estando o intérprete obrigado a procurar a correta articulação entre os contributos que se consigam discernir nos elementos interpretativos meta-literais, ou seja, os elementos histórico, sistemático e teleológico. Assim, no âmbito da atividade interpretativa, “o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-la a crítica e controlo”¹⁴. E, no caso concreto, a ponderação destes outros elementos hermenêuticos permite concluir que o sentido literalmente mais direto do preceito deve ser rejeitado porque se revela incorreto.

20. Desde logo, o *elemento racional ou teleológico*, o qual impõe que a norma seja entendida em função da finalidade para que foi criada (*a ratio legis*), é decisivo para afastar uma interpretação meramente declarativa do preceito legal em apreço.

Toda a lei quer dar satisfação a certas exigências económicas e sociais e, portanto, na sua interpretação é necessário atender aos interesses que estão em causa, “perscrutando as necessidades práticas e a realidade social”¹⁵, por forma a aplicar as normas no sentido que melhor corresponde à obtenção do resultado que o legislador pretendeu alcançar com a sua formulação.

Ora, no caso em apreço, a necessidade que o n.º 3 do artigo 11.º visa satisfazer ou, se se quiser, a razão que constitui o seu fundamento jurídico – e que deve ajudar a determinar e esclarecer o seu sentido prevalecente – deve buscar-se na Diretiva 2004/17/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores especiais, que o Código dos Contratos Públicos veio transpor e concretizar.

Esta Diretiva, ao definir a seu âmbito de aplicação, abrange no setor da água as atividades de “abertura ou exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte e

¹⁴ Cfr. Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, tradução de Manuel de Andrade, Coimbra, 1934, p. 33

¹⁵ Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1987, 2.ª reimpressão, p. 182.

distribuição de água potável” e de “alimentação dessas redes com água potável” [alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 4.º], mas também todos os contratos associados “com projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem” ou “com a evacuação e tratamento de águas residuais” [alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 4.º]. Deste modo, as regras de contratação especialmente definidas nesta Diretiva – regulando os diferentes tipos de procedimentos adjudicatórios e as circunstâncias em que cada um deles pode ser adotado em função de elementos materiais ou do valor do contrato – são aplicadas, indiferentemente, a qualquer uma daquelas atividades.

Esta delimitação abrangente do regime dos setores especiais é confirmada e justificada no considerando n.º 26 da Diretiva, esclarecendo aí o legislador comunitário que “é conveniente que as entidades adjudicantes apliquem disposições comuns de adjudicação no que se refere às suas atividades relativas à água e que essas regras se apliquem igualmente quando os poderes públicos, na aceção da presente diretiva, adjudiquem contratos relativos às suas atividades afetas a projetos de engenharia hidráulica, de irrigação, de drenagem, *bem como de eliminação e tratamento de águas residuais*”¹⁶.

O escopo desta disciplina unitária das atividades de abastecimento de água e de saneamento é, assim, o de promover o tratamento integrado de todos os vetores relacionados com a efetivação do ciclo urbano da água. Na verdade, os sistemas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, por um lado, e os sistemas de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, por outro, são complementares e têm uma ligação bastante profunda entre si, existindo fases semelhantes em cada um deles. O facto de a sua exploração não se encontrar articulada é suscetível de gerar diversas ineficiências ao nível da complementaridade das infraestruturas, dificultando um planeamento conjunto das duas fases do ciclo e onerando a criação de economias de escala que poderiam ser repercutidas nos utentes, em termos de melhoria do serviço e menores exigências de financiamento dos sistemas. A intenção do legislador comunitário é, assim, a de promover essa desejável articulação entre as atividades de abastecimento de água potável (a montante) e de saneamento de águas residuais (a jusante), fazendo beneficiar as entidades que a elas se dedicam de um regime uniforme (mais permissivo e flexível) de contratação pública.

¹⁶ Destacado nosso.

Assim, a *mens legis* subjacente à norma do n.º 3 do artigo 11.º elucidada pela sua fonte normativa e pelos elementos racionais que a inspiram, é a de submeter a formação dos contratos relacionados com a rejeição e tratamento de águas residuais, quando celebrados por entidades adjudicantes que atuem no setor da água¹⁷, à mesma disciplina jurídica a que estão sujeitos os contratos que digam respeito a esta atividade (tal como definida, em sentido estrito, no artigo 9.º). Ou seja, a teleologia da norma aponta para que os contratos associados ao vetor do saneamento só tenham de ser precedidos dos procedimentos adjudicatórios previstos na Parte II do Código dos Contratos Públicos se i) estiver em causa uma das prestações contratuais típicas identificadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º, e se ii) o valor do acordo exceder os limiares aí previstos.

A Diretiva 2004/17/CE, note-se, afirma-se igualmente como um determinante elemento sistemático da interpretação do preceito em causa. Com efeito, "...a consideração das outras normas que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma intepretanda, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto da lei)..."¹⁸, no caso, a consideração de que a alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos visa precisamente transpor a alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva 2004/17/CEE, conduz-nos à conclusão de que o sentido decisivo daquele preceito deve ser paralelo, coerente e, inclusivamente, compatível com a prescrição deste último quanto ao alcance do âmbito de aplicação material do regime dos setores especiais.

21. No mesmo sentido interpretativo propende o elemento histórico, o qual determina que se atenda à génese do preceito – ou seja, aos seus antecedentes legislativos e às circunstâncias do seu (eventual) aproveitamento e adaptação – como auxiliar para determinar o respetivo alcance. A este propósito, importa ter em conta que os procedimentos a observar na contratação de empreitadas, fornecimentos e prestações de serviços nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações já eram anteriormente regulados, na ordem jurídica nacional, por um diploma próprio – o Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto. Ora, este diploma, embora tivesse o seu âmbito de aplicação originário delimitado, no setor da água, às atividades de colocação à disposição, exploração e

¹⁷ Isto é, entidades definidas no n.º 1 do artigo 7.º, ou organismos de direito público que invoquem a extensão de regime com fundamento no artigo 12.º.

¹⁸ Cfr. Baptista Machado, *Introdução...*, cit., p. 183.

alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável¹⁹, continha depois uma extensão do regime de contratação específico que instituíra aos contratos que, sendo celebrados por entidades que se dediquem àquelas atividades, “se refiram à evacuação ou tratamento de águas residuais”²⁰. Inexistindo qualquer motivo para concluir – designadamente, compulsando os trabalhos preparatórios do Código dos Contratos Públicos – que foi intenção do legislador alterar radicalmente esta solução normativa (e passar a sujeitar os contratos relacionados com o saneamento e celebrados por entidades do setor da água ao regime geral de contratação), podemos afirmar que também a filiação histórica do n.º 3 do artigo 11.º, aponta no sentido interpretativo exposto.

22. Em suma, o n.º 3 do artigo 11.º, submete os contratos a celebrar por entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, no n.º 2 do artigo 2.º, que exerçam a sua atividade simultaneamente nos setores da água e do saneamento, ao regime dos setores especiais.

Para o efeito, por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º, é preciso, no entanto, que os contratos “digam direta e principalmente respeito” às atividades realizadas no âmbito da distribuição de água – mais concretamente, da colocação à disposição, exploração e alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável – ou, por força da extensão operada pela alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º, no âmbito do saneamento (isto é, da contratação relacionada com a rejeição ou o tratamento de águas residuais).

Mas, verificado um tal requisito, aplica-se o regime de contratação previsto para os setores especiais²¹.

¹⁹ Cfr. artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 223/2001.

²⁰ Cfr. artigo 13.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 223/2001.

²¹ Note-se que qualquer outra interpretação do preceito careceria de sentido e conduziria a resultados desconformes, ou pelo menos não desejados pela Diretiva 2004/17/CE.

3. Delimitação do âmbito material de aplicação do regime dos “setores especiais”²²

23. Como referimos, não basta que determinada entidade seja objetivamente qualificável como uma *entidade adjudicante que atua nos setores especiais* para que os contratos que celebre estejam sujeitos ao regime jurídico específico da contratação destes setores e, muito em particular, que uma entidade adjudicante do n.º 2 do artigo 2.º possa contratar à margem da Parte II do Código dos Contratos Públicos quando os contratos em causa tenham um valor inferior aos limiares que convocam a aplicação do regime dos setores especiais. Com efeito, para além da qualificação subjetiva de uma entidade *como entidade adjudicante dos setores especiais* é ainda necessário que os contratos em causa digam “direta e principalmente respeito” às atividades desenvolvidas pela empresa no âmbito dos setores especiais.

24. O inciso “contratos que digam direta e principalmente respeito” às atividades dos setores especiais, enquanto critério delimitador da aplicabilidade objetiva deste regime específico de contratação pública às entidades adjudicantes que operem nesses setores é, quanto a nós, um dos aspetos do Código (e da Diretiva 2004/17/CE) que se tem prestado a maiores equívocos interpretativos.

Recorde-se que nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, sob a epígrafe “âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais”, “a Parte

²¹ (cont.) Tome-se como exemplo uma empresa que seja uma entidade adjudicante do setor da água por força do n.º 1 do artigo 7.º (que, conseqüentemente, não é um “organismo de direito público” apanhado pelo n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos). A leitura do n.º 3 do artigo 11.º, alínea a), que retirasse do preceito uma obrigação de estas entidades adjudicantes dos setores especiais, que atuam no setor da água, submeterem os contratos que celebrem no setor do tratamento de águas residuais às regras da Parte II do Código reservadas para as entidades adjudicantes do artigo 2.º, redundaria no seguinte resultado perfeitamente absurdo: conquanto desenvolvessem a atividade de tratamento de efluentes de forma isolada, esta estaria à margem de quaisquer regras de contratação pública, uma vez que as entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º apenas estão sujeitas ao Código dos Contratos Públicos quanto atuam nos setores especiais. Todavia, caso desenvolvessem simultaneamente atividades no setor da água e dos efluentes, a da água estaria sujeita ao regime previsto no Código para os setores especiais, mas a dos efluentes estaria sujeita a um regime ainda mais exigente, reservado para as entidades que são organismos de direito público. Um tal resultado seria, como é de ver, perfeitamente abstruso.

²² Seguindo de perto o estudo “A contratação pública nos setores especiais”, Mark Bobela-Mota Kirkby, in *Estudos da contratação pública* II, Coimbra Editora, 2010.

II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou várias das atividades por elas exercidas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais...”. Do mesmo modo, a aplicabilidade das regras específicas dos setores especiais às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, atenta a extensão do âmbito subjetivo de aplicação das mesmas operada pelo artigo 12.º, depende da aferição sobre se os contratos celebrados dizem, ou não, *direta e principalmente* respeito às atividades reguladas.

25. Ainda assim, como acima referido, subsiste uma diferença de fundo no que concerne ao regime que resulta da economia do Código para os dois tipos de entidades adjudicantes: no caso de se tratar de uma entidade adjudicante exclusivamente ao abrigo do n.º 1 do artigo 7.º, se o contrato não disser *direta e principalmente* respeito às atividades desenvolvidas nos setores especiais, a formação do contrato não é regulada pelo Código dos Contratos Públicos, isto é, a entidade atua no mercado como qualquer particular, não tendo de tramitar qualquer procedimento adjudicatório.

Pelo contrário, se se tratar de uma entidade adjudicante ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º, que atue nos setores especiais, no caso de o contrato não dizer *direta e principalmente respeito* a tais atividades (e não estiver excluído da Parte II do Código ao abrigo de qualquer outra norma específica ou exceção), a respetiva formação é *apanhada* pelas regras adjudicatórias mais apertadas aplicáveis, em geral, às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º.

Acresce que o Código dos Contratos Públicos estabelece para este efeito, e na linha do estabelecido no n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE, uma presunção (ilidível) de que, quando os contratos disserem respeito, simultaneamente, a atividades desenvolvidas nos setores especiais e a outro tipo de atividades, e no caso se ser objetivamente impossível determinar a que atividade o mesmo *diz principalmente respeito* (se à incluída ou à não incluída nos setores especiais), devem aplicar-se as regras procedimentais *mais exigentes*²³.

²³ O n.º 3 e 4 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos, transpondo os n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE, concretizam um “princípio de favor” pela regulação administrativa procedimental da contratação. Assim, na dúvida, os contratos celebrados pelas entidades

26. Numa síntese perfunctória, diríamos que o erro a que a interpretação da expressão *direta e principalmente respeito* se tem prestado assenta no facto de a mesma ser lida como impondo uma relação entre a *natureza específica* do bem, serviço ou obra a adquirir e a atividade do setor especial em causa e não, como decorre dos normativos comunitários aplicáveis, como impondo uma *afetação funcional* de tais bens, serviços ou obras à atividade da entidade adjudicante que seja desenvolvida nos setores especiais.

Posto de outra forma, uma abordagem frequente do problema, ainda que errada, passa por fazer o seguinte teste: uma empresa que opera no setor da água, celebraria determinado contrato se atuasse em qualquer outro setor diverso do setor especial em causa?

À luz deste teste, restringiríamos o âmbito de aplicação das regras de contratação dos setores especiais àqueles contratos cuja celebração, pela natureza específica ou especificidade técnica do seu objeto, só faça sentido por parte de entidades que operem nos setores especiais.

Assim, uma empresa cujo objeto seja o da alimentação de redes fixas de prestação de serviços públicos no setor da distribuição de água potável estaria sujeita às regras de contratação nos setores especiais se celebrasse um contrato para o fornecimento e instalação de condutas de água, ou uma empreitada para a construção de um sistema de captação de água. Mas já não estaria sujeita a essas regras no caso de celebrar um contrato de empreitada para a construção de um edifício destinado a instalar os respetivos serviços administrativos, ou para adquirir computadores para a sua sede, ou mesmo para adquirir bens de economato. Estes últimos, podendo ser celebrados por qualquer entidade independentemente do setor de atividade em que opere, não poderiam, por isso, dizer *direta e principalmente respeito* à atividade desenvolvida nos setores especiais. A esta luz, a empreitada relativa à sede da empresa, se lançada por uma entidade adjudicante que o fosse exclusivamente

²³ (cont.) adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, que desenvolvam atividades nos setores especiais obedecem às regras mais apertadas previstas, em termos gerais, para este tipo de entidades adjudicantes. De igual forma, no que concerne às entidades adjudicantes que o sejam apenas por força do n.º 1 do artigo 7.º, a mesma dúvida, isto é, sobre se os contratos celebrados dizem *direta e principalmente respeito* às atividades desenvolvidas nos setores especiais, conduz à presunção de que sim, colocando-os sob a alçada das regras da contratação pública para os setores especiais, num quadro em que a alternativa seria considerar que a formação dos referidos contratos não estaria sujeita ao Código, nem sequer às regras dos setores especiais.

ao abrigo do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos não estaria abrangida pelas regras da contratação pública. Já uma entidade adjudicante que o fosse também ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º do Código teria, em princípio, de observar as regras gerais aplicáveis a este tipo de entidades adjudicantes para a celebração do contrato, não beneficiando, assim, da extensão do âmbito de aplicação das regras dos setores especiais preconizada no artigo 12.º.

27. Este erro interpretativo fez o seu caminho, por exemplo, em Itália, ainda no contexto da legislação transpositiva da anterior Diretiva sobre a matéria. No artigo 8.º da Lei n.º 158 de 1995 (atualmente substituída pelo *Codice dei Contratti Pubblici*, de 2006), a aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais era limitada às atividades ligadas ao “escopo institucional” das entidades em causa e, em particular, àquelas que, estando funcionalizadas a esse escopo, se revestissem de especificidades técnicas com ele relacionadas. Ou seja, considerava-se que os contratos celebrados por entidades que atuassem nos setores especiais apenas estariam abrangidos pelas regras aplicáveis a estes setores quando o respetivo objeto se revestisse das características ou especificidades técnicas ou funcionais que só relevassem no contexto específico do setor regulado (o exemplo da conduta de água, do sistema hidráulico ou da barragem). Todavia, cedo a doutrina apontou a insuscetibilidade de se adotar uma leitura tão restritiva do enunciado legal em apreço face aos objetivos da Diretiva dos setores especiais, denunciando uma “...tentativa do legislador interno de subtrair da aplicação dos normativos comunitários uma ampla fatia dos contratos abrangidos, na base do discutível critério da maior ou menor ligação do objeto do contrato com o escopo institucional da entidade adjudicante atendendo ao conteúdo especializado ou técnico das prestações a adquirir”²⁴.

E, de facto, qualquer interpretação que restrinja o âmbito de aplicação do regime dos setores especiais a contratos que tenham uma ligação técnica específica ao *tipo* de atividade desenvolvida nos setores especiais, deixando cair o critério da afetação funcional do contrato a essa atividade, seria ilegal por violar diretamente o Código dos Contratos

²⁴ Cfr. Raffaele Greco, in *Trattato sui contratti pubblici*, tomo V – *I settori speciali l'esecuzione*, coord. Maria Alessandra Sandulli, Rosanna de Nictolis, Roberto Garofoli, Giuffrè, 2008, pp. 3132-3133. Cfr., também, a este propósito, Antonietta Portaluri, Francesca Petullà, Daniele Spinell, *I contratti...*, *cit.*, p. 14 e seguintes.

Públicos e a Diretiva 2004/17/CE. Tome-se como exemplo uma empresa que atua no setor da água e celebra um contrato de empreitada para instalar os seus serviços administrativos ou uma cantina para seu pessoal dirigente. Se é certo que a referida solução interpretativa, quando aplicada a entidades adjudicantes que são simultaneamente *organismos de direito público* (n.º 2 do artigo 2.º do Código), colocaria tal contrato sob a égide de um regime de contratação pública mais exigente do que o dos setores especiais, também é certo que, na mesma medida, quando aplicada a entidades adjudicantes que o sejam ao abrigo, n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, teria por efeito excluir o referido contrato de quaisquer regras de contratação pública, nomeadamente das regras dos setores especiais, em violação direta dos normativos citados.

28. Qual é, então, o critério de delimitação do âmbito material de aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais, decantável a partir da expressão “digam direta e principalmente respeito”?

Como se infere, por exemplo, das palavras de Fernandez Astudillo²⁵, todo o racional subjacente ao regime dos setores especiais parte da verificação de que as entidades que atuam nesses setores, independentemente da sua natureza pública ou privada, não se guiam, no momento da contratação, nomeadamente, de aquisição de bens, serviços ou obras, por critérios exclusivamente económicos, mercê da influência, mais ou menos intensa, e decorrente de fatores diversos, que sobre as mesmas detêm entidades do setor público administrativo. Tal conduz a um fechamento desses mercados, que se presumem objetivamente não inteiramente liberalizados. Por outro lado, nalguns casos as entidades que atuam nesses setores beneficiam de um negócio alavancado, ainda que indiretamente, por dinheiros públicos ou por direitos especiais ou exclusivos atribuídos num contexto não concorrencial, o que justifica a sua submissão a regras de contratação pública em homenagem aos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, na medida em que estes impõem que todos os potenciais interessados em apresentar uma proposta para um aprovisionamento público o possam fazer.

Ora, se o problema a resolver se prende com a necessidade de forçar as entidades que atuam em determinados setores de atividade a abrir à con-

²⁵ *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, 2005, p. 49.

corrência as suas *compras*, afigura-se totalmente irrelevante, desta perspectiva, saber se aquilo que é comprado tem, pela sua própria natureza, uma ligação específica, técnica ou de outro tipo à atividade em causa. O que interessa, isso sim, é saber se quem compra, independentemente da natureza do bem, está a atuar no (*rectius*, está a *comprar* para o) sector de atividade que se presume não integralmente concorrencial.

Importa frisar que, da perspectiva dos fornecedores, prestadores ou empreiteiros, afigurar-se-á relativamente irrelevante saber se o bem, serviço ou obra que lhes é solicitado no contexto de um procedimento adjudicatório tem ou não uma *ligação natural* ao tipo de atividade desenvolvida pela entidade adjudicante. Interessa, sim, que a entidade em causa, que não pauta as suas aquisições por critérios de exclusiva racionalidade económica, *seja obrigada a tramitar um procedimento adjudicatório quando pretender contratar*.

Por exemplo, a uma empresa de construção civil interessará, porventura, tanto ter a oportunidade de apresentar proposta num procedimento relativo à empreitada de construção da sede de uma empresa que atua no setor da água, como num procedimento relativo à construção de uma sistema de abastecimento de água, assim como para um fornecedor de equipamento informático será absolutamente indiferente que os computadores que fornece sejam utilizados pela entidade adjudicante para equipar a sua sede social ou para gerir o sistema de abastecimento de água. E nada na Diretiva – e, consequentemente, no Código dos Contratos Públicos – permite concluir que o regime de contratação aplicável aos referidos aprovisionamentos difere em função das variáveis referidas.

29. Face ao exposto, o teste a fazer para aferir se o contrato diz *direta e principalmente respeito* ao setor especial que estejamos a considerar não passa por determinar se, atenta a natureza (técnica ou outra) daquilo que se pretende adquirir, a respetiva celebração só se justifica por parte de entidades que atuem nesse setor. Passa, antes, por perceber se o contrato é celebrado no âmbito da atividade regulada, ou seja, se aquilo que se vai adquirir vai ser funcionalmente afeto a essa atividade.

Ora, este problema apenas ganha relevância efetiva no caso de entidades que desenvolvam várias atividades, umas nos setores especiais e outras à margem destes setores ou em setores especiais diferentes: aqui importará determinar a que atividade é que a prestação a adquirir se destina

principalmente, de entre as várias atividades desenvolvidas²⁶. Pelo contrário, como refere Maria Luísa Chimenti²⁷, “se a entidade adjudicante desenvolve apenas atividade num setor especial, resultará supérfluo verificar [para este efeito] se a prestação objeto do contrato está funcio- nalizada a essa atividade”.

Nesta medida, no caso de uma entidade adjudicante que, em função do respetivo objeto social, apenas desenvolva a sua atividade num setor especial (v.g., abastecimento de água), toda a sua atividade contratual estará sujeita às regras do Código dos Contratos Públicos atinentes aos setores especiais, seja para comprar material de economato, seja para a realização de uma obra de construção de uma conduta de água. Em qualquer das situações o objeto do contrato destina-se exclusivamente ao desenvolvimento da (única) atividade da empresa.

30. O problema que efetivamente se pode colocar na determinação do regime aplicável aos contratos celebrados por entidades adjudicantes que atuam nos setores especiais não é, portanto, o de saber se o contrato se destina a suprir uma necessidade que releve especificamente no setor de atividade em causa.

O problema surge, sim, quando uma entidade que atua nos setores especiais desenvolve, simultaneamente, outras atividades não relacionadas com estes setores²⁸. Nestes casos torna-se necessário determinar a que atividade é que o contrato se destina principalmente. Assim, no caso de se destinar, a título principal, à atividade integrada nos setores especiais, então aplica-se ao contrato o regime de contratação próprio destes setores. Pelo contrário, no caso de se destinar, a título principal, a outras atividades não abrangidas nos setores especiais, então de duas

²⁶ Veja-se, neste sentido, a abordagem tópica de Sue Arrowsmith (cfr. *ob. cit.* pp. 893-895): “por exemplo, as diferentes atividades podem ser geridas a partir das instalações centrais da empresa: neste caso, o edifício e os equipamentos, como por exemplo computadores, podem ser usados simultaneamente para atividades dos setores especiais e para atividades diversas. De forma semelhante, certo tipo de serviços, como por exemplo serviços de auditoria, são frequentemente adquiridos para a atividade da empresa como um todo. Qual é a posição de contratos que se relacionam quer com atividades dos setores especiais, quer com atividades que relevam noutros setores?” A autora, seguindo a Diretiva, lembra que, nos termos do respetivo artigo 9.º, n.º 1, deve atender-se à atividade a que o contrato se destina principalmente. E nestes casos em que os contratos servem várias atividades sustenta a realização de um teste que atenda à atividade a que se destina a maior parte do valor ou do uso do bem ou serviço a adquirir.

²⁷ *I settori speciali nel Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di Claudio Franchini/Federico Titomanlio, G.Giappichelli ed., 2010, p. 70.

²⁸ Por exemplo, quando uma entidade desenvolve, simultaneamente, atividades no setor do abastecimento de água (regulado) e no do tratamento de resíduos sólidos (não regulado).

uma: ou se trata de uma entidade adjudicante exclusivamente ao abrigo do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, caso em que a formação do contrato não está abrangida por regras de contratação pública; ou se trata de uma entidade adjudicante por força do n.º 2 do artigo 2.º do mesmo Código, caso em que a formação do contrato se regerá pelas regras gerais aplicáveis a este tipo de entidades, mormente aos *organismos de direito público*.

31. O acima exposto decorre meridianamente claro da Diretiva 2004/17/CE. Desde logo, o seu Considerando 29 esclarece que “podem ser celebrados contratos com o objetivo de ir ao encontro das necessidades de determinadas atividades que podem estar sujeitas a regimes jurídicos diferentes. Deverá ficar claro que o regime jurídico aplicável a um único contrato destinado a abranger várias atividades deve estar sujeito às regras aplicáveis à *atividade à qual esse contrato se destina principalmente*. A determinação de qual a atividade a que o contrato se destina principalmente pode ser feita com base na análise das necessidades que o contrato específico deve satisfazer, levada a cabo pela entidade adjudicante... Em certos casos, como a aquisição de uma única peça de equipamento para a prossecução de atividades *relativamente às quais falte uma estimativa das respetivas taxas de utilização*, poderá ser objectivamente impossível determinar qual a atividade a que o contrato se destina principalmente. Deverá ser previsto quais as regras que se aplicam a esses casos”²⁹.

Nesta linha, o artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE estabelece que “um contrato que vise a prossecução de atividades diversas obedece às normas aplicáveis à atividade a que se destina principalmente”, salvaguardando, todavia, que “...a escolha entre a adjudicação de um único contrato ou a adjudicação de vários contratos separados não pode ocorrer com o objetivo de evitar a aplicação da presente diretiva ou, eventualmente, da Diretiva 2004/18/CE”³⁰.

²⁹ Os destacados são nossos.

³⁰ Tal impede, por exemplo, que uma entidade adjudicante, que o seja apenas por força do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos e que atue nos setores especiais e fora deles, agregue a aquisição de todos os computadores da empresa com o fito de subtrair a aquisição de parte deles às regras da contratação pública nos setores especiais, ou que o mesmo expediente seja utilizado por uma entidade adjudicante do n.º 2 do artigo 2.º, que atue nos setores especiais e fora deles, com vista a subtrair a aquisição de parte dos computadores ao regime geral aplicável às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º do referido Código, apenas porque a maioria desses computadores, no primeiro caso se destinem à atividade não abrangida pelos setores especiais e, no segundo caso, se

Daqui decorre, por exemplo, que quando uma entidade que desenvolve atividades quer nos setores especiais, quer fora deles, e pretende adquirir um sistema informático que faça a gestão documental global da atividade da empresa, a pergunta que nos termos da Diretiva se deve fazer não é a de saber se o referido sistema constitui um bem que, pela sua natureza ou afetação específica, é adquirido pela circunstância de a entidade atuar nos setores especiais. A pergunta que se deve fazer é a de saber se o sistema se destina principalmente à atividade desenvolvida nos setores especiais, em função das taxas de utilização ou de afetação de recursos às diversas atividades desenvolvidas. Assim, se uma empresa desenvolve 80% da sua atividade num setor especial, a aquisição do sistema seguirá as regras aplicáveis à contratação nestes setores. Se a proporção for a inversa, a solução jurídica é a contrária.

Mas se toda a atividade da empresa é desenvolvida em setores abrangidos pelo regime dos setores especiais, então o problema nem sequer se coloca: a contratualização do sistema informático diz necessariamente respeito à atividade desenvolvida nos setores especiais. É o que se passa, nomeadamente, com as empresas que se dedicam exclusivamente a atividades no setor da água ou da água e saneamento.

32. Problema diverso é aquele que se coloca com a aquisição de um conjunto de bens que, ao contrário do que sucede com o sistema informático do exemplo acabado de referir ou com a empreitada da sede da empresa (indivisíveis), são suscetíveis de serem adquiridos a partir da celebração de diversos contratos. Pense-se na aquisição de computadores, ou mesmo de grafadores, por uma empresa que desenvolve a sua atividades em dois setores de atividade, sendo um deles um setor especial, com o objetivo de equipar toda a empresa com esses bens. Dir-se-ia, quanto a este exemplo, que tudo está em determinar qual a atividade principal da empresa, na medida em que, apurada esta, está encontrada a atividade a que os bens adquiridos se destinam a título principal.

Sucedem que, no contexto de contratos que agreguem a aquisição de bens com autonomia intrínseca, é convocada a aplicação do n.º 2 do artigo 9.º

³⁰(cont.) destinem à atividade não abrangida pelos setores especiais e, no segundo caso, se destinem à atividade abrangida pelos setores especiais. No caso de alguns computadores se destinarem, a título principal, à atividade desenvolvida nos setores especiais, no primeiro caso, ou à atividade não abrangida nos setores especiais, no segundo caso (e ainda que a atividade principal da entidade adjudicante seja diversa), o regime aplicável à contratação é aquele que se revelar mais exigente: no primeiro caso o dos setores especiais; no segundo caso, o aplicável às entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º.

da Diretiva, que parece aflorar mais uma vez o “princípio de favor pela regulação contratual mais exigente”: a agregação das aquisições num único contrato não pode ser efetuada com o objetivo de subtrair parte das aquisições às regras a que normalmente estariam submetidas se individualmente consideradas. Desta perspetiva, parece, por exemplo, que, se parte dos bens se destinam à atividade dos setores especiais e parte a uma atividade não integrada nesses setores, o regime procedimental a aplicar ao contrato será aquele que se revelar mais exigente: no caso de a entidade contratante ser uma entidade adjudicante exclusivamente em função do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, aplicar-se-á o regime dos setores especiais (e não a alternativa possível, que seria a de o contrato não estar abrangido por quaisquer regras de contratação pública). Se se tratar de uma entidade que seja simultaneamente um entidade adjudicante por força do artigo 2 do artigo 2.º, o regime a aplicar será o regime geral, mais exigente, aplicável à contratação pública por este tipo de entidades.

Com efeito, ainda que o Código dos Contratos Públicos não contenha um artigo que se ocupe especificamente deste problema, isto é, do regime pré-contratual aplicável a contratos que agreguem prestações do mesmo tipo, suscetíveis de integrarem o objeto de vários contratos, contratos estes celebrados por entidades que atuem simultaneamente nos setores especiais e fora deles e com vista a dotar de determinados meios todos os setores de atividade da empresa, a solução não deve, em nossa opinião, ser outra. É que, em face de uma lacuna de transposição (e de regulação), deve aplicar-se analogicamente (analogia *iuris*) o princípio subjacente aos artigos 22.º (“divisão em lotes”) e 32.º (“contratos mistos”). E aqui o princípio é claro: aplica-se ao contrato o regime pré-contratual aplicável à prestação que convoque o regime mais exigente (princípio também aflorado no n.º 3 e 4 do artigo 33.º).

33. Resta determinar os critérios que permitem aferir a que setor de atividade da entidade adjudicante é que um determinado contrato se destina a *título principal* ou diz *direta e principalmente respeito* quando a entidade desenvolva atividades nos setores especiais e em setores não especialmente regulados.

- a) se o objeto contratual tiver uma ligação (técnica, funcional, ou outra) evidente a uma das atividades da empresa, será aplicável à formação desse contrato o regime que resultar do Código dos Contratos Públicos para a celebração de contratos no âmbito dessas atividades.

Por exemplo, se uma empresa que seja uma entidade adjudicante nos termos do n.º 2 do artigo 2.º desenvolver simultaneamente atividades de abastecimento de redes públicas de água potável e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, ao contrato de empreitada para instalação de condutas de água potável será aplicado o regime dos setores especiais. Para a empreitada de construção de uma central de tratamento de resíduos sólidos será aplicável o regime geral aplicável às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º;

- b) se o objeto contratual não tiver uma ligação evidente com uma das atividades da empresa (por exemplo, a empreitada de construção da sede da empresa), caberá à entidade adjudicante determinar (e comprovar se tal se revelar necessário em sede própria, *v.g.*, junto do Tribunal de Contas ou de instância jurisdicional) qual a atividade principal da empresa, já que, determinada esta, estará em princípio encontrada a afetação funcional principal do contrato³¹;
- c) ainda quanto à situação anterior, Sue Arrowsmith³² sugere um outro critério que pode, em determinados casos, permitir que uma empresa sustente que o contrato se destina principalmente a uma atividade da empresa que não seja a sua atividade mais significativa ou relevante: um critério de “utilidade ou valor principal do contrato”, abrindo portas à demonstração de que a utilidade ou a maior parte do valor das prestações do contrato se destinam a determinada atividade da empresa. Por exemplo, quando a empresa que atue principalmente no setor do tratamento de resíduos sólidos (não regulado especificamente) e, lateralmente, no setor do abastecimento de rede pública de água potável (setor especial), celebre um contrato de empreitada para a construção de uma cantina, pode aplicar o regime mais permissivo dos setores especiais se estiver preparada para demonstrar que a cantina se destina, exclusiva ou maioritariamente, aos trabalhadores da empresa afetos à atividade de abastecimento de água;
- d) em caso de dúvida, aplicam-se as presunções estatuídas no n.º 3 e 4 do artigo 33.º (para todo o regime aplicável e não apenas para a escolha do procedimento, numa interpretação conforme com o disposto no artigo 9.º da Diretiva).

³¹ Isto sem prejuízo do que foi referido a propósito da agregação de prestações divisíveis no ponto anterior.

³² *Ob. cit.*, pp. 893-895.

PARTE V

**REGIME ECONÓMICO-FINANCEIRO
DOS RECURSOS HÍDRICOS**

A CONTRAPARTIDA PELO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

Dalila Romão
Advogada.

1. Introdução

O Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas Residuais para o período de 2007-2012 (PEAASAR II) apresentou como questão central, para a sustentabilidade do modelo que pretendia implementar, o preço justo da água, ou “a questão tarifária”.

Confrontado com a disparidade de soluções que atravessam o território nacional e a braços com a incumbência de assegurar o abastecimento de água enquanto condição essencial ao bem-estar, à saúde e qualidade de vida, o Estado apontou a dois objetivos indispensáveis à empreitada: a recuperação de custos e a harmonização tarifária.

Mediante um notório esforço de informação junto das entidades gestoras, associado a um empenho legislativo e financeiro, o Estado logrou que aqueles objetivos se tornassem presença constante no quotidiano dos serviços de abastecimento da água (e do saneamento de águas residuais), tanto no que concerne à aprovação de tarifários quanto à aprovação de regulamentos municipais em que aqueles se fundamentam.

Não obstante, à presente data permanece por implementar, no âmbito do Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos, o que se convencionou chamar “regime tarifário” e, em consequência, permanecem por cumprir cabalmente aqueles desideratos.

Ainda assim, inevitavelmente o serviço de abastecimento de água prossegue, remunerado por uma contrapartida ditada pelo regime tarifário vigente: disperso, lacunoso, incongruente, o que parece resultar da necessidade de articular um direito administrativo especial durante muitos anos omissos no panorama nacional e o direito fiscal que nem sempre granjeia a melhor das atenções.

No presente trabalho, sem qualquer pretensão de exaustão, serão analisadas algumas questões conexas com a contrapartida devida pelo abastecimento de água, que a ausência de um regime geral nacional propicia, acreditando que o aguardado regime tarifário consiga superar de forma integrada e coerente certas dificuldades e perplexidades, bem como corrigir equívocos propagados que também nos propomos identificar.

2. O direito e o dever de abastecimento de água

Constitui incumbência prioritária do Estado Português, prevista no artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa, “adotar uma política nacional da água”.

Mais recentemente, a Assembleia Geral das Nações Unidas de Julho de 2010 deliberou reconhecer expressamente o Direito humano à água e saneamento, tendo subsequentemente o Conselho dos Direitos Humanos clarificado que tal direito deriva do direito a um nível de vida adequado e está indissolavelmente associado ao direito ao mais alto nível de saúde física e mental, assim como ao direito à vida e à dignidade humana, já anteriormente reconhecidos.

Tal significa que ao Estado português são impostas obrigações de respeitar, proteger e assegurar direta ou indiretamente a disponibilidade dos serviços de abastecimento de água e de saneamento, sob pena incumprimento de um conjunto de tratados internacionais.

Já no âmbito nacional, o artigo 5.º da Lei 58/2005, de 29 de dezembro, que aprovou a designada “Lei da Água”, determina que “constitui atribuição do Estado promover a gestão das águas e prosseguir as atividades necessárias à aplicação da presente lei”. Por seu lado, o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabeleceu o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, preceitua que “a gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos é uma atribuição dos municípios e pode ser por eles prosseguida isoladamente ou através de associações de municípios ou de áreas metropolitanas, mediante sistemas intermunicipais (...)”.

Inicialmente foi vedado o acesso à atividade de abastecimento de água a entidades privadas (Lei n.º 46/77, de 8 de julho). Atualmente, tal serviço

pode ser concessionado, no caso de sistemas multimunicipais e municipais, ao abrigo da alínea a) do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, e do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, ou delegado em entidades do setor empresarial local, com eventual participação da iniciativa privada, ao abrigo da mais recente Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto (cf. art.º 19.º e 33.º). Em todo o caso, o que agora releva retirar destes regimes é que esta atividade não é de acesso livre.

A fatura de serviço de abastecimento de água no território nacional pode, pois, ser emitida por um serviço municipal ou municipalizado, por empresas locais, por uma concessionária ou outra entidade gestora, apresentando invariavelmente o consumo medido (ou estimado), a tarifa aplicada a esse consumo e o custo total do serviço.

Assim, o utente que disponha de duas faturas de prédios sítos em municípios diferentes poderá verificar que a tarifa aplicada em cada município diverge e questionar-se-á porquê.

Caso o utente considere que uma daquelas tarifas é muito maior que a outra, sentirá a necessidade de conhecer o fundamento para tal disparidade. E aqui começam as dificuldades. Terá o utente o direito a conhecer a forma de determinação do preço do serviço? Quem o determina? Sob que parâmetros? E se o preço incumprir tais parâmetros que garantias tem o utente para reagir à fatura apresentada? E junto de quem? E em que prazos? Todas estas perguntas, na verdade, conduzem a uma única pergunta que é o tema central deste trabalho: qual a natureza jurídica da contrapartida do serviço de abastecimento de água; a resposta a esta pergunta trará consigo a resposta às perguntas subseqüentes.

3. Da natureza jurídica da contrapartida de abastecimento de água

Em 7 de abril de 1988, o Tribunal Constitucional, por Acórdão n.º 76/88, no Processo n.º 2/87, publicado no *Diário da República* n.º 93, I Série, de 21/04/1988, foi chamado pelo Sr. provedor de Justiça a declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da deliberação n.º 17/Câmara Municipal/1985, de 18 de março, da Câmara Municipal de Lisboa.

Mediante tal deliberação havia o executivo municipal decido lançar uma “tarifa de saneamento” relativa à prestação de serviços pelo município no âmbito dos sistemas de resíduos sólidos, líquidos e águas residuais.

Em questão estava, entre outros, a natureza tributária daquela tarifa e se a Câmara Municipal podia “lançar” tal tarifa ou se tal competência se encontrava reservada à Assembleia Municipal.

Naquele arauto, o Tribunal Constitucional considerou o seguinte:

“A nomenclatura aqui utilizada suscita, desde logo, uma pequena interrogação: que deverá entender-se, no domínio das finanças locais, e em rigor, por tarifa?”

A este respeito, em termos conceituais e sem qualquer referência ao universo das finanças locais, escreve Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, p. 59:

A prestação de serviços públicos pode efetuar-se em contrapartida de preços ou taxas. Num ou noutro caso as normas regulamentares que fixam a referida contraprestação e regem a sua aplicação denominam-se tarifas expressão que muitas vezes se utiliza para designar os próprios preços ou taxas que são objeto do aludido regulamento.

O Provedor de Justiça, como se viu, adotou no petítório, esta segunda significação de tarifa. De facto, para ele, ‘a tarifa é inequivocamente o *quantum* da taxa a pagar pelos potenciais beneficiários do serviço prestado’.

Mas volve-se a perguntar, qual será o exato sentido do termo tarifa no plano do direito financeiro local?

O artigo 51.º, n.º 1, da alínea p) do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de março, dispõe que compete à câmara municipal, no âmbito da organização e funcionamento dos seus serviços, bem como no da gestão corrente “fixar tarifas pela prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados, no âmbito do abastecimento de água, recolha, depósito e tratamento de lixos, ligação, conservação e tratamento de esgotos e transportes coletivos de pessoas e de mercadorias.

Paralelamente a Lei n.º 1/97, de 6 de janeiro, depois de no artigo 4.º, n.º 1, alínea h) especificar que constitui receita dos municípios ‘o produto da cobrança de taxas ou tarifas resultantes da prestação e serviços pelo município’, vem reafirmar, no n.º 1 do artigo 12.º, a competência tarifária já anteriormente atribuída às câmaras municipais pelo artigo 51.º, n.º 1, alínea p) do Decreto-Lei n.º 100/84.

Face a este quadro, impõe-se afirmar e sem delongas, que a tarifa, no campo das finanças locais, se não delinea como uma figura tributária em absoluto nova, ou seja, como uma espécie de tertium genus entre a taxa e o imposto. Ela, de facto, e sob todos os aspetos, apresenta-se como uma simples taxa, embora taxa *sui generis* cuja especial configuração lhe advém apenas da particular natureza dos serviços a que se encontra ligada. (...)

A tarifa, se ao nível da lei ordinária pode ter significação própria, não releva, porém, numa perspetiva constitucional, como categoria tributária autónoma. Nesta ótica, ela constitui apenas uma modalidade especial de taxa, e nada mais.”

Tal entendimento foi subsequentemente sufragado pelas demais instâncias até à presente data citando-se, por todos, que são muitos, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 02/05/1996, pela clareza do seu sumário:

- I – Taxa, é uma receita de direito público coativamente paga pela utilização individualizada de bens semipúblicos ou o preço autoritariamente fixado de tal utilização.
- II – Tarifa, é uma receita de direito privado contratualmente paga pela utilização de bens semipúblicos ou o preço contratualmente fixado (ainda que por adesão) de tal utilização.
- III – Apesar de o artigo 9.º, n.º 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 98/84, de 29 de março, chamar de tarifa à receita arrecadada pela conservação e tratamento de esgotos, trata-se de uma verdadeira taxa.
- IV – Não cabe ao legislador fixar, por forma vinculante para o intérprete, o nomen juris das prestações tributárias”.

Note-se que a Constituição da República Portuguesa prevê, no seu artigo 165.º/1, i) um regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas, regime esse cuja aprovação ainda se aguarda.

Não obstante essa omissão do legislador, acrescendo ao desenvolvimento jurisprudencial do tema, também a doutrina veio tomando posição sobre os diversos significantes e os seus significados reconhecendo que “a distinção entre taxas, receitas tributárias, e os preços, receitas patrimoniais, constitui uma das mais delicadas questões de Direito Fiscal”¹.

¹Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 208.

Sérgio Vasques, começando por empregar o critério formal da fonte da obrigação esclarece que “os tributos públicos consubstanciam obrigações *ex lege* ao passo que os preços consubstanciam obrigações *ex voluntate*. Vale isto dizer que as taxas constituem obrigações que nascem por mero preenchimento de um pressuposto legal, sendo a vontade de sujeito ativo e passivo irrelevante ao respetivo conteúdo e validade, ao passo que os preços constituem obrigações que se geram pelo acordo das partes, através de um mecanismo de tipo negocial”.

A este respeito, recordemos o preceituado no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 207/94, de 6 de agosto, já revogado pelo Decreto-Lei n.º 194/2009: “a entidade gestora é obrigada a fornecer água potável e a recolher águas residuais (...)”. Esta norma encontra agora outra redação, mais polida e elaborada, nos princípios da universalidade e igualdade de acesso desde logo previstos no artigo 3.º da Lei 58/2005 e artigos 5.º/1, a) e 59.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que estabeleceu o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

Reflexamente, no mesmo diploma, os artigos 69.º e 72.º/2, a), preceituam não só a obrigatoriedade de todos os edifícios existentes ou a construir, disporem necessariamente de sistemas prediais de distribuição de água e de drenagem de águas residuais devidamente licenciados, mas também a obrigatoriedade da sua ligação aos sistemas públicos, sob pena de contra-ordenação.

Adicionalmente, o mesmo diploma consagra ainda o direito do utilizador solicitar a contratualização dos serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais sempre que os mesmos se encontrem disponíveis, pelo que, em circunstâncias normais, por força do princípio da universalidade acima referido, tal serviço não lhe pode ser negado.

Conforme afirma Pedro Gonçalves, reportando-se à concessão de serviços públicos, “tal posição configura um direito subjectivo público, baseado em normas de direito público e não num contrato celebrado em benefício do seu titular; ou seja, o fundamento da situação jurídica do utente é normativo e não contratual”².

² Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 315.

Assim, conclui o mesmo autor que “o direito à prestação de que os utentes do serviço público são titulares passa a ter como sujeito passivo o concessionário: qualquer das duas posições jurídicas (simétricas), direito do utente e dever do concessionário, tem, portanto, uma fonte normativa. Quanto à ‘relação de prestação’, dada a sua natureza contratual, deve entender-se que o direito do utente à prestação consiste num direito à celebração do contrato de prestação de serviço, não dispondo o concessionário de qualquer liberdade contratual negativa”³.

Não restam dúvidas que estas noções se aplicam de forma direta aos serviços de abastecimento de água onde devemos reconhecer que a autonomia da vontade “negocial” da entidade gestora e do consumidor final nada ou pouco pode na determinação do respetivo conteúdo e grau de vinculação da relação contraída, pelo que a respetiva contrapartida não poderia deixar de ter natureza coativa. Neste sentido, Sérgio Vasques sustenta que “assim, ainda que as taxas sejam exigidas em virtude da prestação de bens ou serviços, dando corpo a uma relação de troca com os contribuintes, elas não deixam de possuir natureza coativa característica de todos os tributos públicos”⁴.

Passando porém à análise das receitas da Administração prestadora, Sérgio Vasques reconhece que “a sua contraposição aos preços é por vezes difícil de estabelecer apelando apenas ao facto gerador da obrigação”. No mesmo sentido, António Magalhães recorda que Teixeira Ribeiro já apontara a dificuldade em “apurar a voluntariedade ou coatividade das receitas através da fonte das obrigações de que provêm” e, nessa medida, acaba por concluir que é preferível, por “mais simples”, tratar de “conhecer o processo por que se fixa o seu montante: este pode ser fixado por via de negócio ou por via de autoridade. Ora se o montante da receita é negocialmente estabelecido, trata-se, sem dúvida, duma receita voluntária; mas se o é autoritariamente, já se trata duma receita coativa”⁵.

Adiante o mesmo autor sustenta, em conformidade, “não aceitarmos que a raiz da distinção conceptual entre ‘taxas’ e ‘preços’ (‘tarifas’) – se é que verdadeiramente existe ou deve existir – resida no fundamento/natureza ‘legal’ ou ‘voluntário’ da obrigação que determina o seu pagamento.

³ *Idem*.

⁴ Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 208 e seguintes.

⁵ Magalhães, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 22 (Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra Editora, 1997, pp. 30 e 31).

Assim, na linha preconizada por Teixeira Ribeiro, defendemos que todo o preço autoritariamente fixado é uma taxa, independentemente da fonte legal ou voluntária da constituição da obrigação⁶.

Sérgio Vasques, por seu lado, entende que “mostra-se indispensável, por isso, na fixação desta fronteira inferior entre as taxas e os preços, que somemos ao critério formal da fonte da obrigação critérios materiais respeitantes à própria natureza das prestações. Ora entre os critérios materiais estudados pela doutrina, os que melhor servem ao efeito são talvez o do regime económico em que é realizada a prestação administrativa e o da indispensabilidade que essa prestação administrativa reveste para o particular.

Quanto ao regime económico em que é realizada a prestação administrativa, diremos que tendencialmente se está perante taxa quando, por razões de direito ou de facto, não se encontrem no mercado prestações sucedâneas daquelas que a administração realize e o particular se veja por isso verdadeiramente coagido ao seu consumo.

Em vez disso, está-se tendencialmente perante preço quando, por razões de direito ou de facto, a administração realize essas prestações em condições de concorrência e o particular disponha por isso de liberdade de escolha entre as prestações asseguradas pelo setor público e pelo setor privado⁷.

Ora, quanto ao seu regime económico, pela sua natureza e por expressa determinação legal (cf. artigo 3.º/1 do Decreto-Lei n.º 194/2009) em Portugal, o serviço de abastecimento de água apresenta, em cada tempo e lugar, em regime de exclusividade territorial, um único prestador. Em contrário não se diga que pode formar-se um mercado quando o serviço, sendo concessionado, é precedido de concurso público. Reconhecendo as vantagens na determinação do preço do serviço nessas situações, a verdade é que o resultado final permanece como um único fornecedor do serviço, no mesmo tempo e lugar.

Acreditamos ainda que não releva para esta análise a mobilidade territorial a que alude Sérgio Vasques para ilustrar “uma concorrência saudável entre as diferentes coletividades territoriais semelhante à concorrência entre os agentes económicos em mercado” que conduza os

⁶ *Idem*, p. 31.

⁷ Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 208 e seguintes.

habitantes a “votar com os pés” e mudar-se para outra circunscrição a que lhes ofereça, em troca do mesmo custo, uma combinação de bens satisfatória”⁸.

Estamos, pois, perante um regime de monopólio e não de mercado, onde os preços se possam formar de forma livre.

Seguindo ainda o mesmo autor, “quanto à indispensabilidade da prestação, dir-se-á que tendencialmente estamos perante taxa quando o aproveitamento da prestação administrativa se revela imprescindível para a sobrevivência condigna do particular atentos os padrões sociais de cada momento e lugar. Em vez disso, estar-se-á tendencialmente perante preço quando o particular possa prescindir da prestação administrativa sem sacrifício de relevo para a sua qualidade de vida”⁹.

No que respeita ao serviço de abastecimento de água, não surgem dúvidas quanto à sua indispensabilidade, tendo inclusive recentemente sido, como vimos acima, reconhecido pela Assembleia Geral da ONU o direito fundamental a água potável e saneamento básico, que se tornou assim juridicamente vinculativo para todos os Estados-membros, enquanto realização do direito fundamental à saúde e a um nível de vida adequado.

Continuando a acompanhar Sérgio Vasques, “também com este critério se trata de procurar a coatividade característica dos tributos públicos, sendo que os serviços indispensáveis a uma vida condigna em sociedade – assegurados em regime de monopólio ou em regime de concorrência – representam despesas verdadeiramente obrigatórias para o comum dos cidadãos que deles se aproveita.

Esta nota de indispensabilidade está relacionada de perto com a noção de despesas obrigatórias ou inevitáveis de que se faz uso ao concretizar o princípio da capacidade contributiva no domínio dos impostos sobre os rendimentos pessoais. Quando, neste contexto, exigimos a dedutibilidade das despesas de saúde ou de educação, fazemo-lo também pela compreensão de que o comum dos contribuintes não possui verdadeira liberdade de prescindir de cuidados médicos ou do ensino dos seus filhos, pelo que estas importâncias não integram o seu rendimento disponível”.

⁸Sérgio Vasques, *Regime geral das taxas locais: Introdução e comentário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 15.

⁹Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 210.

A este respeito, a própria entidade reguladora do serviço (ERSAR) vem também recomendando às entidades gestoras que aprovem tarifários que se comportem dentro de determinados limites que consideram precisamente a capacidade contributiva dos consumidores (orçamento familiar) face às demais necessidades “obrigatórias” (cfr. Recomendação Tarifária 1/2009 IRAR e 2/2010 já da ERSAR, em www.ersar.pt).

Concluimos, assim, que atendendo ao critério formal da fonte da obrigação, que é a lei, ao regime económico, que é de monopólio, à indispensabilidade do serviço e à sua natureza comutativa, a tarifa ou preço do serviço de abastecimento de água tem a natureza de taxa, receita tributária¹⁰.

No mesmo sentido, António Magalhães afirma “julgamos que, quando o Estado ou qualquer outra entidade pública procede ao ‘tabelamento’, o mesmo será dizer, à ‘fixação unilateral’ de um determinado preço, sem que o comprador (particular) o possa discutir ou estabelecer consensualmente com ele, Estado produtor ou vendedor, de acordo com os princípios de mercado, esse ‘preço público ou administrativo’ (Sousa Franco) que, de acordo com o que temos vindo a ensaiar, já seria concebido, *ab initio*, como um ‘preço público’ *tout court* (Almeida Garret), não deixa de ser uma taxa, pois de acordo com o critério por nós adiantado e assumido traduz-se, no fim de contas, num preço ‘autoritariamente fixado’, segundo parâmetros de ordem política, pela obtenção de um bem semipúblico (...)”¹¹.

Diversamente, Pedro Gonçalves sustenta que a “contrapartida não tem natureza tributária quando está em causa o pagamento do serviço prestado ou do fornecimento efetuado pelo concessionário, isto é, quando está em causa a ‘relação de prestação do serviço público’; nesse caso, e a menos que a lei disponha inequivocamente de outro modo, entendemos que a contrapartida a pagar ao concessionário tem a natureza de preço (...)”. Nestes termos, em caso de incumprimento do utente, a nota de cobrança emitida pelo concessionário está desprovida de força executiva, não podendo portanto dar lugar a um imediato processo de execução (fiscal)”¹².

¹⁰No mesmo sentido, José Casalta Nabais, “Tarifa e questões fiscais: competência dos tribunais tributários” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6, 1997.

¹¹Devendo aqui considerar-se a existência de outros produtores ou fornecedores.

¹²Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 320.

António de Magalhães, partindo da natureza tributária dos preços dos serviços essenciais, adota uma solução de compromisso diferente. Com efeito, conclui que “uma entidade privada, mesmo que desenvolva uma atividade materialmente administrativa, quando presta ‘serviços públicos essenciais’ aos respetivos utentes, se bem sob ‘responsabilidade’, ‘garantia’ ou ‘regulação’ da Administração Pública em sentido organizatório, estará excluída, de um modo geral, do âmbito de aplicação do processo de execução fiscal, tendo que recorrer aos meios jurisdicionais comuns para obter a cobrança das dívidas resultantes do incumprimento da obrigação de ‘preço’ por parte dos utentes”¹³.

Não obstante, salvaguarda que “as menções feitas à ‘propositura’ da ação ou à ‘propositura da ação judicial’ nas normas contantes da Lei 12/2008 de 26 de fevereiro, não vêm tolher em nada o ‘poder tributário’ dos Municípios, enquanto entidades públicas, traduzido na ‘possibilidade’ de recorrer ao processo de execução fiscal para cobrança coerciva dos ‘preços’ (taxas *lato sensu*) – ainda amiúde designados por ‘tarifas’ – aos quais têm direito pela prestação de ‘serviços públicos essenciais’, tanto pelo seus serviços municipais, como pelos serviços municipalizados”¹⁴.

A específica questão da natureza da contraprestação foi já analisada pelo Tribunal de Conflitos pelo menos nos Processos 14/2006, 4/2009 e 17/2010, concluindo-se ali que estamos perante um contrato administrativo e que as questões que possam levantar-se só devem ser apreciadas pelo Tribunal Administrativo quando não tenham natureza tributária.

Por acórdão de 26/09/2006 decidiu ainda aquele supremo tribunal que “compete aos tribunais administrativos e fiscais, concretamente aos tribunais tributários, de harmonia com o disposto nomeadamente nos art.^{os} 4.º, n.º 1, alínea d) e 49.º, n.º 1, alínea e)-i) e iv), do ETAF vigente, conhecer de providência cautelar não especificada tendente à suspensão do tarifário de consumo de água, saneamento e de ‘disponibilidade’, aprovado pela Assembleia Municipal do concelho da Figueira da Foz e a cobrar pela empresa municipal a quem foi concessionado o serviço público de captação, tratamento e distribuição de água bem como do sistema de recolha”.

¹³ Magalhães, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 70.

¹⁴ *Idem*, p. 71.

No mesmo sentido, por acórdão do mesmo tribunal de 09/11/2010, foi decidido que “Compete aos tribunais tributários o conhecimento de ação em que se pretende o reconhecimento da inadmissibilidade da cobrança de consumos mínimos, denominados como tarifa de disponibilidade, por parte de empresa concessionária da exploração e gestão dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de saneamento”.

Mais recentemente, o Tribunal Central Administrativo Norte decidiu, por acórdão de 13/01/2012, secundado entretanto pelo Supremo Tribunal Administrativo e em segunda apreciação do mesmo conflito, que “I – Constitui ‘questão fiscal’ aquela que exija a interpretação e aplicação de quaisquer normas de direito fiscal (substantivo ou adjetivo) para resolução de questões sobre matérias respeitantes ao exercício da função tributária da Administração Pública.

II. Configura-se como questão daquela natureza por emergente de relação jurídica tributária o apreciar da legalidade da faturação de concessionária a utilizador de montante/parcela relativo à taxa de recursos hídricos liquidada no quadro dos artigos 68.º e 80.º da Lei n.º 58/05, 04.º, 05.º, 14.º e 16.º do DL n.º 97/08”.

Sem prejuízo do que agora concluímos quanto à natureza de taxa da contrapartida pelo serviço de abastecimento de água, também adivinhámos que o desenho estratégico do regime económico e financeiro dos recursos hídricos conduzirá a um tributo de natureza mais complexa, que irá além da mera sinalagmaticidade, ao adotar elementos parafiscais de dissuasão do consumo, com motivações ambientais, bem como elementos de capacidade contributiva cada vez mais sensíveis, que garantam a universalidade do serviço em prol da saúde pública.

Na verdade, fazendo prevalecer um princípio de igualdade material no acesso ao direito fundamental à água potável (e ao saneamento), somos favoráveis não só a considerações da capacidade contributiva dos utilizadores na determinação tarifária, mas ainda, que, conforme recomendado/reconhecido pela ERSAR, “a redução de T1 [tarifas] à custa de T2 [impostos] e T3 [subsídios] deve ser uma decisão das entidades titulares dos serviços e com competência para a aprovação dos respetivos tarifários, tendo em conta a necessidade de moderação tarifária” (Recomendação 2/2010).

Encerramos, assim, o tema da qualificação jurídica da contrapartida pelo serviço de abastecimento de água, concluindo pela natureza tributária, de

taxa, que poderá, devidamente suportada, adotar a natureza de contribuição especial, como veremos melhor adiante. Passemos, porém agora ao tema da competência para a sua criação.

4. Do regime jurídico da criação da contrapartida

Tendo tomado posição sobre a natureza jurídica da contrapartida pelo abastecimento de água como tributo, taxa, veríamos facilitada a análise quanto ao regime jurídico da sua criação ou determinação e esta seria uma questão já sem interesse.

Com efeito, poderíamos sumariar que a taxa ou tarifa pelo abastecimento de água deve ser proposta pela Câmara Municipal e sujeita a deliberação da Assembleia Municipal [cfr. artigo 64.º/1, j) e 53.º/2 da Lei n.º 169/99, de 18 de setembro], para aprovação do respetivo regulamento tarifário, nos termos conjugados dos artigos 8.º da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro, e 16.º/4 da Lei n.º 2/2007 e nada mais acrescentar.

Não obstante, a respeito do regime económico e financeiro dos recursos hídricos, vieram aprovar-se curiosas normas que, por admitirem conclusões novas, passamos a analisar.

A designada “Lei da Água”, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de setembro e, por último, pelo Decreto-Lei n.º 130/2012, de 22 de junho, encerra, nos seus artigos 77.º e seguintes, os princípios ordenadores do regime económico e financeiro dos recursos hídricos.

Em particular, no seu artigo 77.º/3 (de epígrafe “Princípio da promoção da utilização sustentável dos recursos hídricos”), determina aquela lei que “Os utilizadores de serviços públicos de abastecimento de água e drenagem e tratamento de águas residuais ficam sujeitos à tarifa dos serviços das águas prevista no artigo 82.º”

Como ponto de partida temos, então, que a utilização do serviço público de abastecimento de água deve ser remunerada pelos cidadãos que dele usufruam, mediante o pagamento de uma tarifa predeterminada. Estamos aqui perante um duplo princípio de sustentabilidade, não só de natureza económica ou financeira, que procura internalizar custos da prestação do serviço, mas também de sustentabilidade de natureza ambiental, que pode procurar desmotivar os utilizadores de um uso ineficiente ou perdulário do bem essencial que é a água.

No artigo 82.º (Tarifas dos serviços de águas) o legislador veio então estipular o seguinte:

“1 – O regime de tarifas a praticar pelos serviços públicos de águas visa os seguintes objetivos:

- a) Assegurar tendencialmente e em prazo razoável a recuperação do investimento inicial e de eventuais novos investimentos de expansão, modernização e substituição, deduzidos da percentagem das participações e subsídios a fundo perdido;
- b) Assegurar a manutenção, reparação e renovação de todos os bens e equipamentos afetos ao serviço e o pagamento de outros encargos obrigatórios, onde se inclui nomeadamente a taxa de recursos hídricos;
- c) Assegurar a eficácia dos serviços num quadro de eficiência da utilização dos recursos necessários e tendo em atenção a existência de receitas não provenientes de tarifas.

2 – O regime de tarifas a praticar pelas empresas concessionárias de serviços públicos de águas obedece aos critérios do n.º 1, visando ainda assegurar o equilíbrio económico-financeiro da concessão e uma adequada remuneração dos capitais próprios da concessionária, nos termos do respetivo contrato de concessão, e o cumprimento dos critérios definidos nas bases legais aplicáveis e das orientações definidas pelas entidades reguladoras.

3 – O Governo define em normativo específico, nos termos do n.º 3 do artigo 102.º, as normas a observar por todos os serviços públicos de águas para aplicação dos critérios definidos no n.º 1.”

Ora, da leitura deste artigo resulta que quer sejam “critérios” ou “objetivos”, as três alíneas do seu n.º 1 devem conformar todos os regimes tarifários a praticar por quaisquer serviços públicos de águas.

Assim, o intérprete é levado a crer que continuarão a existir diversos regimes tarifários, um por cada entidade gestora, mas que se iniciará um movimento da sua harmonização a nível nacional, centrado naqueles objetivos previstos no n.º 1 do art.º 82.º, cujas normas conformadoras deverão ser definidas por normativo específico do Governo e serão de aplicação universal, isto é, aplicáveis seja qual for a natureza da entidade responsável pelo abastecimento.

Suportado pois na “determinação legislativa” constante do n.º 3 do artigo 82.º – determinação essa com prazo de cumprimento estipulado

para um ano –, o Governo veio então, pelo Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, aprovar o Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos, do qual sobressaem a “Taxa de Recursos Hídricos” e o “Regime tarifário”, mas dos quais não sobressaem os objetivos visado pela Lei n.º 58/2005.

Vejamos.

4.1. A Taxa de Recursos Hídricos

No artigo 77.º da Lei n.º 58/2005, determinou-se que “o regime económico e financeiro promove a utilização sustentável dos recursos hídricos, designadamente mediante:

- a) A internalização dos custos decorrentes de atividades suscetíveis de causar um impacte negativo no estado de qualidade e de quantidade de água e, em especial, através da aplicação do princípio do poluidor-pagador e do utilizador-pagador;
- b) A recuperação dos custos das prestações públicas que proporcionem vantagens aos utilizadores ou que envolvam a realização de despesas públicas, designadamente através das prestações dos serviços de fiscalização, planeamento e de proteção da quantidade e da qualidade das águas;
- c) A recuperação dos custos dos serviços de águas, incluindo os custos de escassez”.

Conforme nota Joana Mendes, o Decreto-Lei n.º 97/2008, aprovado no encaço deste artigo, “procura dar cumprimento à obrigação de amortização dos custos dos serviços públicos (entendidos como os serviços ambientais proporcionados pelos recursos hídricos), definida no artigo 9.º da Diretiva-Quadro e, assim, ao princípio do poluidor-pagador. O longo preâmbulo deste diploma – no qual o Governo, além de se escudar em grande medida nas disposições da Diretiva – invoca um “fundamento científico seguro” que baseará a nova política de preços e esclarece que a nova taxa de recursos hídricos “não se dirige à generalidade dos pequenos utilizadores” – é um sinal do caráter controverso das medidas que ele preconiza”¹⁵.

¹⁵ Joana Mendes, “Direito Administrativo da Água”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2009, p. 117.

Concordamos com a autora. Cremos ainda que o legislador se excedeu na sua invocação da Diretiva quando determinou, no artigo 5.º/2 (Incidência subjetiva) que a taxa de recursos hídricos que, na formulação do artigo 82.º/2, b) da Lei n.º 58/2005, é um entre outros encargos obrigatórios, fosse “repercutida” sobre o utilizador final.

Com efeito, o artigo 9.º da Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, preceitua que “os Estados-membros terão em conta o princípio da amortização dos custos dos serviços hídricos, mesmo em termos ambientais e de recursos, tomando em consideração a análise económica efetuada de acordo com o anexo III e, sobretudo, segundo o princípio do poluidor-pagador.

Os Estados-membros assegurarão que até 2010:

- As políticas de estabelecimento de preços da água deem incentivos adequados para que os consumidores utilizem eficazmente a água, e assim contribuam para os objetivos ambientais da presente diretiva.
- Seja estabelecido um contributo adequado dos diversos setores económicos, separados pelo menos em setor industrial, setor doméstico e setor agrícola, para a recuperação dos custos dos serviços de abastecimento de água, baseado numa análise económica realizada de acordo com o anexo III e que tenha em conta o princípio do poluidor-pagador(...).”

Ora invocando este normativo comunitário, o legislador criou uma nova taxa de recursos hídricos que “visa compensar o benefício que resulta da utilização privativa do domínio público hídrico, o custo ambiental inerente as atividades suscetíveis de causar um impacte significativo nos recursos hídricos, bem como os custos administrativos inerentes ao planeamento, gestão, fiscalização e garantia da quantidade e qualidade das águas” (cfr. art.º 3.º/2 do Decreto-Lei n.º 97/2008)”.

Ato contínuo, o legislador imputou tal taxa a um sujeito passivo, no qual se incluem designadamente as entidades gestoras. Não obstante, ressaltou no citado artigo 5.º/2 que “quando a taxa não seja devida pelo utilizador final dos recursos hídricos, deve o sujeito passivo repercutir sobre o utilizador final o encargo económico que ela representa juntamente com os preços ou tarifas que pratique”.

Da leitura deste preceito salta de imediato a questão se “repercutir” e “amortizar” ou “internalizar” custos serão sinónimos, o que não nos parece que suceda e adiante se confirma.

Com efeito, no artigo 22.º/3 do mesmo Decreto-Lei n.º 97/2008, o legislador determinou que “o regime tarifário deve ser estruturado de forma que assegure o pagamento dos demais encargos obrigatórios por lei, nomeadamente da taxa de recursos hídricos e das taxas devidas a entidades reguladoras”, o que é conforme ao preceituado no citado artigo 82.º/1, b) da Lei da Água, pelo que, não pretendendo ajuizar da bondade da criação da taxa em si mesma (ou da sua natureza de imposto), nada temos a opor a esta formulação legal até este ponto.

Na verdade, como veremos melhor adiante, e esta é uma ideia a reter, as taxas, ainda que sob a forma de preços, tarifas, emolumentos ou outras designações criativas, a cobrar aos consumidores de serviços públicos, devem corresponder ao seu valor ou custo, pelo que se a entidade gestora suporta um novo custo ele invariavelmente deveria traduzir-se no preço final ou de alguma forma justificar-se a razão pela qual não o é, na sua determinação.

Já não estamos porém de acordo com o “tratamento privilegiado” que a TRH obteve do Executivo face aos demais custos que, há dezenas de anos, estão por internalizar ou amortizar nos tarifários municipais e assim permanecem.

Com efeito, por Despacho n.º 484/2009, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 08/01/2009, o ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, “tendo presente a necessidade de garantir a correta e homogénea aplicação da taxa de recursos hídricos (TRH) em todo o País, determino[u] que sejam seguidas as normas de orientação constantes do anexo ao presente despacho e do qual faz parte integrante”.

Certamente motivado pela determinação prevista no já citado n.º 3 do artigo 82.º da Lei da Água, antecipando-se, o Governo inibiu assim qualquer decisão interna das diversas entidades gestoras, incluindo autarquias, quanto aos termos da amortização, no preço do abastecimento de água, daquele custo suportado, porquanto determinou *a priori* a forma, fórmula, tempo e modo da repercussão imediata e integral sobre o consumidor final e termos da respetiva faturação.

Acresce que, desde logo, ficou ali expressamente determinado que se entende por “Repercussão – a transferência do encargo económico da taxa de recursos hídricos para os utilizadores dos serviços de águas, através do respetivo sistema de faturação”.

É, assim, com surpresa, que se verifica que afinal, a TRH deve ser suportada pelo consumidor final, diretamente e sem qualquer internalização ou ajustamento de custos pelo utilizador do recurso hídrico a montante, mediante simples “transferência”.

Ora este resultado, imposto por determinação administrativa, sem base legal consentânea expressa, SMO, afronta diretamente o princípio constitucional da autonomia financeira das autarquias locais pelo qual os municípios as freguesias têm património e finanças próprios, cuja gestão compete aos respetivos órgãos (cfr. artigo 238.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 3.º da n.º Lei 2/2007, de 15 de janeiro).

A este respeito, na já citada Recomendação (tarifária) 1/2009 o IRAR afirmara que “a presente Recomendação visa harmonizar as estruturas tarifárias que servem ao financiamento destes serviços, trazer-lhes racionalidade económica e financeira e assegurar a respetiva viabilidade e melhoria, sempre sem pôr em causa a autonomia que deve haver na sua gestão. Trata-se de um instrumento que se pretende constitua um primeiro passo na transição de uma prática tarifária algo casuística e reconhecidamente insustentável para uma prática que seja racionalmente fundamentada e condizente com as boas práticas na matéria”.

Não questionando as boas intenções de que pudesse estar imbuído, não competia, SMO, ao Governo, ao abrigo do poder tutelar previsto nos artigos 199.º e 242.º da Constituição da República, nem mesmo ao abrigo do citado n.º 2 do artigo 82.º da Lei da Água, ditar de sua lavra quando e como deveriam as entidades gestoras autónomas amortizar os seus custos. Não obstante fê-lo e, tanto quanto se sabe e lê nas faturas impressas pelo país afora, cumpriu-se.

Na verdade, aquela repercussão colidiria ainda com o disposto no artigo 8.º/2, d) da Lei 23/96, de 26 de julho, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, que criou no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais e onde expressamente se determina que “é proibida cobrança aos utentes de: (d) qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, exceto quando expressamente solicitada pelo consumidor.

Ora, o que esta norma visa precisamente é que o prestador do serviço, confrontado por uma imposição tecnológica, legislativa ou de outra

ordem qualquer, venha transferir para o consumidor esse sobrecusto, sem prover pela sua adequada internalização, no sentido de ajuste à eficiência económica e financeira do serviço a essa alteração.

Não obstante, o legislador foi laborioso e no número imediatamente seguinte desta lei, malgrado a formulação equívoca e abrangente, parece ter pretendido excepcionar precisamente que “não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime aplicável”.

Neste enquadramento legal, protegida por esta ressalva, a figura da “repercussão”, tal como entendida no citado Despacho n.º 484/2009, frustra por completo o intuito daquela taxa de recursos hídricos e o preceituado no artigo 9.º da diretiva comunitária. Com efeito, o sujeito passivo não carece fazer qualquer esforço de adaptação económico-financeira a esse tributo (que tem uma natureza complexa, também extrafiscal), porque tal custo é imediata e integralmente transferido, “repercutido”, suportado pelo consumidor final, IVA incluído.

Não se encontra pois aqui cumprido o objetivo de sustentabilidade nem económico-financeira, nem ambiental, porquanto o consumidor final suporta mais uma taxa diluída na (conta da) água, de valor residual, que não releva para a sua gestão do volume de água consumido e o grande utilizador, por seu lado, limitou-se a sacudir a mesma água do seu capote porquanto a taxa de recursos hídricos que lhe é liquidada é um sobrecusto ilusório, na medida em que não tem qualquer reflexo na sua gestão económico-financeira consolidada.

Na verdade, pelo referido Despacho foi ainda logrado – entendemos que sem suporte na Lei n.º 58/2005 ou no Decreto-Lei n.º 97/2008 –, convencer o utilizador final – que, insista-se, não é sujeito passivo da taxa – que se trata de um tributo alheio ao preço final que este deve suportar separadamente.

Com efeito, foi ali expressamente determinado que “para efeitos de faturação por parte dos sistemas de abastecimento de água deve haver lugar a indicação do valor da TRH média por metro cúbico (expresso com quatro casas decimais do euro) e indicação do valor final da TRH objeto de repercussão, sem distinguir entre as diferentes componentes. A repercussão da TRH deve ser feita, porém, com autonomia entre serviços de abastecimento e saneamento, sempre de acordo com a regra anterior”.

Não se compreende onde foi o Executivo descortinar na lei qualquer determinação de autonomização desta taxa quando ela deveria (por força de todos os ditames legais que pretende regulamentar e acima citados), amortizar-se, internalizar-se, diluir-se e ajustar-se no preço final.

Nesse sentido, a Direção de Serviços do IVA do Ministério das Finanças, mais habilitada a apreciar tarifas, taxas, custos, preços e figuras afins, veio esclarecer, mediante Ofício n.º 30127, de 13/05/2011 que “ii) a repercussão, sobre o utilizador final, do encargo económico que a taxa representa, nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho, incluído na fatura emitida pelas entidades exploradoras/distribuidoras dos recursos hídricos, constitui, ainda que discriminado, parte do valor tributável da operação, nos termos da alínea a) do n.º 5 do artigo 16.º do Código do IVA. Sobre esta incide IVA à taxa reduzida (6% no Continente e 4% nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira) por inclusão na verba 1.7 da Lista I, anexa ao CIVA (...)”. Por outras palavras, a Administração Fiscal esclareceu o que a Diretiva e a Lei n.º 58/2005 determinaram, ou seja, que a taxa de recursos hídricos liquidada ao utilizador final é fiscalmente parte do preço, não se autonomiza; por essa razão é tributada pela mesma taxa, os mesmos 6% que incidem sobre o preço ou tarifa do serviço.

Face a todo o exposto, impõe-se concluir que da conjugação dos atos normativos com força externa e sem ela a que nos vimos reportando, a Taxa de Recursos Hídricos passou de ser um custo a suportar pelos utilizadores relevantes dos recursos hídricos, para ser um custo apenso ao preço do serviço de abastecimento de água, “transferido” pelo sujeito passivo legalmente previsto ao utilizador final, ao abrigo de um regime especial de amortização por “repercussão” sobre o utilizador final, aprovado pelo Despacho n.º 484/2009 e sem qualquer “repercussão” sobre o próprio sujeito passivo. Entendemos pois, que se falhou o objetivo e se violou a lei, criando-se uma contribuição especial sobre o utilizador final em afronta ao princípio constitucional da legalidade tributária.

4.2. O regime tarifário

Dando cumprimento ao preceituado nos artigos 82.º/3 e 102.º/3 da Lei da Água, pelo Decreto-Lei n.º 97/2008 foi apresentado um capítulo III dedicado a “Tarifas dos serviços públicos de águas”, do qual salientamos três artigos: os 20.º, 22.º/1 e 24.º.

Dos termos conjugados destes preceitos resulta, em plena conformidade com o ditado pela Lei da Água acima citada que “estão sujeitos ao regime

de tarifas todos os utilizadores dos serviços públicos de águas, independentemente da forma de gestão que neles seja adotada” (artigo 20.º).

Mais determinou o legislador, como já vimos, que “o regime de tarifas a praticar pelas entidades que prestam os serviços públicos de águas é estabelecido em decreto-lei específico” (n.º 1 do artigo 22.º).

Até aqui ficou confirmada a solução legal pretendida de um regime tarifário nacional, universal e regularizador da atual disparidade de soluções, que determina desigualdades quanto a um bem essencial a todos os cidadãos, solução prevista no citado n.º 3 do artigo 82.º da Lei n.º 58/2005 e que estes preceitos nada mais acrescem.

No artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2008 veio então determinar-se com mais pormenor que “a forma de cálculo das tarifas e da faturação dos serviços públicos de águas, assim como outros aspetos relacionados com o regime tarifário e com as relações com os utilizadores são estabelecidos em decreto-lei específico”.

Se nos outros preceitos que acabámos de ver havia sido modesto, eis que de repente o legislador se propõe ultrapassar uma controversa questão que gerou ao longo dos anos *terabytes* de discussão na doutrina, na jurisprudência e nos portais web das entidades gestoras, instadas a disponibilizar aos consumidores espaço virtual para reclamar: a competência para criar tarifas e o mais que tal competência importa.

Com efeito, se o “decreto-lei específico” previsto no artigo 82.º/3 da Lei n.º 58/2005 virá estabelecer a forma de cálculo das tarifas e da faturação, assim como outros aspetos relacionados com o regime tarifário e com as relações com os utilizadores, nada mais restará aos municípios para “regulamentar” ou determinar quanto aos preços a cobrar pela sua atividade de exploração do serviço de abastecimento de água ao abrigo da Lei das Finanças Locais (cfr. artigo 16.º da Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro).

Numa linha de texto, o legislador determinou pois que será o Governo (decreto-lei) a criar a tarifa, a aprovar o respetivo regulamento tarifário, incluindo a sua forma de cálculo, termos de faturação e demais aspetos da relação tarifária com o consumidor, “desonerando” assim as autarquias locais de tal tarefa.

Tal previsão data de 29/12/2005 e tal regime tarifário, volvidos quase sete anos, ainda não se encontra publicado. Não custa compreender a sua demora pois, como vimos acima, as receitas locais são da competência

das autarquias locais e no entanto, no que toca às receitas pelo serviço de abastecimento de água, aquela autonomia parece ter terminado naquele artigo 23.º/1.

Com efeito, se constitui reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República o regime das finanças locais, parece-nos que a coberto de uma autorização legislativa encerrada nos artigos 82.º/3 e 102.º/3 da n.º Lei 58/2005, se alcançaria derrogar o artigo 16.º da Lei n.º 2/2007 quanto aos “serviços águas”, o que incluirá “todos os serviços prestados a casas de habitação, entidades públicas ou qualquer atividade económica através de: i) Represamento, captação, armazenamento, tratamento, elevação, adução e distribuição de águas superficiais ou subterráneas; ii) Recolha, tratamento e rejeição de águas residuais;” (cfr. artigo 4.º, zz) da Lei n.º 58/2005).

Esta solução, que entendemos audaz, certamente penderia para resolver a disparidade nacional de tarifários e propiciar condições para minimizar as consequências nefastas que daí derivam para a gestão do abastecimento de água no território nacional. Recordemos que esse é um dos principais problemas identificados e um dos grandes objetivos a alcançar no PEAASAR II.

Não obstante, porque a autorização legislativa foi para efetivamente criar “as normas a observar por todos os serviços públicos de águas” impõe-se concluir que, não tendo sido aprovado aquele “decreto-lei específico” no prazo de um ano previsto no artigo 102.º/3 da Lei n.º 58/2005, já não pode vingar a solução preconizada pelo artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2008, porquanto expirou o prazo para o exercício da competência legislativa relativa delegada pela Assembleia da República.

Recuperando a questão da competência, notamos que o Tribunal Constitucional, naquela decisão de 1988 inicialmente citada no presente texto, não julgou o pedido, concluindo apenas que “a deliberação n.º 17/CM/85, que na sua parte normativa constitui um verdadeiro regulamento, não se refere, nem direta, nem indiretamente, à lei que a suporta e que, no esquema do artigo 115.º, n.º 7, da CRP, teria obrigatoriamente de ser citada. Deste modo, nem interessa averiguar se tal deliberação poderia ou não ser legalmente justificada”.

Não obstante, posteriormente veio a questão a ser analisada nos tribunais tributários, concluindo a jurisprudência que “XI. As tarifas apenas estão sujeitas ao princípio da legalidade administrativa e não também ao da

legalidade tributária pelo que, embora nada obste a que a Câmara proponha à Assembleia um regulamento sobre essa matéria, é aquele órgão que detém a competência normativa, nada impedindo que a exerça sem recurso à Assembleia. XII. Assim, não se verifica ilegalidade do regulamento editado pela CMS em que é feita a fixação das tarifas no âmbito do abastecimento de água, recolha e tratamento de lixos, ligação, conservação e tratamento de esgotos pois que a definição do preço ou tarifa da taxa é da competência da própria CMS e não da Assembleia, tal como resulta da alínea h) do artigo 51.º Decreto-Lei n.º 100/84 – LAL- [antiga al. p)-]”. (cfr. Acórdão do TCA Sul de 28-11-2006, Processo 11436/06, in www.dgsi.pt).

Note-se que a tese da “mera” legalidade administrativa gerou-se na discussão de que, como simples taxa (por contraposição ao imposto), o tributo não está sujeito ao princípio constitucional da legalidade tributária de reserva de lei formal da Assembleia da República ou de decreto-lei do Governo emitido a coberto de autorização legislativa do Parlamento, podendo ser criado pelas autarquias.

O passo seguinte de subtrair à Assembleia Municipal o exclusivo dessa competência normativa, reconhecendo-a também ao órgão executivo que é a Câmara Municipal (ao abrigo do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 100/84) terá tido outro itinerário que não conseguimos identificar, mas que surtiu consequências relevantes analisadas adiante.

A questão encontra também algum suporte em lei expressa, na medida em que o artigo 64.º/1, j) da Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, que “estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias”, manteve a competência da Câmara Municipal para “fixar as tarifas e os preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados;” e, no seu n.º 7, que “compete ainda à câmara municipal: a) Elaborar e aprovar posturas e regulamentos em matérias da sua competência exclusiva”.

Neste sentido, António Magalhães entende que “assistimos a um desvio em relação à competência para a criação de taxas municipais (*stricto sensu*) (...)” pois “ao contrário do que acontece com as taxas *stricto sensu*, o órgão competente para fixar os ‘preços’ (então ‘tarifas-taxas’) é a Câmara Municipal. De um modo muito particular, a Lei confere-lhe o poder de aprovar, por deliberação colegial, os ‘regulamentos tarifários’, quando a eles houver lugar, como é o caso das prestações pecuniárias a

pagar pelos utentes dos serviços públicos ‘mencionados’ nas várias alíneas do n.º 3 do art.º 16.º da Lei das Finanças Locais”¹⁶.

Parece-nos porém que esta interpretação desvirtua sem qualquer justificação de relevo as funções estatutárias daqueles órgãos e conduz inclusive a incongruências no regime jurídico dos serviços de abastecimento e água e saneamento.

Com efeito, a Lei n.º 169/99 atribui à Assembleia Municipal “em matéria regulamentar e de organização e funcionamento, sob proposta da câmara” a competência para:

- “(a) aprovar as posturas e regulamentos do município, com eficácia externa; (...)
- (e) estabelecer, nos termos da lei, taxas municipais e fixar os respetivos quantitativos;
- (h) deliberar em tudo quanto represente o exercício dos poderes tributários conferidos por lei ao município”.

Ora, a Lei n.º 53-E/2006 é clara em estabelecer que “as taxas das autarquias locais são criadas por regulamento aprovado pelo órgão deliberativo respetivo”. Nos termos do artigo 41.º da Lei n.º 169/99, “a assembleia municipal é o órgão deliberativo do município”.

Por seu lado, a Lei n.º 2/2007, no seu artigo 10.º, veio preceituar que “constituem receitas dos municípios (...) (c) o produto da cobrança de taxas e preços resultantes da concessão de licenças e da prestação de serviços pelo município, de acordo com o disposto nos artigos 15.º e 16.º”.

Estes dois artigos 15.º e 16.º referem-se, separada e respetivamente, às “taxas dos municípios” e aos “preços”. Quando aos preços, determina o n.º 4 do artigo 16.º que “os municípios devem cobrar preços nos termos de regulamento tarifário a aprovar”.

Tendo já tomado posição sobre a natureza da contrapartida do abastecimento de água como taxa, independentemente da nomenclatura aqui atribuída de preço, não hesitamos em conferir à assembleia municipal a competência para aprovar aquele regulamento pois o artigo

¹⁶ Magalhães, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 61 e 62.

53.º da Lei n.º 169/99 permanece claro em atribuir à assembleia municipal a competência para “(e) estabelecer, nos termos da lei, taxas municipais e fixar os respectivos quantitativos; e (h) deliberar em tudo quanto represente o exercício dos poderes tributários conferidos por lei ao município”.

Em qualquer caso, não se pode questionar que tal regulamento tarifário tenha eficácia externa; assim, se o órgão autárquico com competência para aprovar regulamentos com eficácia externa é a assembleia municipal, impõe-se concluir que aquele regulamento tarifário há de ser ali aprovado. Corroborando este sentido, no seu n.º 6 do artigo 16.º, a Lei n.º 2/2007 preceitua que “cabe à entidade reguladora dos setores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos a verificação do disposto nos n.ºs 1, 4¹⁷ e 5, devendo, caso se trate de gestão direta municipal, de serviço municipalizado, empresa municipal ou intermunicipal, informar a assembleia municipal e a entidade competente da tutela inspetiva caso ocorra violação de algum destes preceitos (...)”.

Com efeito, caso a Câmara Municipal ousasse cobrar preços por serviços sem a prévia aprovação do respetivo regulamento tarifário, importaria comunicar ao órgão competente para o fazer, que não foi chamado a fazê-lo, tal ilegalidade.

Por outro lado, manter a competência na assembleia municipal é assegurar a coerência no regime tarifário porquanto também quando os serviços se encontrem concessionados (situação não contemplada no artigo 16.º/6 da Lei n.º 2/2007) a aprovação do tarifário [cfr. artigo 38.º/1, i), 40.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 194/2009] assim como o respetivo regulamento de serviço (cfr. art.º 62.º do Decreto-Lei n.º 194/2009) que vigorarão na concessão, são sujeitos a aprovação da assembleia municipal, por força do disposto na alínea q) do n.º 2 do artigo 53.º da Lei n.º 169/99 que lhe atribui a competência de, sob proposta da câmara, “autorizar, nos termos da lei, a câmara municipal a concessionar, por concurso público, a exploração de obras e serviços públicos, fixando as respetivas condições gerais;” e sem prejuízo de competir à Câmara Municipal “aprovar os projetos, programas de concurso, caderno de encargos e a adjudicação

¹⁷ Citado acima, o n.º 4 do artigo 16.º da Lei n.º 2/2007 (LFL) preceitua que: “Relativamente às atividades mencionadas no número anterior, os municípios devem cobrar preços nos termos de regulamento tarifário a aprovar.”

relativamente a obras e aquisição de bens e serviços;" [cfr. artigo 64.º/1, q) da Lei n.º 169/99).

Assim sendo, não vemos por que razão deveria ser diferente no que respeita à competência da Câmara Municipal para "no âmbito da organização e funcionamento dos seus serviços e no da gestão corrente (...) fixar as tarifas e os preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados" [cfr. artigo 64.º/1, j) da Lei n.º 169/99), não extraindo daí que compita à Câmara Municipal aprovar os regulamentos tarifários a que nos vimos reportando.

Verificamos ainda que essa tem sido a prática, encontrando publicados em *Diário da República* os regulamentos que fundamentam os tarifários, aprovados pelas assembleias municipais. A título de exemplo, sobre como são geridas estas competências, podemos identificar o Regulamento do Município de Loures como um caso em que a partilha de competências pecou por defeito da assembleia municipal e o Regulamento do Município da Covilhã como um caso em que pecou por excesso, da empresa municipal.

Com efeito, no primeiro caso, no artigo 9.º do Regulamento do Serviço de Abastecimento de Água de 2008 dos Serviços Municipalizados de Loures, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 179, de 16 de setembro de 2008 não ficou estipulado qualquer critério para a determinação dos valores das tarifas a cobrar que serão simplesmente "a fixar por deliberação da Câmara Municipal".

Já no segundo caso, nos artigos 33.º, 37.º e 38.º do Regulamento de águas residuais, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 8, de 12 janeiro de 2011, a assembleia municipal especificou duas tarifas autónomas (uma de drenagem e outra de tratamento de esgotos) que a câmara municipal/empresa municipal não fez refletir no tarifário fixado.

Cumpr, pois, às Câmaras Municipais e às Assembleias Municipais encontrar o ponto ótimo de gestão conjunta desta matéria, permitindo que a remuneração do utilizador se encontre fundamentada de direito e de facto e nessa medida seja aceite como justa, devendo caber à assembleia municipal regular o que apresentar natureza normativa ou valorativa para a determinação do valor da taxa/tarifa/preço e à câmara municipal, com base nesses critérios normativos, fixar em concreto as tarifas e os preços aplicáveis.

5. Da finalidade da contrapartida

Do que vimos expondo já se antecipou que as dificuldades de determinação do regime não se ficam pela incerteza da competência na criação da tarifa e/ou preço, carreando-se a discussão até ao seu conteúdo ou propósito.

Perante a alegada dicotomia legal de competência regulamentar que vimos analisando e defendendo que uma tarifa não é uma taxa, houve quem sustentasse que “a Lei n.º 42/98, de 6 de agosto, Lei das Finanças Locais, confere um tratamento distinto às contraprestações a cobrar pelos municípios pelos serviços de águas, que trata como tarifas, ou seja, preços, no seu artigo 19.º (sendo competente para a fixação do seu valor a câmara municipal, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 64.º da Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, Lei das Autarquias Locais) e de esgotos, que trata como taxas, ou seja, tributos, no seu artigo 20.º (sendo competente para a fixação do seu valor a assembleia municipal, nos termos da alínea e) do n.º 2 do artigo 53.º daquela mesma Lei), sendo que em relação aos primeiros (águas) estabelece que não devem, por princípio, ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com o seu fornecimento ou prestação, o que permite concluir, por uma leitura a *contrario sensu*, que esta regra não se aplica aos segundos (águas residuais)” – Cfr. Despacho n.º 2339/2007, PEAASAR II, *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 23, de 14/02/2007, p. 3930¹⁸.

No mesmo plano estratégico foi ainda afirmado que “nos serviços de saneamento (...) o pagamento destes serviços está definido na legislação como uma taxa e não obedece a qualquer regulamentação (Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, Lei das Autarquias Locais)” (cfr. p. 3931).

Atendendo à data da publicação do Despacho n.º 2339/2007, que é 14/02/2007, as afirmações geram alguma perplexidade não só face à jurisprudência fixada mas também à publicação da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro (RGTA) – e sem prejuízo do seu regime transitório – e da Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro (Lei das Finanças Locais), pois entraram ambas em vigor em 1 de janeiro de 2007.

¹⁸ Há um mero lapso na referência aos artigos 19.º [alínea l)] e 20.º [n.º 1, alínea a)] da Lei n.º 42/98 que deve entender-se de forma invertida.

Na verdade, a aprovação daqueles diplomas, vigentes desde 01/01/2007, veio permitir uma compreensão das taxas locais à luz de princípios estruturantes cuja fixação “do ponto de vista material, constitui a mais urgente preocupação que suscita esta área do nosso sistema tributário, povoada por soluções tantas vezes arbitrárias e carentes de legitimação aos olhos dos contribuintes (...)”¹⁹.

Como ponto de partida, entendemos que todas as receitas municipais, sejam elas designadas taxas, tarifas, preços ou outros instrumentos de remuneração, devem sujeitar-se ao regime legal das taxas locais previsto na Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro, sempre que reúnam as características que aquele tributo apresenta. Assim, entendemos que a taxa remunera o custo do serviço prestado, nele se encontrando dogmaticamente o seu limite mínimo e limite máximo.

No que respeita em particular à contrapartida pelo abastecimento de água, conforme sumaria Joana Mendes, “as tarifas de serviços públicos previstas no artigo 82.º da Lei da Água e nos artigos 20.º e ss do Decreto-Lei n.º 97/2008, destinam-se a assegurar a recuperação dos custos associados ao funcionamento dos serviços públicos de águas, nomeadamente aqueles resultantes de investimento e despesas com a manutenção, reparação e renovação de bens e equipamentos, do pagamento de encargos obrigatórios (tais como a taxa de recursos hídricos) e de medidas destinadas a assegurar a provisão eficiente destes serviços (artigo 82.º, n.º 1 da Lei da Água). Trata-se igualmente de uma taxa, na medida em que é uma quantia coativamente paga pela utilização de um serviço, que possui uma finalidade extrafiscal, dado estar sujeita ao disposto no artigo 77.º, n.º 4 da Lei da Água nos termos da qual:

As políticas de preços da água devem constituir incentivos adequados para que os utilizadores utilizem eficientemente os recursos hídricos, devendo atender-se às consequências sociais, ambientais e económicas da recuperação de custos, bem como às condições geográficas e climatéricas da região ou regiões afetadas”.

Esta mesma finalidade é confirmada pelo facto de incentivo a uma utilização eficiente dos recursos hídricos ser um dos critérios de fixação de tarifas definidos pelo Decreto-Lei n.º 97/2008 [artigo 22.º, n.º 2, al. f)]”²⁰.

¹⁹ Sérgio Vasques, *Regime geral das taxas locais: introdução e comentário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 57.

²⁰ Joana Mendes, “Direito Administrativo da Água”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume II, Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2009, p. 126.

A respeito da finalidade extrafiscal – questão que não é unívoca na “teoria geral das taxas” na doutrina – pronunciou-se oportunamente Sérgio Vasques comentando que “a leitura do RTL deixa entrever também uma dificuldade grande na fixação conceitual das taxas, patente na autonomização acrítica das taxas de licença ou na sugestão do lançamento de taxas dirigidas à compensação de exterioridades negativas, uma compreensão deficiente do enquadramento dogmático destas espécies tributárias, visível na hesitação entre os princípios da proporcionalidade, da ‘equivalência jurídica’ e da ‘justa repartição dos encargos públicos’, bem como uma falta de apuro conceitual e terminológico (...)”²¹.

Neste sentido, salienta o autor que “as referências que o RTL faz a matérias como a proteção civil, a competitividade e o ambiente parecem sugerir que os municípios podem lançar taxas alheias a prestações concretas e efectivas, um equívoco que se mostra particularmente saliente no n.º 2 do artigo 6.º, quando se admite com alguma ligeireza que as taxas municipais incidam sobre “a realização de atividades particulares geradoras de impacto ambiental negativo”²².

Conclui o autor ser “talvez de recear que a coberto das referências que agora se fazem à proteção civil, à competitividade ou às atividades geradoras de impactos ambientais negativos os municípios portugueses venham mesmo a ensaiar a criação de taxas que prefiguram genuínas contribuições ou impostos, alimentando, como no passado, uma litigância constante junto dos nossos tribunais em torno do respeito pela reserva de lei parlamentar”²³.

Salientamos esta doutrina perante o citado artigo 77.º, n.º 4, da Lei da Água²⁴ e das normas que lhe correspondem no Decreto-Lei n.º 97/2008, as quais visam suportar “uma política tarifária que transmita ao utilizador sinais de maior racionalidade, levando-o à alteração progressiva dos seus hábitos de consumo”.

Na verdade, conforme explanado por Teixeira Ribeiro “a cobrança de taxas pode ter em vista, como acaba de mostrar-se, a repartição do custo pelos

²¹ Sérgio Vasques, *Regime geral das taxas locais: introdução e comentário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 51.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ Preceitua o artigo que: “As políticas de preços da água devem constituir incentivos adequados para que os utilizadores utilizem eficientemente os recursos hídricos, devendo atender-se às consequências sociais, ambientais e económicas da recuperação dos custos, bem como às condições geográficas e climatéricas da região ou regiões afetadas”.

utentes e a limitação da procura do serviço. (...) O montante das taxas vai depender portanto, da finalidade que o Estado deseja alcançar”²⁵.

Neste sentido preceitua o artigo 4.º/2 da Lei Geral Tributária que “as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares”. Suportados neste preceito e compreendendo que o serviço de abastecimento de água se resume à disponibilização da utilização individualizada do sistema de captação e abastecimento e não propriamente à “venda” de água dos rios e lagos, que é um bem público, não seria difícil sustentar que a função extrafiscal de defesa da sustentabilidade ambiental se subsuma no conceito de “obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares”.

Caso assim se não entenda, a tarifa ou taxa da água criada com finalidade extrafiscal, encerrará um desvio conceitual para a figura do imposto, que poderá traduzir-se numa violação do princípio da legalidade tributária cuja compreensão se considerava já consolidado no contencioso das taxas locais.

Assim sendo, a previsão do artigo 22.º/2, f) do Decreto-Lei n.º 97/2008 *ex vi* do citado artigo 77.º/5, da Lei da Água, de que o regime tarifário a estabelecer deve “incentivar uma utilização eficiente dos recursos hídricos” apenas poderia sustentar a criação de uma tarifa com esse critério, mediante “decreto-lei específico”, se se considerasse que a Lei n.º 58/2005 concedeu ao Governo uma autorização legislativa para aprovar uma contribuição especial ou imposto de abastecimento de água, tese que temos dificuldade em deixar vingar, malgrado os desideratos de harmonização tarifária do PEASAR II, face ao preceituado no artigo 165.º/1, i) e q), e n.º 2, n.º 4 da CRP na medida em que implicaria também uma extinção de competências tributárias da Câmara Municipal e de alteração do regime das finanças locais, por derrogar os artigos 16.º/1 e 3, a) da Lei n.º 2/2007 (LFL), e 64.º/1, j) da Lei n.º 169/99, (LAL) constituindo um sério golpe à autonomia local, publicitado de forma demasiado subtil.

6. Do quantitativo da taxa ou tarifa

No que respeita à matéria de conformação do valor das taxas que, por contraposição com os preços, sobejamente se ouve dizer que estes devem

²⁵ José Joaquim Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*; Coimbra Editora, 1997, pp. 266 e 267.

ter como limite mínimo o seu real custo e as outras o devem tomar como limite máximo, concluímos que falamos do mesmo, num e noutro campo de determinação daquelas receitas municipais, tudo redundando à compreensão do conceito de equivalência económica, imposta igualmente a todas as receitas dos municípios, enquanto expressão normativa dos princípios da legalidade, proporcionalidade e da igualdade tributária.

Este critério conformador das taxas, tarifas ou preços a criar pela entidade local que é a igualdade tributária, é de sobeja importância. Conforme ensina Sérgio Vasques: “Nesta matéria não existem na verdade muitas alternativas, sendo que o princípio da igualdade tributária consagrado no artigo 13.º da Constituição da República, logo que projetado sobre o domínio das taxas, não pode querer dizer outra coisa senão que estas sejam repartidas de acordo com o custo das prestações realizadas pelas autarquias ou de acordo com o respetivo valor. Estando o propósito das taxas locais na compensação das prestações que as autarquias realizam, a sua legitimidade material haverá forçosamente de fazer-se por apelo ao princípio da equivalência, seja na sua vertente da cobertura do custo, seja na sua vertente do benefício”.²⁶

Salienta o autor que “é da maior importância o passo que neste sentido deu o legislador ao determinar que as taxas locais se hão-de estruturar em função do custo da atividade pública local ou do benefício que ela gera para os particulares”.

Acrescenta o autor que “de particular importância mostra-se, neste contexto, que o legislador tenha obrigado por meio do artigo 8.º do RTL as autarquias a integrar a fundamentação económica e financeira das taxas que criam nos próprios regulamentos que as disciplinam, assegurando desde modo o conhecimento público do custo ou valor das prestações administrativas em que se fundamentam os tributos exigidos por municípios e freguesias”.

Neste sentido e como ponto de partida, sustentamos que às tarifas, ou seja, à criação de uma contraprestação por um serviço público, sempre seriam aplicáveis as normas constantes da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro, que aprovou o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais (RGTL), independentemente do resultado da discussão sobre se a sua

²⁶ *Idem*, p. 58

criação será da Câmara Municipal ou da Assembleia Municipal, respetivamente órgão executivo e eventualmente deliberativo e órgão deliberativo por excelência. Com efeito, não podemos aceitar, por exemplo, que umas receitas municipais coativas tenham fundamentação económico-financeira publicitada, por expressamente previsto no artigo 8.º/2, c), do RGTA e outras não, pelo que, seja qual for a sua fonte orgânica, não pode ser fixada uma receita sem ser apresentada, no respetivo ato administrativo da sua aprovação, a correspondente fundamentação, como é de lei.

Neste sentido, António Magalhães opina que “tanto as ‘taxas’ (artigo 15.º) como os ‘preços’ (artigo 16.º) gozam e partilham da mesma natureza e regime jurídicos para efeitos de aplicação do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, da Lei Geral Tributária, bem como do Código de Procedimento e de Processo Tributário (...)”²⁷.

Tratando-se do valor remuneratório de um serviço de abastecimento de água, deve pois apresentar-se a fundamentação económico-financeira empregue para determinar o valor a suportar pelos utilizadores. E não se alegue qualquer segredo comercial que o impeça pois o serviço é prestado em regime de exclusividade e de monopólio ou seja, sem concorrência.

Assim, quanto à determinação da grandeza da contrapartida, o quantitativo final, importa salientar, acompanhando Sérgio Vasques, que “as taxas são tributos que não possuem o fundo solidarístico do imposto e que, em vez disso, se inserem numa lógica de troca entre o contribuinte e a administração, sendo essa natureza comutativa que repele o princípio da capacidade contributiva e convoca como critério de repartição o princípio da equivalência, seja na vertente do custo, seja na vertente do benefício. Concretizando algo mais, se o que as taxas locais visam é compensar prestações determinadas das autarquias, a única forma justa de as repartir entre os contribuintes é a de atender ao custo ou ao valor dessas prestações. O princípio da equivalência surge de modo tão evidente como o critério naturalmente adequado à repartição das taxas que não se mostra necessária a sua consagração constitucional explícita para que ele se imponha ao legislador ordinário e à administração no exercício do seu

²⁷ Magalhães, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 45.

poder regulamentar, decorrendo diretamente do artigo 13.º da Constituição”²⁸.

Importa porém esclarecer que “as noções de equivalência jurídica e da equivalência económica prendem-se com diferentes planos de análise das taxas, a primeira respeitando à delimitação conceitual das taxas, a segunda respeitando à sua legitimação material: assim, quando se pergunta pela ‘equivalência jurídica’ de uma taxa local, trata-se de apurar se ela é cobrada em função de uma prestação efetivamente provocada ou aproveitada pelo particular, distinguindo-a das contribuições e dos impostos, e de saber se foi lesada a reserva de lei parlamentar fixada no artigo 165.º, n.º 1, alínea i) da Constituição da República; quando se pergunta pela ‘equivalência económica’ de uma taxa local trata-se de apurar se o seu montante corresponde ao custo ou ao valor das prestações que as autarquias dirigem a quem a paga e de saber se com isso se respeitaram os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Entre a doutrina e jurisprudência portuguesas, a insistência na nota da equivalência da jurídica é feita por regra com o propósito de centrar o controlo das taxas no tópico formal da legalidade tributária, descartando o controlo material da igualdade e da proporção, tudo se permitindo à administração na fixação destes tributos posto que exista “equivalência jurídica” e esteja preservada a reserva de lei parlamentar²⁹.

Adiante o autor alerta: “a leitura do artigo 4.º do RTL deixa-nos ver que, ao menos no controlo das taxas locais, não se pode doravante tolerar a sobrevalorização da ‘equivalência jurídica’ e a marginalização da ‘equivalência económica’. (...) A despeito do que a respetiva epígrafe sugere, o conteúdo do artigo 4.º do RTL não se prende com a questão formal da ‘equivalência jurídica’ mas antes com a questão material da ‘equivalência económica’, subordinando as taxas locais a uma regra de proporcionalidade e proibindo que elas ultrapassem ‘o custo da atividade pública local’ ou o ‘benefício auferido pelo particular’. Em rigor, a ‘equivalência jurídica’ não poderia nunca dar corpo a um verdadeiro princípio, pois que esta noção constitui a mera expressão da estrutura comutativa que é característica das taxas. Só a ‘equivalência económica’ pode corporizar um princípio de legitimação material das taxas, sendo de resto

²⁸ Sérgio Vasques, *Regime das taxas locais...*, p. 35.

²⁹ Sérgio Vasques, *Regime geral das taxas locais: introdução e comentário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 91.

essa equivalência económica o mais importante princípio jurídico a que as taxas locais se encontram agora subordinadas³⁰.

Aqui chegados, sabemos já responder que, no que toca ao serviço de águas, estamos perante um direito subjetivo público, elevado a direito fundamental que deve ser assegurado pelo Estado e pelos municípios, direta ou indiretamente, em regime de exclusividade territorial.

O custo desse serviço deve ser suportado pelo utilizador, de acordo com a natureza comutativa da relação estabelecida. O valor dessa remuneração deve corresponder ao seu custo efetivo, por força do princípio da igualdade tributária, competindo hoje (e por enquanto?) a sua criação e determinação unilateral (autoritária) aos municípios, com respeito pelos princípios da equivalência económica, da transparência e da legalidade. Tal remuneração coativa qualifica-se, pois, como tributo.

Deste ponto de chegada é já possível identificar com segurança o respetivo regime de garantias do utilizador, cujas questões, mais pragmáticas, podem então ser relegadas à prática do foro.

³⁰ *Idem*, p. 96.

Bibliografia e fontes

ALBUQUERQUE, Catarina de (2012), "On the right track – Good practices in realising the rights to water and sanitation", www.ersar.pt.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2012), "Serviços Públicos, Contratos privados" in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Rui Manuel de Moura Ramos, Almedina.

ALMEIDA, Mário Aroso de (2012), *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra.

BAPTISTA, Jaime Melo, PIRES, João Simão e MAÇÃS, Fernanda (2010), *O quadro legal dos serviços de águas em Portugal*, ERSAR.

BAPTISTA, Jaime Melo, PIRES, João Simão e MAÇÃS, Fernanda (2007), *Textos sobre regulação*, Volume 3, ERSAR, www.ersar.pt.

ERSAR (2010), *Água e saneamento em Portugal – o mercado e os preços*, www.ersar.pt.

ERSAR (2011), *Guia de avaliação da qualidade dos serviços de águas e resíduos prestados aos utilizadores*, www.ersar.pt.

ERSAR (2010), *Relatório anual do setor de águas e resíduos em Portugal*, www.ersar.pt.

FAVEIRO, Vítor (2002), *O estatuto do contribuinte*, Coimbra.

FRANCO, António de Sousa, "Tributação", in *Dicionário da Administração Pública*.

GONÇALVES, Pedro (1999), *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra.

GOUVEIA, Rodrigo (2001), *Os serviços e interesse geral em Portugal*, Almedina, Coimbra.

LEITÃO, Adelaide Menezes (2012), "Direito Administrativo do Consumo", in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume VI, Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra.

MAGALHAES, António Malheiro de (2012), *O regime jurídico dos preços municipais*, Almedina, Coimbra.

MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais*, www.ersar.pt.

MENDES, Joana (2009), "Direito Administrativo da Água", in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume II, Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra.

NABAIS, José Casalta (2009), "Tarifa e questões fiscais: competência dos tribunais tributários", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6.

NABAIS, José Casalta (2009), *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra.

PATO, João Howell, *História das políticas públicas de abastecimento de águas em Portugal*, www.ersar.pt.

VASQUES, Sérgio (2009), *Regime geral das taxas locais: introdução e comentário*, Almedina, Coimbra.

VASQUES, Sérgio (2011), *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra.

SOBRE OS AUTORES



Alexandra Leitão

Licenciada (1995), Mestre (2001) e Doutora (2011) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.



Amadeu Ferreira Rocha

Licenciado em Economia pela Universidade do Porto (1985). Pós-graduado em Gestão e Administração Pública na Universidade do Minho (1993). Mestre em Administração Pública (Universidade do Minho, 1998). Vogal do Conselho de Administração da APDL – Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A.



Ana Luísa Guimarães

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1999). Pós-graduada em Contencioso Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2006). Mestre em Direito pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2011). Inscrita na Ordem dos Advogados desde 2001. Advogada no Núcleo de Direito Público da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL desde 2008.



André Folque

Licenciado (1990) e Mestre (2001) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde exerceu funções entre 1996 e 2010. Docente convidado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Coordenador na Provedoria de Justiça na área de assuntos urbanísticos, ambientais e de ordenamento do território.



António Leitão Amaro

Licenciado em Direito (2003) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (2007) pela Universidade de Harvard, EUA. Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior Técnico. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Deputado à Assembleia da República na XI e XII Legislaturas.



Dalila Romão

Licenciada em Direito (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pósgraduada em Direito Comercial Internacional – Contratos Internacionais a Arbitragem (2004/2005), em Direito dos Contratos Públicos (2007) e em Direito da Água (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados Portuguesa desde 2000. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (SP) desde 2003. Advogada na Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL.



Diogo Faria de Oliveira

Licenciado em Engenharia Civil pelo Instituto Superior Técnico, com especialização em Hidráulica, Recursos Hídricos e Ambientais. Pós-graduado em “Melhoria do Rendimento de Sistemas de Distribuição de Água”, pela Universidade Internacional Menéndez Pelayo, Espanha. Pós-graduado em “Executive Management Program”, pela Universidade de Stanford, EUA. Administrador Executivo da Aquapor (desde 2001). Presidente do Conselho Diretivo da Associação das Empresas Portuguesas para o Sector do Ambiente (AEPSA).



Jaime Fernando de Melo Baptista

Licenciado em Engenharia Civil pela Universidade do Porto (1975). Especializado em Engenharia Sanitária na Universidade Nova de Lisboa (1977). Investigador-Coordenador do Laboratório Nacional de Engenharia Civil, onde dirigiu o Núcleo de Hidráulica Sanitária (1984 a 1989) e o Departamento de Hidráulica (1990 a 2000). Presidente da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).



João Simão Pires

Licenciado em Economia pela Universidade Católica Portuguesa (1992). MBA com especialização em Finanças e Estratégia na William E. Simon Graduate School of Business Administration, Universidade de Rochester, EUA (1997). Docente convidado na Universidade Católica Portuguesa desde 2004, nas Licenciaturas de Gestão e Economia.

Vogal do Conselho Diretivo da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (2006 a 2010). Diretor executivo da Parceria Portuguesa para a Água, associação vocacionada para a projeção internacional do “cluster da água” português.



João Miranda

Licenciado (1995), Mestre (2001) e Doutor (2011) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados Portuguesa desde 1997. Advogado na FALM – Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL.



José Mário Ferreira de Almeida

Licenciado (1982) e Mestre (1989) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde exerceu funções docentes entre 1982 e 1996. Docente convidado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Advogado especialista em Direito Administrativo e Senior Partner da FALM - Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL. Secretário de Estado Adjunto e do Ordenamento do Território do XV Governo Constitucional.



Mark Bobela-Mota Kirkby

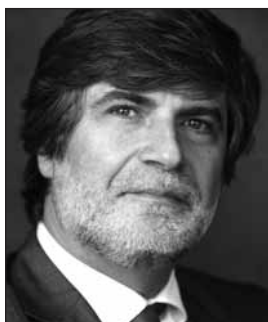
Licenciado (1996) e Mestre (2007) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde exerceu funções docentes entre 1996 e 2010. Docente convidado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

É, desde 2008, sócio da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL, tendo a seu cargo as áreas da contratação pública e de projetos públicos.



Rui Godinho

Licenciado em Engenharia Química Industrial pelo Instituto Superior Técnico. Pósgraduado em Engenharia Sanitária pela Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa. Especialista em Engenharia Sanitária pela Ordem dos Engenheiros e membro dos colégios de Engenharia Química e Engenharia do Ambiente da Ordem. Presidente do Conselho Diretivo da Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas (APDA) desde abril de 2009.



Rui Medeiros

Licenciado (1987), Mestre (1991) e Doutor em Direito (1999) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, onde foi Diretor (2002 a 2005). Sócio da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL. Membro do *European Group of Public Law*.



Sandra Cristina Pereira Guerreiro

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2002). Pós-Graduada em Legística e Ciência da Legislação (2003/2004) e em Direito da Água (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada na FALM - Ferreira de Almeida, Luciano Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

Direito da água

O presente Curso técnico reúne textos das intervenções proferidas pelos oradores no ano de 2012 na conferência sobre “O futuro dos serviços públicos de água” realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no curso de pós-graduação sobre direito da água, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da mesma Faculdade, e trabalhos apresentados por participantes no referido curso.

Este terceiro número da Série “Cursos técnicos”, coordenado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e publicado pela ERSAR, procura responder à escassez de textos jurídicos sobre temáticas ligadas ao direito da água, tentando também assegurar a interdisciplinaridade, mediante a integração de textos com uma perspetiva não estritamente jurídica.

A obra encontra-se organizada em cinco partes fundamentais: modelos de governação dos serviços públicos de águas; recursos hídricos e ordenamento do território; domínio público hídrico; a contratação pública no setor da água; e o regime económico-financeiro dos recursos hídricos. Naturalmente, os temas versados na presente publicação não esgotam o leque de matérias suscetível de ser enquadrado num estudo de direito da água. Os diferentes artigos constituem pontos de partida para as diversas temáticas e contributos para o lançamento de reflexões num setor que se encontra sujeito a uma permanente atualização.



Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Centro Empresarial Torres de Lisboa
Rua Tomás da Fonseca, Torre G, 8.º andar – 1600-209 LISBOA
geral@ersar.pt – www.ersar.pt