



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O Contrato de Concessão de Serviço Municipal de Água

O Preço do Serviço Numa Perspetiva de Direito Regulatório e de Resolução
Judicial de Litígios

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)*

*Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Administrativo
Dissertação Orientada por: Senhor Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves*

Joana Catarina Neto dos Anjos

Coimbra, 2015

Índice

Agradecimentos	5
Siglas e Abreviaturas	6
Introdução	8
Parte I – O Serviço Público de Água: Gestão Municipal Concessionada	11
Capítulo I: O Serviço de Água como Serviço Essencial e Monopolístico.....	11
1. A Água como Serviço de Interesse Económico Geral	11
2. O Serviço de Água como um Serviço de Rede	15
Capítulo II: O Serviço de Água em Portugal	18
1. A Evolução do Setor da Água em Portugal.....	18
2. A Complexidade e a Dinâmica na Gestão Dos Serviços de Águas.....	22
2.1. Gestão Direta do Serviço	25
2.2. Gestão Delegada do Serviço	25
2.3. Gestão Concessionada do Serviço	26
3. A Contratualização da Gestão do Serviço Municipal de Água	27
3.1. Contrato de Concessão de Serviço Público	27
3.2. Parceria Público-Privada do Tipo Contratual	31
Parte II - A Questão Tarifária numa Perspetiva de Direito Administrativo e Regulatório.	36
Capítulo I: Sujeitos do Contrato de Concessão e Intervenção Regulatória	36
1. A Relação de Direito Administrativo entre Concedente e Concessionário.....	36
1.1. Contrato de Direito Administrativo Sujeito às Regras de Direito Administrativo	36
1.2. Relação Trilateral ou <i>Dimensão Tridimensional</i> do Contrato de Concessão	38
2. A Intervenção Regulatória da ERSAR enquanto Autoridade Independente.....	41
2.1. O Surgimento do Estado Regulador e de Garantia	41
2.2. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos	44
3. A Regulação Económica no Setor da Água	47
3.1. Regulação Comportamental das Entidades Gestoras.....	47
3.2. Regulação Económica e Política Tarifária.....	49

Capítulo II: O Contrato de Concessão e a Regulação por Agência	52
1. Regulação por Contrato e Intervenção de um Entidade Terceira.....	52
1.1. Regulação por Contrato <i>Lato Sensu e Stricto Sensu</i>	53
1.2. Regulação por Agência.....	55
2. Poder Regulamentar da ERSAR e Intervenção ao Nível Tarifário.....	56
3. Principais Questões a Resolver	59
3.1. Legitimidade de Intervenção ao Nível Local.....	59
3.1.1. A Autonomia do Poder Local	60
3.1.2. Tutela Substitutiva do Governo sobre as Autarquias.....	63
3.2. Intervenção Regulamentar – Determinação <i>Ex Ante</i> e Controlo <i>Ex Post</i>	67
3.2.1. Determinação <i>Ex Ante</i> das Tarifas e Controlo <i>Ex Post</i>	67
3.2.2. O Sistema de Titularidade Estatal e o Sistema de Titularidade Municipal no Regulamento Tarifário	69
3.3. Financiamento do Serviço e Partilha de Riscos.....	71
Capítulo III: A <i>Regulação Normativa Pública Convencionada</i> como Instrumento de Intervenção.....	76
1. O <i>Contrato Regulatório</i> como Mecanismo de Regulação	76
1.1. Noção e Função de <i>Contrato Regulatório</i>	77
1.2. O <i>Contrato Regulatório</i> no Setor da Água.....	80
1.3. O <i>Contrato Regulatório</i> como Solução ao Nível do Direito Comparado.....	84
2. Aplicação Prática da Solução Proposta	85
2.1. Reforço da Legitimidade e Abertura à Consensualidade.....	86
2.2. A Escolha do Contraente Privado e o Procedimento Concursal.....	89
2.2.1. O Contrato de Concessão nas Diretivas Europeias de Contratação Pública	89
2.2.1. O Preço do Serviço enquanto Critério de Adjudicação	92
2.3. Manutenção do Contrato e Reposição do Equilíbrio Financeiro	95
2.3.1. Relatório do Tribunal de Contas e Posição da ERSAR	95
2.3.2. Reforço da Intervenção da ERSAR na Manutenção dos Contratos e na Reposição do Equilíbrio Financeiro.....	98

3. Vantagens e Perigos do <i>Contrato Regulatório</i>	103
Parte III - A Questão Tarifária numa Perspetiva de Direito do Consumo	106
Capítulo I: Relevância Jurisprudencial da Questão	106
1. Da Questão a Tratar	106
2. Contornos Jurisprudenciais	107
Capítulo II: A Natureza da Relação entre Concessionário e Utente	113
1. A Relação de Consumo entre Concessionário e Utente	113
2. O Estatuto do Utente do Serviço de Águas	115
3. Posição Perfilhada	119
Capítulo III: Obrigação das Partes: Em Especial a Obrigação de Pagamento do Preço Devido	122
1. Os Preços Municipais	122
2. O Preço do Serviço Concessionado	126
Capítulo IV: A Questão da Jurisdição Competente	130
1. A Competência dos Tribunais Judiciais	130
2. O Processo de Execução Fiscal	132
3. Solução Proposta	134
3.1. Competência de <i>Iure Constituto</i>	134
3.2. Competência de <i>Iure Condendo</i>	136
Conclusão	139
Bibliografia e Documentos Consultados	142
Obras	142
Documentos da União Europeia e Relatórios	157
Jurisprudência	160

Agradecimentos

Ao Senhor Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves, pela excelente orientação e por todo o incentivo e apoio, bem como pelo nível de exigência que, através do seu exemplo, aprendi a impor em tudo o que faço.

Ao CEDIPRE, na pessoa do Senhor Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves, do Senhor Prof. Doutor Licínio Lopes Martins e da Luciana Lobão, pela inigualável oportunidade de aprendizagem e crescimento, quer profissional quer pessoal. Às minhas colegas investigadoras, pela amizade e companheirismo.

Ao Dr. João Simão Pires, à Dra. Alexandra Cunha e à Dra. Isabel Andrade, da ERSAR, pela indispensável ajuda e oportunidade de conhecer o direito regulatório aplicado na prática.

Aos meus Pais e Irmão, pelo amor, motivação e paciência. À minha Avó e à Graça, pelo carinho e preocupação constantes.

À Maria João, pela amizade de tantos anos, pelo apoio, fugas e gargalhadas, sempre. À Ana e à Catarina, por serem as amigas que levo para a vida. Ao Leonardo, pela motivação durante este meu percurso.

E um especial agradecimento à minha Mãe, pelo enorme carinho e paciência de ler tudo o que escrevo.

Siglas e Abreviaturas

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

ARN – Autoridade Reguladora Nacional

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CA – Código Administrativo

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEE – Comunidade Económica Europeia

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

CNADS - Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPPT – Código de Processo e Procedimento Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DRL - Revista de Direito Regional e Local

EG – Entidade gestora

EPPPL - European Public Private Partnership Law Review

ERSAR - Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

INSAAR - Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais

JLE - Journal of Law and Economics

JOCE – Jornal Oficial da União Europeia

Julgar – Revista Julgar

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

LFL – Lei das Finanças Locais

LGT – Lei Geral Tributária

n.r. – Nota de rodapé

NwJILB - Northwestern Journal of International Law & Business

NwULR - Northwestern University Law Review

P. – Processo

p. – Página(s)

PPP – Parceria Público-Privada

RAP - Revista de Administración Publica

RASARP - Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal

RCP – Revista de Contratos Públicos

RDPR – Revista de Direito Público e Regulação

RGTAL - Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RTDC - Revue Trimestrielle de Droit Civil

ss. - seguintes

SAS – Serviço de Água e Saneamento

SIEG – Serviços de Interesse Económico Geral

SISS - Superintendencia de Servicios Sanitarios

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TdC – Tribunal de Contas

TIR - Taxa interna de rendibilidade

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

VaLR - Virginia Law Review

Introdução

A presente Dissertação de Mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Administrativo, visa fundamentalmente tratar o tema da gestão concessionada do serviço público de abastecimento de água e, particularmente, as questões de política tarifária que se colocam a nível dos contratos municipais de concessão de serviços públicos.

O serviço de abastecimento público de água e o saneamento de águas residuais urbanas “*constituem serviços públicos de carácter estrutural, essenciais para o funcionamento do tecido social e económico, bem como para a proteção e melhoria da saúde pública e do ambiente*”¹ e suscitam questões muito particulares. Este é um sector dinâmico mas também complexo, com um número muito elevado de entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, com modelos de gestão, dimensão e capacidade muito diferenciados, pelo que se torna necessário examinar e compreender quais os novos quadros e modelos regulatórios que asseguram “*uma progressiva melhoria das condições de acesso a ambos os serviços por todos*” e que garantem uma crescente sustentabilidade “*nas suas vertentes económica, financeira e social*”².

Assim, e partindo de um modelo de gestão privada do serviço público municipal de abastecimento de água, onde a gestão do serviço público é feita por organizações de direito privado através de contrato de concessão de serviço público, este trabalho de investigação encontra-se dividido em três partes distintas: uma primeira parte centrada na análise do setor de abastecimento de água enquanto serviço público essencial e serviço de rede; uma segunda parte focada no exame de questões tarifárias e de regulação económica do ponto de vista da relação que se estabelece entre concedente, concessionário e regulador do serviço; e uma terceira parte em que a política tarifária será perspectivada numa dimensão de direito privado, enquanto relação que se estabelece entre concessionário e utente do serviço público.

¹ PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. II, 2014, p. 3.

² *Ibidem*.

Por conseguinte, na Parte I, que corresponde a uma parte geral, far-se-á um breve excursão sobre o setor do *serviço de abastecimento de água*, examinando de que modo este serviço de interesse público evoluiu em Portugal e se abriu gradualmente à iniciativa privada, e analisando os modelos de gestão que neste âmbito podem ser adotados e o tipo de relação de colaboração subjacente. O estudo será direcionado para o setor das águas (que apresenta diferenças estruturais face ao setor dos resíduos) e para a prestação privada desse serviço público através de contratos de concessão.

Num segundo momento, correspondente à Parte II, serão analisados os principais problemas de ordem económica que se têm vindo a colocar ao nível da prestação privada do serviço público de abastecimento de água. A política tarifária será observada a partir da ótica da relação de direito administrativo que se estabelece entre concedente e concessionário, com a intervenção do Estado enquanto Estado Regulador, assente na “*institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e para dirimir os conflitos em domínios setoriais políticos e economicamente sensíveis*”³. Neste contexto, será considerado o papel da ERSAR enquanto verdadeira autoridade administrativa independente com poderes de regulação do setor.

Pretende-se, assim, examinar o modo como o regulador deve ser chamado a intervir para “*assegurar a regulação económica das entidades gestoras, garantindo a prática de preços, que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do serviço, permitam assegurar a viabilidade económica e financeira dessas entidades*”⁴, fazendo a necessária distinção entre regulação por contrato e regulação por agência. Considerando a atual intervenção da ERSAR ao nível da regulamentação tarifária, abordar-se-ão as principais questões que a este nível se levantam, nomeadamente: (i) a legitimidade desta entidade para se impor ao nível do poder local, mais concretamente na regulação dos sistemas de águas “*em baixa*”; (ii) a competência para a determinação tarifária regulamentar *ex antes* e o tipo de controlo *ex post*; (iii) o tipo de intervenção na

³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*, in *RDPR*, n.º 1, Cedipre, 2009, p. 99.

⁴ Conforme se pode ler do DL n.º 277/2009, de 2 de outubro, diploma que aprovou a orgânica da ERSAR, I. P., entretanto revogado pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março.

manutenção do contrato de concessão e na partilha de riscos entre contraente público e cocontratante privado, considerando o modelo de parceria público-privada subjacente.

Será ainda considerada a noção de *contrato regulatório* enquanto contrato passível de ser celebrado entre o regulador e a entidade concessionária, inserível na noção mais ampla de regulação por contrato, e que, à semelhança do que se verifica noutros países, se assume como um mecanismo apropriado para colocar em prática uma estratégia regulatória no domínio tarifário. O propósito é salientar e dar ênfase ao modo como a ERSAR deve intervir no que toca à determinação dos preços dos serviços, perante a relação que se estabelece entre entidade concedente e entidade gestora, com o objetivo de alcançar um equilíbrio entre a tutela dos consumidores e o incentivo ao investimento.

Por fim, na Parte III serão examinadas questões tarifárias que têm vindo a ser colocadas no setor do abastecimento de água às populações, mas já fora da relação entre concedente e concessionário.

Começando por analisar uma questão repetidamente colocada ao Tribunal de Conflitos – a de saber se a ação judicial para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal é da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal (mais concretamente, dos tribunais tributários) ou dos tribunais da jurisdição comum – o foco voltar-se-á depois para as relações contratuais que se estabelecem entre entidade concessionária e utentes do serviço, as obrigações das partes e a competência jurisdicional para conhecimento de ações relativas a cumprimento de dívidas resultantes do serviço de abastecimento de água.

A presente dissertação parte, assim, de um núcleo comum formado pelas questões tarifárias que se colocam no domínio da gestão concessionada do serviço municipal de abastecimento de água, mas que é analisado de dois prismas distintos: por um lado, a relação contratual e de direito administrativo que se estabelece entre entidade concedente e concessionária, com uma necessária intervenção regulatória, e, por outro lado, a relação de consumo que se verifica entre operador económico e utente do serviço.

Pretendemos, deste modo, dar resposta a problemas atuais e prementes, conciliando a ótica da concessão do serviço público de abastecimento de água na sua vertente contratual com a visão de um setor sujeito a regulação económica e social face ao seu impacto no bem-estar geral das populações.

PARTE I – O SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA: GESTÃO MUNICIPAL CONCESSIONADA

Capítulo I: O Serviço de Água como Serviço Essencial e Monopolístico

1. A Água como Serviço de Interesse Económico Geral

“The General Assembly (...) recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights”⁵.

A presente dissertação visa discutir alguns temas de direito regulatório que se colocam ao nível da prestação privada de serviços públicos, mais concretamente no âmbito dos *serviços concessionados de água*. Com tal propósito, pretende-se demonstrar o cariz público e essencial deste tipo de serviço, o modo como o setor cresceu e se desenvolveu em Portugal e em que moldes este serviço, tradicionalmente municipal, é hodiernamente prestado por privados, principalmente através de contratos de concessão.

Pela importância fundamental que o produto água para consumo assume para a vida do Homem, este foi desde cedo classificado como bem público e bem comum por todas as sociedades. Com efeito, e ao contrário do que sucede com outros bens e produtos essenciais, e até com serviços que materializam outros direitos fundamentais do Homem, para a água não há geralmente mais do que um fornecedor em cada parcela do território e não existem produtos sucedâneos idóneos. Por esse motivo, a atividade de abastecimento de água às populações⁶ é um setor que não se confunde com qualquer outro setor de

⁵ Retirado da Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010. Antes disso, o direito à água tinha sido já formalizado em parte no *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment*, n.º 15, de 2002, e consagrado no 2005–2015 *UN International Decade for Action on ‘Water for Life’*. Pouco depois da Resolução A/RES/64/292, em setembro de 2010, o Conselho das Nações Unidas para os Direitos do Homem confirmou que o direito à água consubstancia um imperativo legal, que os Estados devem respeitar e fazer cumprir.

⁶ Que se inclui no setor do *saneamento básico*, ao lado do saneamento das águas residuais urbanas e a recolha, valorização, tratamento e deposição final dos resíduos sólidos urbanos.

atividade económica nem com qualquer outro serviço de interesse económico geral⁷.

Em virtude das características dos produtos e dos serviços em si mesmo considerados que engloba, a atividade de abastecimento de água assume-se como uma verdadeira atividade de *interesse geral*, satisfazendo as necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer sejam económicas, sociais ou culturais, e cuja existência é essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos⁸. Nestes moldes, o serviço de abastecimento de água é passível de sofrer diversas classificações: desde logo, é tido com um verdadeiro *serviço público de carácter estrutural*, essencial ao “*bem-estar geral, à saúde pública e à segurança coletiva das populações, às atividades económicas e à proteção do ambiente*”⁹. Para além disso, é considerado como verdadeiro *serviço público de natureza económica e social*, já que visa a satisfação de necessidades coletivas individualizáveis de cariz económico das populações¹⁰, e ainda como *serviço de interesse económico geral (SIEG)*¹¹, ou seja, como serviço de natureza económica que os Estados sujeitam a obrigações específicas de serviço público em virtude de um critério de interesse geral¹².

⁷ IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. II, 2008, p. 1-2.

⁸ Tal como consta do primeiro considerando da Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000 que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, “*a água não é um produto comercial como outro qualquer, mas um património que deve ser protegido, defendido e tratado como tal*”. O produto água é muitas vezes ilustrado como o “*paradoxo da água e do diamante*”, que nasce da teoria clássica do valor enunciada por Adam SMITH: “*não há nada de mais útil que a água, mas ela não pode quase nada comprar; dificilmente teria bens com os quais trocá-la. Um diamante, pelo contrario, quase não tem nenhum valor quanto ao seu uso, mas se encontrará frequentemente uma grande quantidade de outros bens com o qual trocá-lo*”.

⁹ IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, p. 2.

¹⁰ Na formulação de Marcello CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almeida, 1980, p. 1069 e ss.) os serviços de distribuição de água, bem como de energia eléctrica ou de gás, entre outros, são *serviços públicos de carácter industrial ou comercial*, ou seja, são serviços que criam utilidades que correspondem à satisfação de necessidades individuais, podendo ser alvo de faturação detalhada e que são, por isso, usualmente financiadas por um preço (tarifa) paga pelos utentes do serviço. Da natureza deste preço trataremos na nossa Parte III.

¹¹ Ainda que a classificação dos serviços de saneamento básico como SIEG não seja pacífica em todos os países, nomeadamente ao nível da UE, onde se verificam situações muito especiais, em que o fornecimento de água se aproxima do gratuito, em virtude da sua abundância, (por ex., na Irlanda e na Áustria), o que é certo que é serviços de saneamento básico são SIEG, desde que a estes se imponha a condição de autossustentabilidade, que ocorre na maioria dos países. *Vide*, a este propósito, Rui Cunha MARQUES, *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: uma perspectiva internacional*, Lisboa: ERSAR, 2011, p. 31.

¹² A noção de SIEG abrange certos serviços fornecidos pelas grandes indústrias de rede, tais como: transportes, eletricidade, água, gás, serviços postais, comunicações electrónicas e radiodifusão. Nos termos do art. 106.º do TFUE, “*as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou*

Estamos, deste modo, perante uma nova versão dos tradicionais “*serviços públicos*”, conforme explica Vital Moreira, mediante os quais os poderes públicos (Estado e municípios) garantiam a todos os cidadãos um núcleo de serviços essenciais à vida, como a água, a energia, transportes coletivos, telecomunicações, etc. Com o movimento de liberalização e privatização iniciado nos anos 80, e que veremos em pormenor *infra*, a Comunidade Europeia veio impor a abertura destes mercados à concorrência, “*impondo ou admitindo que os Estados impusessem determinadas “obrigações de serviço público”*”¹³. No que toca concretamente ao serviço de abastecimento de água¹⁴, este deve obedecer a um conjunto de obrigações de serviço público, como a universalidade, a equidade, a acessibilidade, a continuidade e a adaptabilidade, e deve ser prestado de acordo com certas exigências de boa conduta, como a transparência da gestão, do sistema tarifário e do financiamento¹⁵.

Entre nós, o serviço de abastecimento de água é ainda classificado pelo legislador¹⁶ como um *serviço público essencial*, que permanece sob titularidade e

que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada”. Como explica Suzana Tavares da SILVA (*Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17 e ss), a autonomização dos SIEG no direito europeu apresenta-se como “*sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos*”, que traduz uma nova proposta de “*garantia de bem-estar e da coesão social a partir do mercado*”.

¹³ MOREIRA, Vital, “*Serviços de Interesse Económico Geral*” e Mercado, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 63 e ss.

¹⁴ É de notar que no domínio dos *serviços de interesse económico geral* se incluem as atividades de abastecimento de água, saneamento de águas residuais, bem como resíduos urbanos, tal como foi expressamente consagrado com a Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, que alterou e republicou a Lei n.º 23/96, de 26 de julho. Até à entrada em vigor deste diploma, apenas eram considerados serviços públicos essenciais o serviço de fornecimento de água, o serviço de fornecimento de energia eléctrica e o serviço de fornecimento de gás. Com esta alteração, passaram a ser igualmente considerados o serviço de recolha e tratamento de águas residuais bem como o serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos (*cf.* as als. f) e g) do art. 1.º n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho).

¹⁵ *Cf.*, a este propósito, MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 508, e ALMEIDA, José Nunes, *Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Porto: Vida Económica, 2014, p. 25.

¹⁶ Tal como se encontra vertido no art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (com a última alteração legislativa da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro), “*a presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente*”, sendo o serviço de fornecimento de água previsto no n.º 2, alínea a), como um dos “*serviços públicos abrangidos*”. O DL n.º 194/2009, de 20 de agosto (com as recentes alterações da Lei n.º 12/2014, de 6 de março), veio entretanto explicitar o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos.

responsabilidade estatal ou municipal^{17 18}.

Assim, é precisamente por manterem titularidade pública (estatal ou municipal, como veremos) que estes *serviços de interesse económico geral* são muitas vezes prestados pela própria Administração Pública, de modo direto ou indireto. No entanto, considerando a vantagem de possibilitar ao Estado a prestação de serviços essenciais sem recurso a financiamento público e sem os riscos inerentes ao empreendimento, tem-se optado, cada vez mais, pela delegação de serviços públicos comerciais e industriais a empresas privada. A prestação do serviço de abastecimento de água às populações é um serviço público que se mantém na titularidade do Estado, mas que pode ser prestado tanto pela Administração Pública como por entidades privadas no âmbito, nomeadamente, de contratos de concessão. O Estado (ou as autarquias locais) mantém a titularidade do serviço mas não se envolve na sua gestão efetiva¹⁹.

Vejamos, então, neste capítulo introdutório, de que modo evoluiu o setor de abastecimento de água em Portugal, os seus contornos dinâmicos e complexos, e, em particular, de que modo deve ser compreendido o atual modelo de gestão concessionada de serviço de fornecimento de água às populações.

¹⁷ Estes serviços surgem por contraposição aos *serviços públicos de carácter administrativo*, relativos às funções soberanas do Estado.

¹⁸ O conceito de serviços públicos é, atualmente, uma das mais nucleares e controversas noções do Direito Público, uma vez que se torna necessário deslindar se devem ser considerados como tal apenas os serviços públicos de titularidade estatal ou se a sua noção deve abranger também as atividades privadas que, pela sua importância, estão igualmente sujeitas a uma rígida e constante conformação do poder público. Neste sentido, *cf.* PINTO, Bilac, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 72. Também já em 1997, Laurent RICHER (*Service Public et Intérêt Prive*, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997, p. 293) afirmava que “*o grande influxo da política e das ideologias sobre a noção de serviço público é uma das causas da sua aparente crise*”.

¹⁹ GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 183.

2. O Serviço de Água como um Serviço de Rede

*“As falhas de mercado dos SAS (...) justificam a intervenção do Estado na regulação destes serviços para defesa do interesse público. A mão invisível do mercado nos serviços de rede de infra-estruturas não é eficaz e, por conseguinte, o Estado tem de intervir, definindo regras e controlando e supervisionando a sua instituição e funcionamento.”*²⁰

Os serviços de águas e resíduos, pela importância que assumem para os cidadãos, pelo facto de serem prestados em regime de monopólio (natural ou legal, de cariz local ou regional) e pela sua estrutura em rede que requer o uso do direito de propriedade para fins de utilidade pública (*public utilities*), constituem exemplos clássicos de serviços de interesse geral que requerem regulação pública.

O setor das águas – que se subdivide em dois serviços distintos, de abastecimento de água para consumo humano e de saneamento de águas residuais urbanas – constitui, do ponto de vista da estrutura do mercado, um caso típico de indústria de rede, quer ao nível da atividade “*em alta*”, quer ao nível da atividade “*em baixa*”, traduzindo a gestão destas infra-estruturas situações de monopólio natural^{21 22}. E é precisamente esta tendência para a concentração económica (que terá diferentes causas e diferentes consequências sociais e políticas, nomeadamente ao nível do bem-estar social) que exige que a Administração prestadora se transforme numa Administração-Árbitro dos interesses privados envolvidos no mercado²³ e que garanta mecanismos de funcionamento da concorrência e a satisfação das necessidades básicas de todos os cidadãos.

Contrariamente ao que se verifica noutros serviços de rede, como os serviços de eletricidade ou de gás, no setor da água torna-se difícil, por força das suas especiais características, introduzir concorrência no mercado. Estes são serviços insubstituíveis, já

²⁰ MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos serviços...*, p. 33.

²¹ In RASARP, vol. 1, *Caracterização geral do sector*, 2012, p. 23 e ss.

²² Já no caso do setor dos resíduos, apesar de não existir um caso típico de monopólio natural por não se tratar de uma indústria de rede, ainda assim os serviços de gestão de resíduos são prestados em regime de monopólio legal.

²³ SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral*, in *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, n.º 20, 2005, p. 178.

que o abastecimento de água não tem alternativa viável, e são serviços com produtos heterogêneos, na medida em que as propriedades da água variam no tempo e no espaço.

Para além disso, do ponto de vista de estrutura do mercado, apresentam potenciais economias de escala, já que os custos unitários de produção são decrescentes para quantidades crescentes de procura, ainda que apenas até uma determinada dimensão (a partir da qual existem deseconomias)²⁴; apresentam potenciais economias de gama, dado que os custos unitários de produção tendem a decrescer com a diversificação de atividades com características similares; e ainda potenciais economias de processo, atenta a adequação do nível de integração vertical dos serviços, “*desenvolvendo as entidades gestoras a sua atividade nas diversas etapas de produção necessárias para transformar a matéria-prima em determinados bens e serviços, desde a captação à distribuição no abastecimento de água e da drenagem à rejeição no saneamento das águas residuais*”²⁵.

A principal característica desta indústria de rede é, assim, a existência de rendimentos crescentes à escala em todo o nível de produção relevante²⁶. A entrada de novos *players* neste mercado revela-se muito condicionada, já que as economias de escala associadas ao monopólio natural conduzem a que cada mercado apenas suporte uma única entidade gestora, reduzindo a possibilidade de competição e, por conseguinte, a ausência de auto-regulação que caracteriza os mercados concorrenciais.

Encontramo-nos, deste modo, perante mercados caracterizados por falhas (*market failures*) e que devem “*em prol do interesse público, ser sujeitos a uma mão visível externa que permita a sua mitigação*”²⁷. A intervenção do Estado surge, portanto, em nome da defesa do interesse público, sendo necessária para a proteção dos interesses dos utilizadores, principalmente para o controlo dos preços e da qualidade do serviço. Por serem serviços de infra-estruturas que prestam um serviço coletivo aos cidadãos, de natureza essencial, não podem funcionar sem regulação, pelo que o Estado tem de intervir,

²⁴ É de salientar que aos serviços de água e resíduos em cada país ou região corresponderá uma dimensão ótima que, quando ultrapassada, dá origem a deseconomias de escala (rendimentos à escala decrescentes).

²⁵ BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória Integrada (ARIT-ERSAR) para os Serviços de Águas e Resíduos*, Série Estudos, n.º 3, Lisboa: ERSAR, 2014, p. 31-32.

²⁶ In RASARP, vol. I, 2012, p. 23.

²⁷ MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos serviços...*, p. 29.

definindo regras e controlando e supervisionado a sua instituição e funcionamento²⁸. E a mão invisível do mercado nos serviços de rede de infra-estruturas não é eficaz, porquanto os serviços de águas e resíduos são serviços aptos à ineficiência e à vida calma (*quiet life*), exigindo incentivos para se tornarem mais eficientes e inovadores²⁹.

Nestes termos, e ainda que os regimes de regulação tenham surgido inicialmente associados à privatização de monopólios naturais, a sua evolução mais recente determinou o aumento da sua abrangência e a sua associação à organização da produção e da prestação de serviços de interesse económico geral. Reconhece-se que a função de regulação deve ser exercida independentemente da natureza pública ou privada das entidades prestadoras do serviço e que deve ser tida como uma garantia não só dos interesses dos consumidores, como, também, de sustentabilidade económica ou financeira dessas mesmas entidades.

Em suma, e considerando o progressivo movimento de privatização³⁰, o desafio que se coloca hodiernamente ao decisor público é o de regulação eficiente dos mercados dos setores em rede, já que as características intrínsecas a estes setores impedem a aplicação dos paradigmas da concorrência perfeita na sua análise concorrencial³¹. Desta intervenção regulatória trataremos no capítulo I da nossa Parte II.

²⁸ Exige-se, portanto, a intervenção de “*uma forma de regulação que permita ultrapassar a inexistência de mecanismos de autorregulação que caracterizam os mercados concorrenciais*”. Cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, Série Guias Técnicos, 2012, p. 23. Como escreve Christopher DECKER (*Modern Economic Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 4), os operadores económicos de *public utilities*, se deixados sem regulação, “*comportam-se de formas que se revelam ineficientes sob a perspetiva do bem estar social*”. Sobre o controlo do poder monopolístico, cf. BREYER, Stephen, *Regulation and its reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 15 e ss.

²⁹ “*A necessidade de assegurar a todos os cidadãos o acesso a tais serviços em condições de igualdade, garantindo a sua prestação universal, com qualidade, regularidade e continuidade, impôs a sua regulamentação intensa, designadamente através da imposição aos operadores de determinadas obrigações de serviço universal, cabendo às autoridades públicas a responsabilidade pela imposição e garantia do cumprimento das mesmas*”. Neste sentido, cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 2.

³⁰ É de notar que embora os fenómenos de privatização e de liberalização surjam normalmente associados, não existe coincidência entre os dois conceitos: enquanto que liberalizar implica o fim dos exclusivos ou monopólios estatais na prestação de serviços públicos, já a privatização dos serviços representa a passagem para a esfera privada dos serviços de titularidade estatal. Neste sentido, vide MOREIRA, Vital, *Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral*, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 551.

³¹ Cf. FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001, p. 467

Capítulo II: O Serviço de Água em Portugal

1. A Evolução do Setor da Água em Portugal

Como resulta do exposto, a classificação pública das águas e a sua consequente exclusão do comércio jurídico privado decorre do valor fundamental deste bem para a subsistência e desenvolvimento de qualquer comunidade humana³². Por este motivo, a sua administração pública e a regulação das possibilidades da sua utilização por parte de particulares surgem como corolários naturais.

Atendendo à importância deste setor, até à entrada em vigor do DL n.º 372/93, de 29 de outubro e do DL n.º 379/93, de 6 de novembro, o abastecimento público e a salubridade pública constituíam atribuições das câmaras municipais³³, estando fora da atividade económica privada e reservada ao sector público. Com a CRP de 1976, as leis das atribuições das autarquias locais mantiveram os serviços públicos de água e saneamento essencialmente municipais tendo, entretanto, a Lei n.º 46/77, de 8 de julho (denominada Lei de Delimitação dos Sectores) vedado de um modo absoluto, nos termos das als. c) e d) do seu art. 4.º, a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza o acesso à atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de saneamento básico³⁴.

Só em 1993, e devido à necessária reforma estrutural do setor público decorrente da adesão de Portugal à CEE em 1986, se procedeu à flexibilização dos meios de gestão dos recursos financeiros disponíveis, com o objetivo de aumentar a cobertura dos serviços e melhorar a sua qualidade e eficiência³⁵. Até ao início da década de 90 o modelo quase universal de prestação dos serviços de águas em Portugal (com exceção da EPAL) era a

³² Cf. PATO, João, *Políticas públicas da água em Portugal: do paradigma hidráulico à modernidade tardia*, in *Análise Social*, n.º 206, XLVIII, 2013, p. 60 e 61.

³³ Tal como expressamente consagrado nos arts. 47.º e 49.º do CA de 1940, respetivamente.

³⁴ Este diploma foi entretanto revogado pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, relativa ao acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas.

³⁵ Como explica Raquel CARVALHO (*As concessionárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997, p. 226), a restrição imposta pela Lei n.º 46/77, de 8 de julho, veio a mostrar-se inadequada, já que aqueles eram “setores importantes que careciam das vantagens da iniciativa privada: maior rentabilidade e eficiência, nomeadamente”.

gestão direta à escala autárquica, através de serviços municipais ou municipalizados. A subsequente reestruturação dos setores dos serviços de águas (e resíduos) assentou “essencialmente na convicção da existência de economias de escala ex-ante na criação de sistemas a uma escala territorial regional”³⁶.

Nestes moldes, e em primeiro lugar, o DL n.º 372/93, de 29 de outubro, veio consagrar a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos que possibilitasse o aumento do grau de empresariação no setor, incluindo capitais privados, e que permitisse a aceleração do ritmo de investimento. Posteriormente, o DL n.º 379/93, de 5 de novembro, veio estabelecer o regime legal de gestão e exploração de serviços que tivessem por objeto as atividades de captação, tratamento, e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de afluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (cf. art. 1.º)³⁷.

Assim, e ainda que entre 1976 a 1993 esta atividade tenha estado fora da alçada da atividade económica privada, sendo, portanto, reservada ao setor público, e que só em 1933 tenha havido uma abertura ao setor privado³⁸, o certo é que atualmente, e conforme consta do DL n.º 372/93, de 29 de outubro, é permitida a concessão do serviço por parte do Estado (no caso de sistemas multimunicipais) a empresas que “*resultem da associação de entidades do setor público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas*”, e a concessão por parte do Município (no caso de sistemas municipais) a entidades inteiramente privadas³⁹.

³⁶ PIRES, João Simão, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: Experiências Internacionais*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 18.

³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução legal do setor do saneamento básico, vide MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos...*, p. 511 e ss.

³⁸ É de notar, portanto, que em 1993 se iniciou uma nova fase, que perdura até hoje e tem como principais marcas: “*a) a crescente estadualização (e decrescente municipalização), apoiada na segmentação dos sistemas; b) a empresariação; c) a abertura parcial ao setor privado; d) a implementação, ainda que incompleta, do modelo de concessões; e) o nascimento da regulação administrativa independente*” (AMARO, António Leitão, *Perspectivas de Reorganização Institucional dos Serviços de Água*, in *Direito da Água*, Série Estudos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 48-49).

³⁹ Nos termos do art. 1.º, al. a), da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas (alterada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho), as atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais, continuam vedadas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, salvo quando concessionadas.

Conforme ensinam Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, estas alterações legislativas procederam à distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais de serviço de saneamento básico, nos termos do art. 4.º, n.º 2, daquele último diploma. Por conseguinte, “aquilo que até aí tinha sido um serviço de âmbito local, da órbita municipal, ganhou também uma vertente nacional, da órbita do Estado”⁴⁰. O que significa que se passou de um modelo exclusivamente local para um modelo misto público e local no que respeita à titularidade do serviço público⁴¹.

Atualmente a responsabilidade pelo provisionamento dos serviços de águas é, assim, de natureza pública, constituindo atribuição dos municípios ou do Estado⁴² nos termos da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, do DL n.º 92/2013, de 11 de julho⁴³ e do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto⁴⁴, mas pode ser prestado por privados com base num contrato de concessão. Estes serviços, que se encontram, por via de regra, na titularidade das entidades coletivas locais de base territorial, passam a ser prestado segundo a lógica de mercado, mas será sempre o Estado a disciplinar a atuação dos agentes do mercado e a supervisionar e a fiscalizar o cumprimento dessas regras⁴⁵, dado que o serviço não sai da sua titularidade⁴⁶.

⁴⁰ *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: Coimbra Editora, 2004, p. 25.

⁴¹ As grandes leis de municipalização têm permitido, ao nível dos países europeus, uma intervenção direta das comunidades locais na economia. Com efeito, em 1903 estabelecia-se em Itália, com a *Lei Giolitti*, uma lista não exaustiva de serviços público que podiam ser gerenciados pelos municípios por controle direto ou sob regime de concessão; em Espanha, o Estatuto Municipal *de Calvo Sotelo*, datado de 8 de março de 1924, também veio permitir a gestão direta, incluindo em regime de monopólio, de diversos serviços municipais. Já na Alemanha e em Inglaterra o movimento de municipalização ou de intervenção direta dos poderes públicos ao nível da organização e gestão dos serviços públicos é anterior: na Alemanha esta intervenção remonta ao séc. XVII e em Inglaterra ao final do séc. XIX, com o movimento do socialismo fabiano. Neste sentido, vide COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Paris: LGDJ, 2007, p. 25 e ss.

⁴² Na Europa, em regra, o modelo de gestão dos serviços de saneamento básico é o público-local, com grande peso dos sistemas municipais; no entanto, e como já vimos, a titularidade do serviço pode estar na esfera do Estado, no caso dos sistemas multimunicipais, pelo que o modelo atual deverá ser tido como modelo público misto. Vide, a este propósito, MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *cit.*, p. 28.

⁴³ Onde se prevê o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e tratamento de resíduos sólidos.

⁴⁴ Que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

⁴⁵ Como escreve Maria João ESTORNINHO (*Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in *Direito e Justiça*, vol. especial, 2005, p. 22), ao nível das concessões, “o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e de controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída

A gestão do serviço pode, assim, ser pública ou privada⁴⁷.

Vejamos então, ao nível do nosso ordenamento jurídico, quais os possíveis contextos em que são prestados os serviços de fornecimento de água às populações.

por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização”.

⁴⁶ Como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Controlo público prévio de atividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusion sobre consumidores y usuários*, Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 86 e 87), o que existe aqui não é “*um controlo público de atividades privadas; presente está antes um fenómeno de “exercício privado de atividades públicas”*. Este último fenómeno pertence a uma província (setor público) oposta àquela em que se desenvolve o controlo público de atividades privadas (setor privado)”.

⁴⁷ A propriedade do serviço permanece, portanto, pública. Com efeito, e com exceção do modelo consagrado em Inglaterra e no País de Gales, onde a propriedade do serviço é privada, nos restantes países da União Europeia a propriedade é pública. Sobre a privatização da indústria da água em Inglaterra em 1986, em virtude dos enormes investimentos exigidos para cumprir os *standards* de qualidade, vide GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 224 e ss.

2. A Complexidade e a Dinâmica na Gestão Dos Serviços de Águas

“A análise dos principais intervenientes, sejam eles entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, entidades prestadoras de serviços complementares, entidades da Administração Central e entidades representativas da sociedade civil, revela um sector dinâmico mas também complexo, com um número muito elevado de entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, com modelos de gestão, dimensão e capacidade muito diferenciados, um tecido empresarial envolvente com significativo potencial de crescimento e uma sociedade civil crescentemente atenta e participativa”⁴⁸.

Como vimos, os serviços de abastecimento de água às populações, pela importância fundamental que revestem, foram classificados pelo legislador como *serviços públicos essenciais*. Contudo, esta classificação não deve ser entendida de modo orgânico, já que tais serviços não têm de ser prestados diretamente por organismos da Administração Pública, devendo ser entendida em sentido material, *“dado que visam responder a necessidades básicas do público”⁴⁹.*

E apesar de a provisão destes serviços ser de natureza pública, são admitidos diferentes modelos de gestão, aos quais correspondem entidades gestoras com diferentes naturezas jurídicas, onde se podem incluir entidades de direito privado⁵⁰.

Em Portugal, como vimos, os serviços de abastecimento público de água e a salubridade pública integram historicamente o domínio das atribuições autárquicas, tal como se retira da leitura do art. 23.º, n.º 2, al. k), da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro⁵¹⁵². Não obstante, o Estado poderá ter intervenção subsidiária quer no âmbito de parcerias

⁴⁸ In RASARP, vol. I, 2012, p. 11.

⁴⁹ ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 2.

⁵⁰ Segundo dados retirados do INSAAR de 2010, quanto ao tipo de entidades que prestam os serviços públicos de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais, continua a verificar-se ainda uma predominância, em termos numéricos, dos municípios. No Continente, os municípios representam 70% das entidades, seguindo-se os serviços municipalizados e as concessionárias de sistemas municipais ou intermunicipais ambas com 8%. Nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira os municípios representam 80% e 91%, respetivamente, do número total de entidades gestoras.

⁵¹ Nos termos deste preceito, *“o ambiente e saneamento básico são atribuições dos municípios”*. Este diploma que revogou a Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, e que veio estabelecer o regime jurídico das autarquias locais, o estatuto das entidades intermunicipais e o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais.

⁵² Ainda que tradicionalmente os serviços de abastecimento de água e saneamento fossem da competência dos municípios, o que é certo é que em Lisboa, como veremos *infra*, já *“vem de longa data uma*

com os municípios para a gestão de serviços que se mantêm na titularidade destes, quer assumindo a titularidade de serviços que ficam sob sua responsabilidade exclusiva, tal como é admitido pelo DL n.º 92/2013, de 11 de julho⁵³.

Atualmente, o modelo português de exploração das águas baseia-se na distinção fundamental entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais⁵⁴. Os sistemas multimunicipais constituem os designados sistemas em “*alta*” – onde se incluem as fases da cadeia de processo a montante do reservatório municipal de água (captação e adução) ou a jusante da rede de drenagem (tratamento e rejeição de afluentes) e da recolha de resíduos urbanos (tratamento, valorização e eliminação) -, enquanto que os sistemas municipais representam os sistemas em “*baixa*” – responsáveis pelas atividades retalhistas, ou seja, pela prestação do serviço aos utilizadores finais⁵⁵. Os primeiros são da titularidade do Estado (sendo constituídos se servirem “*pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional*”⁵⁶) e os segundos pertencem individualmente ou em associação aos municípios (em sistema municipal ou intermunicipal, respetivamente).

empresa pública, a Empresa Pública das Águas de Lisboa (EPAL), havendo também casos de intervenção privada em outras áreas do país” (PORTO, Manuel, Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento, in RDPR, n.º 2, 2009, p. 117).

⁵³ Diploma que definiu o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e tratamento de resíduos sólidos (revogando o DL n.º 379/93, de 5 de novembro). Nos termos do seu art. 1.º, n.º 3, “*a exploração e a gestão dos sistemas multimunicipais pode ser diretamente efetuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade de natureza empresarial (...)*”. De acordo com a regra do art. 3.º, n.º 1, deste diploma, a criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objeto de decreto-lei.

⁵⁴ SILVA, João Nuno Calvão da, *Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, in *BFD*, n.º 85, 2009, p. 568. Com uma posição crítica sobre a contraposição rígida entre sistemas municipais (ou intermunicipais) e sistemas multimunicipais, cf. MEDEIROS, Rui, *Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro*, in *Direito da Água*, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 79 e ss.

⁵⁵ Cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 16. Tal como se pode ler neste relatório, “*nos territórios que não sejam abrangidos por serviços de titularidade estatal, os municípios mantêm-se responsáveis por toda a cadeia de processo dos serviços de águas e resíduos, podendo gerir ou atribuir a sua gestão de forma conjunta ou separada (conferindo a gestão do serviços “em alta” a uma entidade e dos serviços “em baixa” a outra)*”.

⁵⁶ No âmbito da gestão pública de abastecimento de água, a intervenção do Estado fica, portanto, limitada às atividades grossistas, sendo os “*sistemas multimunicipais tendencialmente criados para resolver questões estratégicas relativas ao saneamento básico de vários municípios*”, nas palavras de João Nuno Calvão da SILVA, *Regulação das Águas...*, p. 569.

O serviço de saneamento básico pode, portanto, ser assegurado por organizações de direito público (integradas na Administração Pública), com uma gestão direta se o serviço for prestado pela entidade titular (Estado ou municípios) através dos seus próprios meios, ou com uma gestão indireta se a entidade titular atribuir a gestão a uma organização pública com personalidade jurídica, como sucede no caso de serviços públicos geridos por empresas públicas ou por empresas públicas municipais^{57 58}.

Para além disso, a gestão do serviço público de abastecimento de água pode ser feita por organizações de direito privado⁵⁹. Em Portugal existem atualmente cerca de 500 entidades gestoras que configuram um mosaico heterogéneo de soluções institucionais que podem, portanto, ser agrupadas em gestão direta pelo titular, delegação e concessão^{60 61}.

⁵⁷ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 38 e 39. Contrariamente, Fernanda MAÇÃS (*Serviços Públicos...*, p. 524) inclui na gestão pública direta a “*criação de entes públicos menores (pessoas coletivas de direito público de natureza institucional ou empresarial) aos quais são devolvidos os poderes para gerir o serviço, sob o controlo mais ou menos intenso do titular do serviço*”. Neste sentido também se pronuncia Marcello CAETANO (*cit.*, p. 1093 e ss). Contudo, parece-nos que faz mais sentido incluir a gestão por pessoa coletiva pública especialmente criada para o efeito no âmbito da gestão pública indireta.

⁵⁸ Tradicionalmente, e como explicam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*cit.*, p. 31 e ss.) “*distingua-se entre a “régie direta”, em que é a própria entidade pública que presta o serviço público, e a concessão, em que a entidade pública confia a uma entidade privada, mediante contrato administrativo, por tempo determinado, a tarefa de estabelecer e explorar o serviço público, fazendo-se remunerar pelas tarifas pagas pelos utentes, nos termos acordados, revertendo o serviço para a entidade pública no termo da concessão*”. No entanto, atualmente existem diversos modos de gestão pública indireta, em que as “*entidades públicas titulares do serviço público delegam a sua prestação a organismos públicos instrumentais (administração indireta), nomeadamente a empresas públicas, de regime público ou de direito privado. Do mesmo modo, diversificaram-se também as formas de delegação de serviços públicos a entidades privadas, para além da clássica figura típica da concessão*”.

⁵⁹ A problemática de saber se a prestação de serviço de água deve ser feita pelo setor público ou pelo setor privado tem gerado bastante discussão em diversos ordenamentos jurídicos. Numa análise de direito comparado, e como aponta Christopher DECKER (*cit.*, p. 363), em jurisdições como o Canadá, Alemanha, Itália, Holanda, EUA e ainda em algumas zonas de França, o modelo dominante é o da titularidade municipal do serviço, onde o município é responsável pelo fornecimento dos serviços de águas e resíduos. Noutros países, como é o caso da Austrália e Escócia, a titularidade destes serviços é estadual, saindo, portanto, da esfera dos municípios; o mesmo sucede em países africanos, onde os serviços de águas e resíduos são prestados pelo governo central (como se passa na Eritreia), por departamentos de água que operam junto às autoridades locais (é o caso da África do Sul e da Namíbia) ou por empresas municipais (no Quênia e Zâmbia). Em locais como a América do Sul, Austrália e algumas partes de França, verifica-se um envolvimento privado na prestação deste tipo de serviços, que assume a forma de contratos de concessão de longa duração, mantendo-se a sua titularidade pública. Por seu turno, em Inglaterra e no País de Gales, todos os serviços de águas e resíduos foram alvo de privatização desde 1990. No Chile, estes serviços são prestados predominantemente por empresas privadas, ainda que seja num modelo de parceria com empresas públicas, que têm uma participação minoritária.

⁶⁰ Segundo dados retirados do RASARP de 2012 (vol. I, 2012, p. 48) verifica-se que os serviços municipais são o submodelo de gestão com maior representatividade, com 191 municípios e abrangendo 3,1 milhões de habitantes. Esta tipologia é predominante em zonas rurais, com menor densidade populacional. Na situação oposta surgem as concessões multimunicipais, com uma densidade populacional de 3,5 mil

Passaremos de seguida a analisar os modelos de gestão direta, delegada e concessionada do serviço, quer no âmbito dos sistemas de titularidade municipal quer no domínio dos sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal.

2.1. Gestão Direta do Serviço

Dentro dos sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal, podemos ter uma gestão direta do serviço através de serviços municipais, serviços municipalizados ou serviços intermunicipalizados (mediante associação de municípios). Neste último caso, em que existe uma associação de municípios, é constituída uma pessoa coletiva de direito público integrada por vários municípios⁶². Já no domínio dos sistemas de titularidade estatal, pode igualmente ser assumida uma gestão direta do serviço, ainda que atualmente não exista nenhum caso.

2.2. Gestão Delegada do Serviço

A gestão do serviço pode também ser delegada, tanto no âmbito dos serviços municipais como no domínio dos serviços de titularidade estatal. Em Portugal, a única

hab/km², que são caracterizadas por prestarem um serviço em áreas urbanas. As concessionárias municipais, as empresas municipais ou intermunicipais e os serviços municipalizados são também submodelos de gestão com peso no setor do abastecimento de água em baixa, abrangendo 1,8 milhões de habitantes, 1,7 milhões de habitantes e 2,2 milhões de habitantes, respetivamente. Apesar de abrangerem muito menos municípios que os serviços municipais, as características mais urbanas das suas áreas de intervenção podem explicar a elevada percentagem de população servida.

⁶¹ A privatização destes serviços, mecanismo através do qual a reestruturação do setor da água passa para uma entidade privada especializada, ao invés de o processo ser conduzido e gerido por entidades públicas, ainda não é opção entre nós. Ainda que princípios básicos da gestão do serviço sejam aplicados quer num caso como noutro, esta solução ainda é bastante controversa e um assunto bastante delicado. Sobre este tema, vide MARTINS, Joaquim Poças, *Management of Change in Water Companies: In Search of Sustainability and Excellence*, IWA Publishing, 2014, p. 78.

⁶² Conforme explica Jorge Miranda (*As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa: Cognition, 1985, p. 23), as associações de municípios, “apesar de inseridas no domínio do poder local, nem por isso se confundem com as autarquias locais”. Com efeito, “o que as caracteriza é a agregação de certas pessoas coletivas territoriais ou uma delimitação em razão do território, não o exercício de qualquer poder sobre o território (que não exercem)”; são, portanto, entes locais mas não territoriais.

entidade que assume a gestão delegada de um serviço de titularidade estatal é a EPAL – Empresa Pública das Águas Livres⁶³.

Já no âmbito dos sistemas de titularidade municipal, a gestão delegada é feita através de empresa do setor empresarial local sem participação do Estado (constituída nos termos da lei comercial ou como entidade empresarial local), em que existe uma eventual participação de vários municípios no capital social da entidade gestora, no caso de serviço intermunicipal, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados; através de empresa constituída em parceria com o Estado⁶⁴ (integrada no setor empresarial local ou do Estado), em que se dá uma participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora da parceria; ou ainda através de juntas de freguesias e associação de utilizadores, mediante a celebração de protocolos de delegação entre município e junta de freguesia ou associação de utilizadores.

2.3. Gestão Concessionada do Serviço

Por fim, a gestão do serviço de águas pode ainda ser feita de modo concessionado. Nos sistemas em alta, podemos ter entidade concessionária multimunicipal, em que existe uma participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora concessionária, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados. Já nos sistemas em baixa, a entidade gestora é a entidade concessionária municipal e a

⁶³ A EPAL é sucessora da centenária CAL – Companhia das Águas de Lisboa, concessionária do abastecimento de água à cidade de Lisboa, entre 2 de abril de 1868 e 30 de outubro de 1974, altura em que terminou o contrato de concessão. Foi então constituída a EPAL – Empresa Pública das Águas de Lisboa (designação que mantém até 1981, quando passa a denominar-se por EPAL – Empresa Pública das Águas Livres). Em 1991, com o DL n.º 230/91, a EPAL é transformada em sociedade anónima de capitais integralmente públicos, situação que lhe confere maior flexibilidade de gestão para concretizar o seu desenvolvimento estratégico e realizar a sua missão, passando a ter a denominação social de EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres, SA. A partir de 1993 é integrada no Grupo AdP – Águas de Portugal SGPS, SA. Atualmente, a EPAL é uma empresa do setor empresarial do Estado, detida a 100% pela AdP, encontrando-se sujeita ao enquadramento legal inerente a esta qualificação, nomeadamente, o disposto no DL n.º 133/2013, de 3 de outubro.

⁶⁴ As parcerias regem-se especialmente pelo DL n.º 90/2009, de 9 de abril (que estabelece o regime 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) e, em geral, pelo regime dos sistemas municipais constante do DL n.º 194/2009. Sobre o regime jurídico aplicável a estas parcerias, *vide* MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in *RCP*, n.º 3, 2011, p. 77 e ss.

colaboração é feita mediante parceria público-privada entre os municípios e outras entidades privadas⁶⁵.

Do contrato de concessão municipal de água trataremos, em pormenor, de seguida.

3. A Contratualização da Gestão do Serviço Municipal de Água

3.1. Contrato de Concessão de Serviço Público

Como escreve Hugh Collins, ao nível da prestação de serviços públicos, os Estados Modernos têm a possibilidade de escolher entre aproveitar a sua própria estrutura organizatória e trabalhadores ou então contratualizar a prestação, estabelecendo relações com entidades externas⁶⁶. Nos termos deste último modelo, a gestão do serviço público é feita por organizações privadas do setor público ou organizações privadas do setor privado, através de contrato de concessão de serviço público⁶⁷.

Por via deste contrato de concessão, a Administração “recruta” colaboradores externos que, pelas suas qualidades técnicas, pela perícia ou *know-how* exibidos, bem como pelas suas disponibilidades financeiras, se mostram mais aptos e capazes de desenvolver certas tarefas administrativas, sendo esta uma relação regulada nos termos definidos naquele contrato administrativo⁶⁸. O fenómeno das concessões implica, portanto,

⁶⁵ Para alguns autores, o termo “*gestão delegada*” acaba por abarcar o conceito de “*concessão*”, que é um conceito simultaneamente específico e vago: específico porque diz respeito a um modelo contratual concreto (a concessão de obra e de serviço público) mas vago porque se assume como extremamente polissémico no direito francês, alemão, belga, italiano e espanhol. A este propósito, cf. COSSALTER, Philippe, *cit.*, p. 13.

⁶⁶ *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 303 e 304.

⁶⁷ Com o DL n.º 319/94, de 24 de dezembro (com a última alteração legislativa do DL n.º 195/2009, de 20 de agosto), estabeleceu-se, assim, o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público (art. 1.º, n.º 1), onde foi consagrado o “*quadro legal de caráter geral*” que contém “*os princípios gerais informadores do regime jurídico de construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, criados ou a criar quando atribuídos por concessão a empresa pública ou a sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos*” (cf. Preâmbulo do DL n.º 319/94, de 24 de dezembro).

⁶⁸ Cf. GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 262.

que o Estado mantenha o direito de propriedade e de controlo da economia mas confere a possibilidade de o serviço ser prestado, durante um período limitado de tempo, por operadores privados⁶⁹.

De um modo geral, as concessões implicam um acordo contratual entre a autoridade pública e um operador económico (o concessionário), ao abrigo do qual este último presta serviços ou executa obras, consistindo parte substancial da sua remuneração na exploração da obra ou do serviço. Nesta medida, as concessões são especialmente vantajosas para a realização de projetos de interesse público em que o Estado ou as autoridades locais necessitem de capital e conhecimentos técnicos do setor privado para complementar os escassos recursos públicos. Esses projetos representam uma percentagem importante da atividade económica na UE, com especial pertinência para as indústrias de rede e para a prestação de serviços de interesse económico geral.

O objeto deste contrato é, assim, uma atividade de serviço público, como conjunto de atividades que a lei coloca a cargo da Administração e que se resolve numa atividade de prestação, para satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas^{70 71}. A atividade de serviço público objeto da concessão tem, por isso, de pertencer à entidade concedente.

No que toca à natureza jurídica da concessão de serviços públicos, e segundo posição perfilhada por Pedro Costa Gonçalves, esta será um “*ato jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral)*,”

⁶⁹ Na formulação de Otto MAYER (Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, Editions V. Giard et E. Brière, 1905, *apud* TONOLETTI, Bruno, *Beni Pubblici e Concessioni*, Padova: CEDAM, 2008, p. 146) a concessão de serviço público surge como um “*instrumento de realização de objetivos de interesse público e que consiste na atribuição de direitos de uso a título privado, mesmo limitando a utilização pública em geral*”.

⁷⁰ Neste sentido, *cf.* MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 409.

⁷¹ Ainda que no serviço concessionado se possa incluir a construção das próprias infra-estruturas destinadas a possibilitar o serviço, estaremos, de igual modo, perante um contrato de concessão de serviço público e não um contrato de concessão de obras públicas. Esta é a noção apresentada por Pedro Costa GONÇALVES (*Concessão...*, p. 126), que inclui a “*execução de obras e instalações necessárias*” na concessão de serviço público. Por seu turno, Diogo Freitas do AMARAL e Lino TORRAL (*Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 300) entendem que a concessão da exploração e gestão de sistema de distribuição de água e de drenagem das águas residuais será um contrato administrativo misto: estão reunidos num só contrato elementos de dois contratos administrativos nominados e típicos, a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos.

*cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar*⁷². Ou seja, é um ato que corresponde a uma forma de atuação típica e exclusiva do direito estatutário da Administração Pública, passível de assumir natureza de ato ou contrato administrativo e que inclui cláusulas com eficácia contratual mas também geral ou regulamentar. Surgem, assim, ao lado das cláusulas contratuais (que regulam o estatuto contratual do concedente e do concessionário), as disposições dotadas de eficácia *praeter-contratual*, geralmente relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço público, que asseguram ao utente o direito à prestação perante o concessionário^{73 74}.

Já no que respeita à partilha de riscos, foi a Diretiva 93/37/CE, no âmbito das normas da UE que regulam a contratação pública no espaço europeu, que, ao prever um regime especial respeitante aos procedimentos a seguir na adjudicação de uma concessão de obras, obrigou a identificar os traços característicos desta figura, com vista a distinguir o fenómeno económico da concessão de serviços da noção de contrato público de serviços. Neste sentido, é publicada a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02)⁷⁵, onde se considera que se estará perante uma concessão quando o “operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa (estabelecimento do serviço e sua exploração), sendo remunerado pelo utente, nomeadamente através da cobrança de taxas, sob qualquer forma que seja”. Assim, chamada a distinguir os contratos públicos das concessões, a Comissão estabeleceu como critério decisivo e identificador da concessão “a transferência da responsabilidade de exploração, que engloba os aspetos técnicos, financeiros e de gestão da obra”, ou seja,

⁷² *A concessão...*, p. 193.

⁷³ Desta feita, e apesar de a concessão de serviços se encontrar definida no n.º 2 do art. 407.º do CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, como “o contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”, ainda assim a concessão não poderá ser tida como um mero contrato.

⁷⁴ A concessão distancia-se, assim, da autorização: enquanto que a concessão surge como um ato jurídico que atribui ao particular a faculdade de exercer uma atividade pública, já a autorização surge como um ato jurídico que permite ao particular desenvolver uma atividade privada. Neste sentido, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo público prévio...*, p. 87, e COSSALTER, Philippe, *cit.*, p. 13, que escreve precisamente que “a noção de delegação se opõe à ideia de autorização. A autorização é um ato administrativo que levanta os obstáculos ao exercício de um direito subjetivo preexistente, enquanto que a concessão administrativa confere a um terceiro o exercício de direitos pertencentes originalmente à Administração”.

⁷⁵ Publicada no *JOCE*, n.º C-121, de 29 de abril de 2000, p. 2.

numa concessão os riscos e imprevistos inerentes à exploração são transferidos para o concessionário^{76 77}.

Uma das principais novidades introduzidas pelo CCP foi a definição, no seu art. 407.º, de concessão de serviço público, já que até aí apenas vigoravam noções avançadas pela doutrina. O contrato de concessão de serviço público passa a ser definido como o “*contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público*”⁷⁸.

O que está em causa é, portanto, a transferência da responsabilidade pela gestão de uma atividade de serviço público. E esta assume-se como uma noção suficientemente elástica para abranger formas de colaboração público-privadas de conteúdo diverso⁷⁹. Ao contrário do que se verifica noutros países, esta é uma noção suficientemente lata e, por conseguinte, apta a cobrir realidades económicas e contratuais caracterizadas pela colaboração entre o setor público e o privado. A esta noção lata acrescentam-se, quando a

⁷⁶ Cf. MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público...*, cit., p. 389. Esta noção veio a ser retomada, num momento posterior, no *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, bem como na Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004.

⁷⁷ O CCP contém apenas uma norma expressa sobre o modo de repartição do risco nas PPP: esta aparece prevista no art. 413.º, ou seja, nas disposições gerais aplicáveis às concessões de obra e serviço público, aí se prevendo que “*o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário*”. A repartição surge ainda referida no art. 282.º a propósito da reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Prevê-se aqui que: i) na reposição do equilíbrio económico-financeiro deve ter-se em conta a repartição do risco definida contratualmente e ii) a reposição desse equilíbrio não pode cobrir perdas do parceiro privado inerentes à gestão dos riscos que lhe cabiam.

⁷⁸ Ainda que, segundo a noção comunitária, a concessão seja caracterizada pelo facto de a remuneração do contraente particular estar vinculada à exploração de um ativo ou de um serviço, o que é certo é que o CCP não se revê totalmente nesta noção. Com efeito, da leitura conjugada do art. 410.º (que determina que *o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*), do art. 413.º (que dispõe que *o contrato deve implicar uma significativa e efetiva partilha do risco para o concessionário*) e do art. 416.º (onde se pode ler que *o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário*), resulta claro que a remuneração do concessionário aparece de alguma forma associada à sorte da exploração. Cf., a este propósito, VIEIRA, Pedro Siza, *Regime das concessões de obras públicas e de serviço público*, in *CJA*, n.º 64, 2007, p. 49.

⁷⁹ VIEIRA, Pedro Siza, cit., 50 e ss. A concessão de serviço público tanto pode envolver a gestão de um serviço público como pode assentar na prestação de utilidades pelo concessionário diretamente ao público ou à própria Administração.

concessão surge associada a parcerias público-privadas, normas especiais a adotar no procedimento pré-contratual e na execução do contrato e mantém-se em vigor a legislação das PPP ⁸⁰.

Estamos, pois, perante um modelo de contratualização da gestão, que se caracteriza pela separação institucional entre a titularidade e a gestão dos serviços de águas⁸¹, também designado por modelo francês. Os contratos de concessão reconduzem-se à categoria dos *contratos de colaboração*, que, em regra, associam durante longo prazo um contraente público e um cocontratante privado, assumindo este último a responsabilidade de, em seu nome, conceber, executar e gerir uma atividade de serviço público⁸². Quando preencham os requisitos previstos na lei, os contratos de colaboração poderão configurar contratos de parceria público-privada, ficando, então, sujeitos a um regime especial.

3.2. Parceria Público-Privada do Tipo Contratual

Conforme escreve Diogo Duarte de Campos, as PPP têm tido um desenvolvimento absolutamente notável em todo o mundo, sobretudo em virtude da magreza dos orçamentos estatais que impõe o recurso ao financiamento privado⁸³.

Definidas em sentido amplo como toda e qualquer forma de colaboração entre o setor público e o setor privado, tendo por objeto uma atividade em benefício da coletividade⁸⁴, as PPP surgem como uma consequência da necessidade não só de reorientar

⁸⁰ MAÇÃS, Fernanda, *A concessão de serviço público e o Código...*, p. 412. Como a autora explica, o legislador enveredou por caminho diferente do espanhol ou do mesmo do francês, que tiveram de criar novas modalidades de contratos para dar cobertura à realidade económico-financeira multifacetada decorrente da proliferação do fenómeno das PPP.

⁸¹ AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 45.

⁸² Será precisamente pelas “*funções não puramente colaborativas mas também substitutivas do cocontratante privado*” que a concessão de serviços públicos ficou de fora das regras da concorrência ao nível da UE, como veremos *infra*. Neste sentido, *vide* AYALA, Bernardo Diniz de, *O Método de Escolha do Co-contratante da Administração nas Concessões de Serviços Públicos – Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000*, in *CJA*, n.º 26, p. 15.

⁸³ Neste sentido, *cf.* CAMPOS, Diogo Duarte de, *Parcerias Público-Privadas Institucionais e o duplo (triplo) concurso*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 395 e 396.

⁸⁴ *Cf.* CABRAL, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 13.

e redimensionar o setor público, mas também de favorecer a participação da iniciativa privada na esfera da governação pública⁸⁵. Inseridas no âmbito de uma estratégia que conjuga a privatização de responsabilidades públicas com a ativação de responsabilidades privadas, associadas a uma redistribuição do papel e das responsabilidades do Estado e da Sociedade, as PPP apontam de modo indeclinável para o reforço da participação dos agentes privados na realização do bem comum e na criação de bem-estar⁸⁶.

Como vimos *supra*, a exploração e gestão dos sistemas municipais podem ser realizadas diretamente pelas autarquias, através da associação de dois ou mais municípios, por empresas municipais de titularidade totalmente pública ou então através de contratos de parceria com empresas de capitais privados, sujeitos a prévio concurso público. Estes contratos de parceria entre municípios e entidades externas, independentemente da titularidade dos seus capitais, podem ser do tipo contratual (por norma, concessões) ou do tipo institucional (empresa municipal ou empresa intermunicipal)⁸⁷.

Do que trataremos de seguida é das PPP do tipo contratual.

As PPP do tipo contratual têm uma longa história. Já no séc. XIX, em Inglaterra, Edwin Chadwick distinguia a *concorrência no mercado* com a *concorrência pelo mercado*: esta última dar-se-ia quando a primeira não fosse possível, ou seja, quando o mercado se mantivesse em regime de monopólio mas houvesse concorrência pela posição de prestador do serviço⁸⁸. Promover-se-ia, deste modo, uma concorrência baseada unicamente nos preços dos produtos e serviços que fossem mais próximos dos custos médios previstos, ou seja, venceria o concurso público o operador que apresentasse a

⁸⁵ Estamos perante um modelo de “*cooperação duradoura dos agentes públicos e privados na provisão de infraestruturas e na prestação de serviços públicos mediante o recurso às capacidades de financiamento e gestão do setor privado*” (AZEVEDO, Eduarda, *As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Dissertação de Doutoramento em Direito, FDUL, 2008, p. 15).

⁸⁶ Nas palavras de Hans Wilhelm ALFEN (*Les PPP: de quoi parle-t-on? Essai de définition et de cadrage des PPP comme mode alternatif de fourniture de biens et de services publics*, in *Évaluer les Partenariats Public-Privé en Europe: quelles conséquences pour la commande et le projet? Quels impacts sur la qualité des bâtiments et des services? Quelles méthodes d'évaluation?*, Réseau Ramau, Latts; direção de Élisabeth Campagnac, Paris: Presses de l'école Nationale des Ponts et Chaussées, 2009, p. 51), o termo PPP traduz um modelo de um contrato particular que tem implícita uma forma de cooperação singular, global e organizada, entre o setor público e o setor privado, com vista a alcançar variados objetivos.

⁸⁷ DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *Análise das Parcerias Público-Privadas: Serviços municipais de água e águas residuais*, Lisboa: AEPSA, 2010, p. 5 e 6.

⁸⁸ *Results of different principles of legislation and administration in Europe: of competition for the field, as compared with the competition within the field of service*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 22, n.º 3, 1859, p. 381-420.

melhor oferta, quer do ponto de vista do menor preço, quer do ponto de vista da melhor renda à entidade responsável pelo serviço.

Surge, assim, quer com Chadwick (em 1859) quer, posteriormente com Harold Demsetz⁸⁹ da escola de Chicago (em 1968), a ideia de que o Governo deve colocar a concurso o direito de prestar um serviço público – seja de energia, água ou telecomunicações –, com fundamento na ideia de que a abertura à concorrência disciplina de modo mais efetivo o mercado do que o processo regulatório das entidades estaduais. Este acesso ao mercado, ou concorrência pelo mercado, seria, portanto, feita através de parcerias público-privadas, definida ao nível da UE como um tipo de cooperação entre entidades públicas e operadores económicos com o objetivo de financiar, construir, renovar e gerir ou manter as infraestruturas ou a prestação de um determinado serviço⁹⁰.

Ora, as concessões que envolvem parceiros privados representam uma forma específica de PPP: de acordo com as informações disponíveis, mais de 60% dos contratos de PPP podem ser classificados como concessões. Enquanto modelo em que a remuneração do parceiro privado assenta no direito de explorar a obra ou o serviço, com todos os riscos financeiros inerentes, as concessões constituem um quadro jurídico conveniente para a realização de tarefas públicas através de PPP, permitindo assegurar obras públicas e serviços essenciais e, simultaneamente, manter esses ativos fora do balanço do setor público⁹¹.

As PPP do tipo contratual podem ser, assim, estabelecidas através de contrato de concessão, sujeito a prévio concurso público, visando desenvolver projetos estruturantes para a comunidade, potenciar o aproveitamento pelo parceiro público da capacidade de gestão do setor privado, melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados, bem como gerar poupanças consideráveis na utilização de recursos públicos e gerir melhor os riscos (em especial aqueles associados ao mercado, procura e disponibilidade)⁹². Nestes termos, uma PPP pode ser definida como um tipo de relação que se estabelece entre o Estado e o

⁸⁹ *Why regulate utilities?*, in *JLE*, vol. 11, n.º 1, 1968, p. 55-65.

⁹⁰ MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries*, Munich Personal RePEc Archive, 2010, p. 2.

⁹¹ *Cf.* COMISSÃO EUROPEIA, *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha o documento Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, de 20 de dezembro de 2011, p. 2.

⁹² DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *cit.*, p. 6.

setor privado através da qual atividades consideradas historicamente públicas (ainda que parcialmente) passam a ser prestadas por operadores privados⁹³.

Também o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas* adotou a distinção entre as PPP de tipo puramente contratual, em que a colaboração entre os setores público e privado assenta em relações exclusivamente contratuais, e as de tipo institucionalizado, onde a cooperação entre os setores público e privado se estabelece mediante a criação de uma entidade distinta. O *Livro Verde* caracteriza, assim, o modelo concessório pela relação direta entre o parceiro privado e o utente final e pela possibilidade de a remuneração do parceiro privado poder consistir em taxas cobradas aos utentes da obra ou do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte do parceiro público⁹⁴.

Atualmente, entre nós, é o DL n.º 111/2012, de 23 de maio, que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos. Para efeitos deste diploma, e nos termos do art. 2.º, n.º 1, considera-se PPP “*o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*”, constituindo o contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público o instrumento de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados (n.º 2, al. b))⁹⁵.

⁹³ SAVAS, Emanuel, *Privatization and public-private partnerships*, New York: Seven Bridges Press, 2000, p. 4.

⁹⁴ Cf., a este propósito, MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público...*, p. 390. O *Livro Verde* reveste-se de uma grande importância já que constituiu a primeira vez que a Comissão analisa as PPP autonomamente.

⁹⁵ É de salientar, contudo, que se excluem do âmbito de aplicação deste diploma “*as concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos previstas no DL n.º 379/93, de 5 de novembro, com a redação dada pelo DL n.º 195/2009, de 20 de agosto*” (al. b) do n.º 5) e ainda as “*as concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos, sem prejuízo de as parcerias desenvolvidas por qualquer uma destas entidades se encontrarem sujeitas ao regime previsto no presente diploma*” (al. c) do n.º 5). Sobre este diploma, cf. KIRKBY, Mark, e ANDRADE, Gisela, *O Novo Regime das Parcerias Público-Privadas: Visão Geral*, in *Observatório da Contratação Pública*, 2012.

Concluída esta Parte I, vejamos então de que modo se colocam os problemas tarifários no domínio das concessões de serviços municipais de água.

PARTE II - A QUESTÃO TARIFÁRIA NUMA PERSPETIVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO

Capítulo I: Sujeitos do Contrato de Concessão e Intervenção Regulatória

1. A Relação de Direito Administrativo entre Concedente e Concessionário

1.1. Contrato de Direito Administrativo Sujeito às Regras de Direito Administrativo

Esta Parte II tem como principal objetivo estudar o tipo de relação que se estabelece entre concedente do serviço público e concessionário e o tipo de intervenção, sobretudo ao nível da regulação económica, que a entidade reguladora do serviço de água e resíduos deve, cada vez mais, assumir. Pretendemos, assim, num primeiro momento, compreender a relação de direito administrativo que está na base do contrato de concessão de serviço público e qual o papel que cabe à ERSAR, nomeadamente no âmbito dos novos instrumentos de direito administrativo.

Como foi já dito, a relação que se estabelece entre concedente e concessionário é regulada por normas jurídico-públicas de direito administrativo⁹⁶. Com efeito, no âmbito de um contrato de concessão de serviço público estamos perante um ato constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço⁹⁷. O carácter ou a natureza administrativa desta relação surge, portanto, “*de mãos dadas*” com o seu instrumento disciplinador, que é o contrato administrativo.

⁹⁶ Segundo formulação de Vieira de ANDRADE (*A justiça administrativa: lições*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 79), a relação jurídico-administrativa será aquela em que “*um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, atuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido*”.

⁹⁷ GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 261.

Assumindo-se como uma técnica de colaboração entre os setores público e privado, na concessão de serviços públicos está em causa uma relação jurídica em que um particular assume o dever específico de desempenhar uma tarefa ou atribuição que a lei confia inicialmente à Administração Pública. Estamos perante um contrato qualificável como contrato administrativo, nos termos do n.º 6 do art. 1.º do CCP, já que se confere ao “*cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções do contraente público*”⁹⁸.

Não obstante, o dever institucional de proteger e salvaguardar o interesse público não pertence ao concessionário, mas antes à Administração concedente: os poderes que ela detém sobre o instrumento da concessão e sobre o concessionário, enquanto gestor do serviço público, são instrumentos que a ordem jurídica coloca à sua disposição para cumprir essa sua atribuição. Estes são poderes funcionais ou poderes-deveres que provam que a concessão não desresponsabiliza a Administração Pública⁹⁹. O ato concessório não é um ato criador de uma relação orgânica entre o concessionário e a Administração, que transformaria aquele num órgão desta última. A concessão não cria uma “*relação intra-administrativa*”; a relação de concessão deve ser vista, sim, como uma relação fundada num contrato em que o concessionário tem, relativamente à Administração, o estatuto de parte contratual, sendo a relação contratual e não orgânica¹⁰⁰.

Este é, portanto, um contrato público que se encontra inequivocamente ligado à regulação: quer no que respeita ao seu procedimento de formação, quer quanto à disciplina da relação contratual, encontra-se submetido a uma regulação específica de direito público administrativo¹⁰¹. Mediante um contrato de concessão o particular executa o serviço em

⁹⁸ A maior parte dos contratos com este objeto correspondem a contratos típicos, como os contratos de concessão de obras públicas, serviços públicos e de exploração de bens do domínio público; no entanto, esta previsão afigura-se útil, conforme explica Mário Aroso de ALMEIDA (*Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 272), já que, através dela, se pretende dar expressão a uma categoria de contratos administrativos por natureza, em razão da natureza pública do seu objeto, que envolve a disposição de bens públicos ou implica a realização, pelo contraente privado, de atividades de natureza pública, em contraposição a contratos que se caracterizam por terem objeto prestações que poderiam ser alvo de contrato de direito privado.

⁹⁹ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 176.

¹⁰⁰ Conforme posição perfilhada por Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, *cit.*, p. 261.

¹⁰¹ Como escreve Pedro Costa GONÇALVES (*Regulação Administrativa e Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010, p. 1007), o contrato público “*é uma figura publicamente regulada, e é-o extensamente, tanto nos sistemas europeus como no direito norte-americano*”.

seu próprio nome e por sua conta e risco, submetendo-se, contudo, à fiscalização e ao controlo por parte da Administração Pública e à intervenção desta em alguns aspetos da sua atividade¹⁰².

1.2. Relação Trilateral ou *Dimensão Tridimensional* do Contrato de Concessão

Pelo exposto até aqui, resulta claro que o setor da água se assume como sendo de enorme complexidade: para além de todas as decisões terem de levar em consideração aspetos técnicos, económicos, ambientais, sociais e políticos, estas têm de ser tomadas a um nível local, regional e nacional. O setor do abastecimento de água pode ser sujeito a uma gestão pública ou privada segundo diferentes modelos de gestão, muitas vezes afetados por ciclos políticos. Ademais, com o envolvimento cada vez mais intrusivo da ERSAR enquanto entidade reguladora, a complexidade do setor já não se limita apenas a um conflito de interesses entre entidade titular, entidade gestora e consumidor¹⁰³.

Com efeito, o facto de, na sua grande maioria e pelo mundo todo, os serviços de águas e resíduos serem serviços de titularidade estadual levanta a questão de saber se a existência de uma entidade com funções de regulação se revela verdadeiramente necessária. E a questão coloca-se com maior acuidade, como veremos *infra*, no âmbito da regulação de serviços municipais, já que esta intervenção pode ser considerada como uma interferência injustificada por parte de uma entidade sem legitimidade democrática nas atribuições legais dos municípios¹⁰⁴.

Como vimos, a concessão de serviços públicos surge no “*quadro dos novos papéis do contrato como meio de realização das tarefas públicas*”¹⁰⁵, distanciando-se das

¹⁰² Cf. FILHO, José Soares, *Serviço Público: conceito, privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002, p. 115.

¹⁰³ Cf., a este propósito, MARTINS, Joaquim Poças, *cit.*, p. 74 e ss.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁵ ESTORNINHO, Maria João, *Concessão de Serviços Públicos...*, p. 21.

tradicionais concessões liberais do séc. XIX¹⁰⁶ ¹⁰⁷. Através da técnica concessória, o concessionário adquire um novo direito – o direito de gerir em seu próprio nome, e não em nome da Administração, um determinado serviço público por um determinado prazo¹⁰⁸. A posição do concessionário será uma posição jurídica derivada, já que o titular do serviço público lhe cede uma parcela dos direitos e poderes inerentes à titularidade do serviço público¹⁰⁹ ¹¹⁰. Nestes moldes, numa relação de concessão de serviços públicos coexistem, a um só tempo, diversas posições ativas e passivas. Por um lado, temos as posições caracteristicamente contratuais, ou seja, os direitos e deveres contratuais de que são reciprocamente titulares a Administração e o concessionário; e, por outro lado, poderes e sujeições, designadamente poderes de autoridade da Administração, a que correspondem, do lado passivo, situações de sujeição do concessionário¹¹¹.

Contudo, esta relação de concessão não se pode reduzir a um “*estrito esquema da bilateralidade*”¹¹². É que não estamos apenas perante uma relação entre entidade

¹⁰⁶ Tradicionalmente, e como bem salientava João de Magalhães COLAÇO (*Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914, p. 13), “*não era usada a expressão concessões de exploração de serviço público: o que sempre se estudou foram as concessões de obras públicas*”.

¹⁰⁷ Embora existissem concessões desde, pelo menos, o século XVIII, o que é certo é que a descoberta da concessão de serviço público como um contrato *sui generis*, isto é, como um contrato que possui um regime jurídico diferente dos contratos civis em geral e, basicamente, do contrato anteriormente conhecido de obra pública, é historicamente recente, datado das primeiras décadas do séc. XX. Esta descoberta foi obra do Conselho de Estado Francês, com o célebre caso *Gaz de Bourdeaux*, de 1916, já que até então eram tidas como de natureza privada as relações jurídicas estabelecidas entre concessionário e poder concedente. Tal como era feito pelo Conselho de Estado Francês, a partir da identificação de um determinado contrato como sendo de concessão de serviço público, ou seja, a partir da constatação das suas características essenciais, seria, a partir dele, construído o regime jurídico aplicável. Esta conceção vingou igualmente entre nós. *Cf.*, a este propósito, PEREZ, Marcos Augusto, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Fórum, 2006 p. 58 e 59.

¹⁰⁸ Por força da concessão, a esfera jurídica do concessionário é alargada, e ele passa a poder fazer algo (exercer uma atividade pública ou usar um bem público para fins privados) que até então lhe estava vedado.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 248. Como explicam os autores, o direito que o concessionário adquire é um direito novo na sua esfera jurídica mas não é criado *ex novo*. É um direito transferido da esfera jurídica originária (a do concedente) para a esfera jurídica do concessionário. E nem sequer são todos os direitos e poderes que são transferidos para o concessionário, este passa apenas a deter o direito à gestão do serviço público e os poderes necessários a essa gestão (exploração e execução) mas o ente público conserva a titularidade do serviço e, por conseguinte, os poderes de controlo e fiscalização da atuação do concessionário.

¹¹⁰ A concessão de distribuição de água, tal como caracterizada por Rogério SOARES (*O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *BFD*, Coimbra, 1981, p. 108), apresenta-se como uma concessão translativa, já que a Administração “*transmite a um particular poderes de uso especial sobre bens públicos (...) ou o investe na situação de titular dum serviço público*”.

¹¹¹ *Cf.* GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 263-264.

¹¹² *Ibidem*, p. 243.

concedente e concessionária: o concessionário, para além de ser simultaneamente titular de direitos e deveres perante a entidade concedente, encontra-se também onerado com deveres em face dos utentes do serviço público cuja gestão lhe foi confiada. E, para além de estarmos perante uma relação que se estabelece entre concedente, concessionário e utente, verifica-se ainda a intervenção de uma quarta entidade, com funções de regulação e supervisão.

Assim, e do nosso ponto de vista, no plano funcional, o contrato de concessão cria uma verdadeira *relação jurídica trilateral* que acaba por ficar encoberta pelo domínio de atuação da entidade reguladora¹¹³. A lógica subjacente a esta relação será, deste modo, *tridimensional*: deve considerar-se a relação entre concedente e concessionário (relação de direito administrativo), a relação entre concessionário e utente (relação de consumo, como veremos *infra*) e, para além disso, a intervenção da entidade reguladora quer no domínio do contrato administrativo quer no domínio do contrato de consumo.

Estes contratos podem ser ainda definidos como *contratos relacionais*, na medida em que dão origem a um contexto relacional de duração mais ou menos prolongada, que “*envolve não apenas uma mera troca mas sim um verdadeiro relacionamento entre as partes contratantes*”¹¹⁴. Mais do que contratos que assumem uma longa duração¹¹⁵, os contratos de concessão (sobretudo aqueles que cujo modelo de colaboração assenta em PPP) implicam um diálogo constante entre entidade concedente e concessionária e uma constante adequação dos seus termos às circunstâncias futuras e, muitas vezes,

¹¹³ A doutrina chega mesma a caraterizar a concessão como um “*rappporto trilaterale fra amministrazione, concessionario e utenti del servizio*”. Vide, a este respeito, FRACCHIA, Fabrizio, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milão, 1995, *apud* GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 130.

¹¹⁴ Tal como são definidos por EISENBERG, M. (*Why There is No Law of Relational Contracts*, in *NwULR*, n.º 94, 2000, p. 805 e ss), estes “*relational contracts*” distinguem-se dos “*discrete contracts*”, já que neste último caso o contrato envolve uma mera troca e não uma relação. Como explica o autor, a teoria dos contratos relacionais tornou claras as duas principais desvantagens da teoria clássica do contrato: o seu caráter estático e o pressuposto de que todos os contratos são contratos discretos.

¹¹⁵ Como Charles J., GOETZ e Robert E. SCOTT denotam (*Principles of Relational Contracts*, in *ValR*, vol. 67, n.º 6, 1981, p. 1091), ainda que exista uma certa tendência para equiparar o termo “*relational contract*” com o “*long-term contractual involvements*”, o que é certo é que a extensão temporal *per se* não serve como definição deste tipo de contratos. Sobre esta modalidade de contratos, vide COLLINS, Hugh, *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, Bloomsbury Publishing, 2003, p. 18 e ss.

imprevisíveis¹¹⁶. Perante tais exigências, passemos a analisar de que modo deve a entidade reguladora intervir.

2. A Intervenção Regulatória da ERSAR enquanto Autoridade Independente

2.1. O Surgimento do Estado Regulador e de Garantia

Como escreve João Nuno Calvão da Silva, “o séc. XX assiste a um incremento estadual na vida económica e social. De um Estado mínimo passamos a uma atuação estatal nos mais diversos domínios: economia, cultura, previdência, enfim, em todas as áreas da vida em sociedade”¹¹⁷. Se até aqui o desenvolvimento da atividade económica se fazia sem a presença do Estado – num claro período de liberalismo económico que perduraria desde o final do séc. XVIII até ao princípio da terceira década do séc. XX – por esta altura, a Administração Pública deixa de ser tida como “potencial agressora dos direitos subjetivos dos cidadãos” e passa a ser considerada como “instrumento de realização das mais variadas tarefas do Estado Social emergente”¹¹⁸. Emergente das Guerras Mundiais e da Grande depressão temos, assim, uma Administração prestadora de bens e serviços e conformadora da vida social, ou seja, um Estado Social ou um Estado-Providência^{119 120}.

¹¹⁶ Analisando os contratos de concessão de outro ponto de vista, Pablo T. SPILLER (*An institutional theory of public contracts: regulatory implications*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009, p. 57) considera que estes são contratos rígidos desde a sua origem, e que nem sequer podem ser considerados contratos relacionais. De facto, e segundo a conceção deste autor, as adaptações necessárias face a alterações de circunstâncias implicam verdadeiras renegociações contratuais, e não meros desvios ao que tinha sido inicialmente acordado.

¹¹⁷ *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 29 e ss.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 40 e ss.

¹¹⁹ Como explica Luís Cabral de MONCADA (*Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 10), a partir da terceira década do século XX, o Estado adota uma posição diferente relativamente à economia, que se deveu em grande parte à crise económica geral do sistema capitalista, de 1929 a 1932, que, “com o seu cotejo de desemprego, inflação e estagnação económica”, pôs em causa o “dogma do equilíbrio económico autossustentado característico do pensamento liberal”, e à “economia de guerra”, que exigiu “uma mobilização dos recursos empresariais nacionais comandada pelo Estado e o aparecimento na cena parlamentar de partidos representantes dos interesses laborais e sociais, apóstolos da chamada questão

No entanto, por volta dos anos 70 do séc. XX, a realidade altera-se. Assiste-se a uma reestruturação da Administração Pública e a uma mudança do modelo de Estado: surge o designado Estado Regulador, num momento de clara ruptura com o modelo de Estado de serviço público¹²¹. Em decorrência da ineficiência demonstrada na “*gestão da res publica, ao ser responsável por grandes défices e subsequente oneração fiscal dos contribuintes*”¹²², o Estado deixa de ter o encargo de prestar serviços essenciais, passando a assumir o dever de disciplinar ou de regular o modo como os agentes no mercado prestam esses mesmos serviços¹²³. Como explica Pedro Costa Gonçalves, dá-se uma “*diversificação dos graus das responsabilidades públicas*”: para além dos dois pólos extremados da mera *responsabilidade de base*, em que o Estado Liberal se limita a proteger as “*condições de contexto*”, e da *responsabilidade operacional, de execução*, em que o Estado Social se expande e assume uma intervenção económica direta na produção de bens e na prestação de serviços, surgem “*degraus intermédios, em que o Estado, sem se ver convocado para intervir como empresário e operador económico, também não se remete para uma posição de mero protetor do contexto*”¹²⁴.

Ainda que se dê uma passagem dos serviços públicos para as mãos de privados, que se reduza o peso do Estado e que se privilegie o primado da liberdade de empresa e do mercado, o que é certo é que o “*Estado-Regulador dos nossos dias não se confunde com o Estado Liberal do séc. XIX, assente nas ideias do laissez-faire, laisser-passer e do laboral, que exigiam agora do Estado um contributo claro para a resolução de um conjunto de problemas de natureza económica e social*”.

¹²⁰ Rogério SOARES (cit., p. 176) designa esta Administração intervencionista como uma Administração constitutiva ou conformadora: o Estado “*animado de uma ideia de justiça social*” transforma-se numa “*máquina dispensadora de bem-estar*”.

¹²¹ Como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, 2006, p. 535), nas duas últimas décadas do séc. XX, sob uma onda liberal, de reação contra o *overload* do Estado Social Administrativo, iniciou-se um movimento de “*inversão de rota*”, no sentido de uma “*contração quantitativa*” da intervenção pública: exigia-se uma reordenação do sistema de distribuição de papéis entre o Estado e a Sociedade, com um maior peso atribuído ao espaço privado, à sociedade e ao mercado.

¹²² SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador...*, p. 175.

¹²³ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, cit., p. 180 e ss. Ainda que não tenha substituído o Estado Social e de Serviço Público, que cresceu ao longo do séc. XIX, o que é certo é que o Estado Regulador veio ocupar “*algumas das áreas correspondentes a antigos serviços públicos económicos*”: houve um efetivo recuo do Estado mas apenas no domínio do fornecimento de serviços públicos económicos, ou seja, ao nível das atividades de carácter económico e lucrativo. Neste sentido também, GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 30.

¹²⁴ *Direito Administrativo da Regulação...*, p. 536.

abstencionismo público”¹²⁵. Nos tempos hodiernos, entende-se que “a ‘*mão invisível*’ do mercado carece da ‘*mão invisível*’ da *Regulação Pública*”¹²⁶, ou seja, a lógica da concorrência deve ser pautada pela intervenção do Estado que controle e garanta a própria iniciativa privada. O Estado assume, assim, uma *responsabilidade pública de garantia*.

O direito privado deixa, portanto, de ser apenas funcional relativamente à atividade administrativa pública e passa a ser ele mesmo capaz de diretamente honrar os fins da Administração Pública. Assiste-se a um crescente recurso a formas jurídico-privadas de organização e atuação administrativas e a uma progressiva desintervenção estatal: para além da tradicional dicotomia entre atividades públicas (reservadas e exercidas pela Administração) e atividades privadas (exercidas pelos particulares), passa a existir a possibilidade de intervenção dos particulares no sector das atividades públicas nos casos em que a lei confere à Administração o poder de delegar ou conceder o respetivo exercício¹²⁷. Assim, a crescente liberalização da economia portuguesa teve como consequência a necessidade de desenvolver novos moldes de governação e controle de serviços e bens considerados de interesse geral das populações. A entrada de agentes externos, privados, nestes setores de atividade, introduziu um novo conceito: o de regulação¹²⁸.

Nas duas últimas décadas tem havido, portanto, uma tendência geral em muitos países para instituir mecanismos de regulação, que, seguindo a tradição norte-americana com mais de um século, consistem em entregar as tarefas regulatórias a entidades públicas independentes dos Governos, distintas da administração direta do Estado, designadas autoridades reguladoras independentes. Estas entidades caracterizam-se, designadamente, pela estabilidade do mandato dos reguladores, que não podem ser destituídos antes do seu termo salvo por falta grave, pela autonomia no exercício das funções reguladoras – não estando sujeitos a ordens e instruções ou diretrizes e orientações dos Governos – pela

¹²⁵ SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador...*, p. 176. A verdade é que o Estado liberal oitocentista praticamente se limitava a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da atividade económica, reduzindo-se a atividade reguladora “às tarefas gerais da polícia administrativa, velando pela segurança e pela salubridade das instalações” (MOREIRA, Vital, *A Auto-Regulação Profissional*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 23).

¹²⁶ MOREIRA, Vital, *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

¹²⁷ Neste sentido, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo público prévio...*, p. 86.

¹²⁸ LIMA, Sónia Chin Ah, *Os sistemas de abastecimento de água e saneamento em Portugal: Reflexões sobre a sua reestruturação*, in *Tecnologias do Ambiente*, n.º 93, 2010, p. 18.

natureza definitiva das suas decisões – que só podem ser impugnadas junto dos tribunais, não podendo ser revistas pelos Governos – e, ainda, pela substancial autonomia na gestão administrativa, de recursos humanos e orçamental¹²⁹.

2.2. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Como resulta do exposto, a regulação, tida como o “*controlo focado e sustentado exercido por uma autoridade pública de atividades valorizadas pela comunidade*”, na definição dada por Philip Selznick¹³⁰, baseia-se na interferência de uma terceira parte com poderes de supervisão e controlo - o regulador - no mercado de transações e nas relações inter-organizacionais que se estabelecem.

A criação de um organismo regulador para os setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos encontra precisamente raízes na necessidade de “*existir uma entidade orientadora e reguladora com atribuições ampliadas, capaz de zelar pela promoção da qualidade na conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas, visando defender os direitos dos consumidores e a promoção da sustentabilidade económica*”¹³¹. Perante a crescente complexidade dos problemas suscitados pelos segmentos de atividade económica em causa e pela sua especial relevância para as populações, era premente a criação de uma nova entidade administrativa independente¹³², com reconhecida e acentuada autonomia face ao poder executivo, e com um estatuto e meios suficientes para defender o “*interesse*

¹²⁹ Vide, a este propósito, BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória...*, p. 23.

¹³⁰ *Focusing organisational research on regulation*, in *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985, p. 363–368.

¹³¹ Exposição de Motivos da Presidência do Conselho de Ministros, da Proposta de Lei n.º 125/XII, p. 1.

¹³² Como vimos, a ERSAR resultou da transformação do instituto público ERSAR, I.P., que se regia pelos estatutos definidos no DL n.º 277/2009, de 2 de outubro. Este instituto público teve, por sua vez, origem na redenominação dos Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR), criado no quadro definido pelo DL n.º 230/97, de 30 de agosto, e que se regia pelos estatutos publicados no DL n.º 362/98, de 18 de novembro, em sucessão do observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais de água para consumo público, de águas residuais urbanas e resíduos sólidos urbanos.

geral e os interesses dos utilizadores dos serviços regulados, com salvaguarda da viabilidade económica das entidades gestoras e dos seus legítimos interesses”¹³³.

Na verdade, as opções pela empresarialização, pelas concessões e pela abertura parcial a privados, vieram acompanhadas de um novo modelo de regulação pública do setor. Criou-se em 1955 a 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, surge igualmente o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais - que nunca chegou a ser instalado – e em 1998 cria-se o Instituto Regulador da Água e Resíduos (IRAR), que exercia os seus poderes sobre os sistemas multimunicipais e municipais concessionados¹³⁴. Em 2009 o IRAR transforma-se em ERSAR, que passa a ter um campo de atuação e poderes alargados.

Contudo, até à publicação da Lei n.º 10/2014, de 6 de março – que veio aprovar os estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos -, a ERSAR manteve a natureza de instituto público de regime comum, regendo-se pelo regime jurídico dos institutos públicos e sujeito à superintendência e tutela administrativas e aos poderes de orientação do Governo. Com a publicação daquele diploma, o seu estatuto jurídico altera-se e passa a entidade administrativa independente (art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 10/2014), exigência de resto imposta pelo n.º 1 do art. 3.º da lei-quadro das entidades reguladoras. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I.P. (ERSAR, I. P.) transforma-se, deste modo, em Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), num claro reforço das garantias de independência da entidade face ao poderes executivos.

Nestes termos, atualmente é a ERSAR que tem a sua cargo a regulação estrutural e comportamental do setor, que inclui a regulação económica, de qualidade do serviço, de qualidade da água para consumo humano e a monitorização legal e contratual ao longo do ciclo de vida, como veremos em pormenor no ponto seguinte.

¹³³ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 125/XII, p. 4.

¹³⁴ Não obstante, as funções de autoridade competente para o controlo da qualidade da água para consumo humano do IRAR eram exercidas sobre todas as entidades gestoras.

A ERSAR é, assim, uma entidade administrativa independente com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, nos termos da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, cujos estatutos se encontram cristalizados na Lei n.º 10/2014, de 6 de março. Este diploma procedeu à alteração do estatuto jurídico da ERSAR, revogando o DL n.º 277/2009, de 2 de outubro, e cumprindo as exigências de adaptação à nova lei-quadro das entidades reguladoras.

Os novos estatutos desta entidade vieram, por um lado, fazer face às exigências de um aprofundamento do modelo regulatório, que exigia uma reavaliação da natureza administrativa no universo das entidades reguladas e a correspondente independência orgânica e funcional do regulador, e, por outro, surgem no âmbito de um processo de reorganização estrutural do setor das águas e resíduos, com os objetivos de resolução dos problemas ambientais identificados de primeira geração e de incremento da sustentabilidade económico-financeira.

Para além do regime de independência da ERSAR previstos nestes novos estatutos, é de salientar a promoção do aumento de eficiência e de eficácia dos serviços de águas de saneamento, de águas residuais urbanas e de gestão dos resíduos urbanos, estando asseguradas as condições que permitem a *“obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte das entidades dos setores regulados exercidos em regime de serviço público”*¹³⁵. Saem reforçados os poderes regulatórios e de autoridade da ERSAR, já que se aplicam a todos os operados dos setores de águas e de resíduos, independentemente da sua titularidade ou da sua natureza jurídica¹³⁶.

¹³⁵ Comentário do CNADS sobre a Proposta de Lei 125/XII-GOV, que *Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos*, p. 2. Ainda assim, o CNADS considera que seria conveniente incluir *“a promoção da objetividade e da transparência nas relações com os consumidores e o estímulo à melhoria das condições técnicas dos setores regulados, condição necessária à sua viabilidade económica e ao seu adequado desempenho ambiental”*.

¹³⁶ Conforme se pode ler da Proposta de Lei n.º 125/XII, as funções da ERSAR enquanto regulador setorial têm sido continuamente ampliadas, já que originalmente se limitavam às concessões multimunicipais e municipais dos serviços de abastecimento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

3. A Regulação Económica no Setor da Água

3.1. Regulação Comportamental das Entidades Gestoras

Como já em 1935 Zanobini escrevia, “*O exercício privado de serviços públicos por meio de concessionários apresenta (...) uma característica que o distingue de qualquer outra forma de exercício privado. Tal característica consiste na importância decisiva que assume nesta forma de exercício o elemento capitalista. Ao passo que as outras formas de exercício privado se baseiam nas qualidades pessoais do privado, na sua capacidade, nas suas especiais atribuições (...), na concessão a atribuição baseia-se sempre em considerações de ordem económica, quase sem tomar em consideração a pessoa do concessionário*”¹³⁷.

Com efeito, pelas características dos mercados de serviços públicos, as exigências de regulação económica têm vindo a aumentar. A dimensão económica é cada vez mais patente e relevante aquando da atribuição de uma concessão, quer em virtude da forte conexão entre as PPP enquanto método de contratação (onde a concessão desempenha um papel fundamental) e o *Project Finance*¹³⁸ enquanto técnica de financiamento, quer pelo

¹³⁷ Cf. ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, vol. II, Milano, 1935, *apud* GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 234.

¹³⁸ Como escreve Gabriela Figueiredo DIAS (*Project Finance: Primeiras Notas*, in *Miscelâneas* n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra: Almedina, 2004, p. 115 e 116), o *Project Finance* constitui uma modalidade de engenharia ou colaboração financeira, contratualmente sustentada e garantida pelo fluxo de caixa gerado pelo projeto empresarial financiado. Esta é uma técnica de captação de recursos financeiros destinados ao suporte e ao desenvolvimento de um projeto economicamente autonomizável, cujos ativos pertencem a uma empresa criada com o propósito específico de implementar um projeto. Como explica a autora, estes projetos pressupõem uma estrutura jurídica “*multíssimo complexa*”, que envolve uma vasta gama de negociações, acordos e contratos, de onde deve resultar uma efetiva partilha de riscos: o caráter inovador do *Project Finance* reside nas particulares garantias oferecidas aos financiadores do projeto e na possibilidade conferida aos sujeitos envolvidos na operação de assumirem diferentes combinações de risco, de responsabilidade e de retorno. Os poderes públicos têm vindo a recorrer ao *Project Finance* no âmbito da concessão de serviços e equipamentos públicos à iniciativa privada e da captação de capitais privados, podendo aqui identificar-se uma sub-modalidade de *Project Finance*, a *Private Finance Initiative* (PFI), que se encontra associado às PPP. O PFI constitui, portanto, um modelo de concessão a privados de serviços e infraestruturas públicas, por parte do governo e da administração pública local, assumindo os privados a responsabilidade pela conceção/design, construção, financiamento e exploração/gestão de uma infraestrutura ou de um serviço. Para mais desenvolvimentos, cf. FERREIRA, Bruno, *Mecanismos de garantia em Project Finance*, in *O Direito*, n.º 4, 2009, p. 106, n.r. n.º 3.

facto de parte considerável dos autores justificar as PPP com os constrangimentos económico-financeiros dos Estados^{139 140}.

Ora, a necessidade de regulação económica impõe-se ao nível das chamadas *utilities* ou indústrias de rede na medida em que se exige uma intervenção pública que tenha impacto não só na estrutura da indústria regulada, como na definição e controlo do comportamento dos agentes económicos ao nível da definição de preços, de investimento no setor e, ainda, na manutenção da qualidade e universalidade do serviço prestado¹⁴¹. Cabe ainda à entidade reguladora, no exercício dos seus poderes de regulação económica, delimitar o âmbito de acesso permitido a outros agentes económicos, nomeadamente concorrentes de mercado¹⁴².

No que concretamente diz respeito ao setor da água e resíduos, esta componente do modelo regulatório deve ter como objetivo “*assegurar a aplicação de tarifários adequados aos serviços de águas e resíduos, num quadro de eficiência económica e financeira das entidades gestoras, promovendo ao mesmo tempo a sustentabilidade*”

¹³⁹ CAMPOS, Diogo Duarte de, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas: a Adjudicação In House em Particular*, série PLMJ, n.º 1, Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 61.

¹⁴⁰ Conforme escreve Fernanda MAÇÃS (*A Concessão de Serviço Público e o Código...*, p. 374), um fator comumente apontado como propiciador do reaparecimento da figura das concessões são os constrangimentos derivados das restrições orçamentais. Com efeito, “*num tempo em que os Estados se debatem com a necessidade de redução das despesas públicas, mas simultaneamente precisam desenvolver infraestruturas, a concessão reaparece como meio privilegiado, permitindo financiar ambiciosos programas destinados a manter o desenvolvimento económico, sem sobrecarregar os orçamentos públicos*”.

¹⁴¹ Cumpre, desde já, esclarecer que falamos na chamada “*economic regulation*”, que não se confunde com o direito da concorrência (*antitrust*). Com efeito, e ainda que a regulação possa ter por objetivo propiciar situações de relativa igualdade material que permitam a aplicação das normas de defesa da concorrência (neste sentido, *cf.* HELM, Dieter e JENKINSON, Tim, *Competition in regulated industries*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 1-22), o que é certo é que no direito da concorrência relevam sobretudo as condutas dos agentes e não o seu enquadramento estrutural de atuação. Não trataremos, portanto, das garantias dos princípios da liberdade de iniciativa económica e da igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos que enformam o direito da concorrência (*vide*, a este propósito, LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em rede: regulação para a concorrência, enquadramento jurídico-económico das redes físicas (telecomunicações, energia e transportes) e das redes virtuais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 154). Será feita, sim, uma análise da regulação económica enquanto “*desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indireta na atividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela atividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma atividade em função de determinados objetivos públicos*”, noção proposta por Eduardo Paz FERREIRA e Luís Silva MORAIS (*A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 22).

¹⁴² Adotamos a noção de regulação económica formulada por Christopher DECKER (*cit.*, p. 3). Segundo o autor, e ainda que se possa distinguir a regulação económica da regulação social, as duas encontram-se intimamente relacionadas: desde logo ao nível do serviço público de água, não é possível falar de regulação económica sem considerar políticas ambientais e questões de saúde e segurança pública.

*económica e financeira da entidade gestora quer a adequação dos preços à capacidade de pagamento dos utilizadores*¹⁴³. Sabendo que a regulação surge como um instrumento para promover o acesso a serviços de águas, prestados em regime de monopólio natural ou legal, com qualidade adequada e a preços socialmente comportáveis, a regulação económica procura essencialmente a melhoria do comportamento e da eficiência económica e financeira das entidades gestoras, em termos de tarifários e sustentabilidade económica e financeira, através da realização de um ciclo anual (ou plurianual) de regulação económica para todas as entidades gestoras, promovendo a regulação de preços¹⁴⁴.

A regulação económica surge, portanto, no âmbito de uma regulação dos comportamentos das entidades gestoras, em relação quer a aspetos económicos quer a aspetos de qualidade de serviço. Neste modelo, a regulação económica tem por objetivo influenciar os preços e avaliar os investimentos das entidades gestoras, evitando abusos de posição dominante por parte das entidades monopolistas, quer em termos dos preços praticados quer em relação aos níveis de qualidade dos serviços prestados, sem, entanto, inviabilizar económica e financeiramente a atividade dos operadores¹⁴⁵.

3.2. Regulação Económica e Política Tarifária

Ora, dispõe o art. 11.º-A do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto (alterado pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março) - cuja epígrafe é *regulação económica* - que “*a definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora para os serviços em alta e para os serviços aos*

¹⁴³ BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória...*, p. 149.

¹⁴⁴ Cf. BAPTISTA, Jaime Melo, *A Regulação e os Tarifários dos Serviços de Águas*, p. 135.

¹⁴⁵ Neste sentido, cf. MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação económica no sector das águas: Promoção da concorrência e sustentabilidade tarifária*, Tese de Doutoramento em Economia, 2007, p. 197. A regulação comportamental surge paralelamente com a regulação estrutural que, como a autora explica, “*consiste na definição de regras gerais de funcionamento do setor*”. Neste domínio cabem “*questões de otimização quanto aos níveis de (des)agregação geográfica e por tipo de serviços, e de (des)agregação vertical das EG*”: na sua vertente horizontal, o objetivo da regulação estrutural é conciliar o nível adequado de agregação das entidades gestoras com a eventual obtenção de economias de escala, criando condições de concorrência; já na vertente vertical, a regulação estrutural procura que seja alcançada uma ajustada agregação ou separação das atividades desenvolvidas ao longo das etapas do processo produtivo, quer do abastecimento de água, quer do saneamento de águas residuais, de que é exemplo a divisão em “*alta*” e “*baixa*”.

utilizadores finais, sendo sujeitas a atualizações anuais que entram em vigor a 1 de janeiro de cada ano”, e que à ERSAR compete emitir “parecer sobre as atualizações tarifárias dos serviços geridos por contrato, com vista à monitorização do seu cumprimento, podendo emitir instruções vinculativas em caso de incumprimento, nos termos previstos no regulamento tarifário”. Nos termos do n.º 3 deste art. 11.º-A, e para efeitos de fiscalização das normas relativas ao cálculo e formação de tarifas, as entidades gestoras devem remeter à entidade reguladora os tarifários dos serviços, acompanhados da deliberação que os aprovou e da respetiva fundamentação económico-financeira nos moldes definidos pelos regulamentos tarifários, no prazo de 15 dias após a sua aprovação.

Também nos termos dos novos estatutos da ERSAR, consagrados na Lei n.º 10/2014, de 6 de março, são atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica: “a) *Fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis; b) Regular, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis; c) Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento; d) Emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor; e, ainda, e) Garantir a faturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da fatura, visando a desagregação, perante o utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às atividades de águas, saneamento, gestão de resíduos e outros” (art. 5.º, n.º 3) ¹⁴⁶.*

¹⁴⁶ O DL n.º 92/2013, de 11 de julho, que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais 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, prevê de modo expresso no seu art. 8.º, al. b), que “o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente (...) b) a aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”.

Cabe, assim, à ERSAR promover a prática de preços que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do serviço, salvaguardem a acessibilidade económica por parte dos utilizadores desses serviços e simultaneamente permitam a viabilidade económica e financeira das entidades gestoras. No prosseguimento das suas atribuições, “a ERSAR procede à supervisão e avaliação das tarifas praticadas e da situação económico-financeira das entidades gestoras através, nomeadamente, da emissão de pareceres, propostas e recomendações”¹⁴⁷.

Nestes moldes, ao nível do serviço de águas, o modelo de regulação adotado passa não apenas pela regulação estrutural do setor mas também pela regulação comportamental das entidades gestoras que prestam estes serviços públicos essenciais e pelo desenvolvimento de atividades regulatórias complementares.

É de notar, contudo, que os modelos de regulação económica são distintos consoante se trate de sistemas multimunicipais ou de sistemas municipais.

Com efeito, ao nível dos sistemas multimunicipais, considerando o processo de aprovação dos orçamentos anuais e respetivas tarifas relativo a 2012, a decisão final relativa à fixação das tarifas compete ao concedente, através do ministro que tutela a pasta do Ambiente, mediante parecer prévio da ERSAR. Já se for um sistema municipal, a fixação das tarifas é da competência dos próprios municípios, ainda que tenham que seguir obrigatoriamente o novo regulamento tarifário: a ERSAR passa a auditar o cumprimento do regulamento, podendo vir a emitir instruções vinculativas para a correção dos tarifários, caso a sua recomendação não tenha sido respeitada.

A ERSAR pretende, portanto, responder às preocupações nacionais e municipais de sustentabilidade e acessibilidade económica dos serviços de águas e resíduos através da prática de preços eficientes¹⁴⁸.

¹⁴⁷ RASARP 2013, *Caracterização Económica e Financeira dos Serviços*, vol. II, 2014, p. 17.

¹⁴⁸ É normal que a entidade reguladora faça algum tipo de controlo de preços, que pode ser feito de duas formas distintas. A solução mais simples consiste em impor um regime de “*método do preço de custo acrescido*” (*cost-plus pricing*), também designada “*rate-of-return regulation*” Neste regime, o regulador fixa preços para aquela indústria de maneira a que esse preço cubra o custo de produção do serviço e inclua ainda uma taxa de retorno de capital capaz de manter os investidores interessados em substituir ou expandir os ativos daquela empresa. Contudo, este método está sujeito a duas críticas: desde logo, a empresa não terá qualquer tipo de incentivo a operar de modo eficiente, já que está consciente de que vai conseguir recuperar um eventual aumento de custos, com o subsequente aumento do preço do serviço; e, por outro lado, a empresa poderá ser incentivada a um sobre investimento em bens de capital, ou seja, a inflacionar o custo dos

Capítulo II: O Contrato de Concessão e a Regulação por Agência

1. Regulação por Contrato e Intervenção de um Entidade Terceira

Chegados a este ponto, cumpre analisar de que modo a entidade reguladora dos serviços de águas e resíduos atua ao nível das concessões municipais no serviço de abastecimento de água.

A relação que se estabelece aquando da celebração de um contrato de concessão de serviço de água envolve três partes: a entidade titular, que será o município, a entidade gestora e a entidade reguladora do serviço, ou seja, a ERSAR. Estas três entidades têm intervenção ao nível da atribuição e execução do contrato de concessão de serviço de abastecimento de água, sendo exigido no nosso ordenamento jurídico a abertura de um concurso público, nos termos gerais do CCP, e o cumprimento das regras especiais do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março^{149 150}.

ativos ou então a fazer despesas desnecessárias e extravagantes em equipamentos, já que quanto mais investirem, maiores serão os lucros de retorno. Uma solução mais equilibrada é a do preço máximo (“*price capping*”), ainda que não por tempo indefinido. A autoridade reguladora fixa os preços dos produtos para um determinado período de tempo (normalmente 3 a 5 anos), permitindo à empresa beneficiar de alguma poupança ao nível dos custos de produção que conseguisse fazer nesse período, sendo, no entanto, o preço recalculado em intervalos de tempo regulares de modo colocar novamente os preços em consonância com os custos subjacentes. A grande diferença em relação à “*rate-of-return regulation*” é que enquanto nesta o regulador permite que a empresa recupere todos os custos históricos que teve, naquela o regulador faz uma projeção para o futuro dos custos de produção daquela empresa e fixa preços gerais que permitem cobrir esses custos expectáveis. Se a empresa regulada for capaz de aumentar a sua eficiência e reduzir os custos para além daquilo que era esperado, os seus lucros aumentarão; se for menos eficiente que o esperado, as receitas diminuirão. A racionalidade subjacente ao “*price capping*” é, pois, de incentivo à redução de custos. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, *vide* BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 476-491. Também sobre a regulação de preços, *vide* CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 97 e ss, e BREYER, Stephen, *cit.*, p. 36 e ss e 60 e ss.

¹⁴⁹ Como estipula o art. 31.º do DL n.º 194/2009, “*a atribuição e a execução da concessão de serviços descritos no art. 2.º rege-se pelo disposto no presente decreto-lei e, subsidiariamente, no Código dos Contratos Públicos*”.

¹⁵⁰ No âmbito do CCP encontramos as regras relativas à formação do contrato (tipos de procedimento e tramitação), à sua modificação, aos direitos de *step in* e *step out*, bem como relativas ao incumprimento e extinção da concessão. Por outro lado, o conteúdo das peças do procedimento e do contrato, os poderes do concedente, os deveres do concessionário, as regras da partilha de riscos, os limites à revisão

Os contratos de concessão de serviços municipais de abastecimento de água regem-se, portanto, pelas regras do contrato propriamente dito e pelas imposições estabelecidas pelas entidade reguladora. Como explica António Leitão Amaro a propósito do modelo francês ou de contratualização da gestão, aqui “*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*”¹⁵¹.

No setor da água, o que se verifica é a efetiva existência de uma regulação por agência, em que as empresas titulares das atividades se submetem ao controlo da ERSAR, e ainda uma regulação por contrato, já que são celebrados contratos de concessão com os municípios ou com o Estado. Vejamos estas duas modalidades, começando pela regulação por contrato.

1.1. Regulação por Contrato *Lato Sensu e Stricto Sensu*

Como é sabido, o contrato impõe-se como um mecanismo ou fonte de regulação no domínio jurídico. Mais do que um *processo*, em que as obrigações assumidas pelas partes se tornam juridicamente vinculantes, o contrato assume-se como um *regulamento*, já que traduz o conjunto dos direitos e das obrigações que as partes reciprocamente assumem e que “*consustanciam a operação económica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato*”¹⁵². A opção pela celebração de contratos administrativos substitutivos da emanção de atos administrativos flexibiliza a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilitando a abdicação do exercício unilateral da competência decisória da Administração Pública¹⁵³.

Ora, o modelo de *regulação por contrato* tem precisamente por base uma relação que se estabelece entre o titular do serviço e o operador regulado: na conceção de Pedro

do contrato, o modo de intervenção da ERSAR, entre outros aspetos, devem obedecer ao disposto nos arts. 31.º a 58.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto.

¹⁵¹ *Cit.*, p. 45.

¹⁵² ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 125-126.

¹⁵³ OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 836-837.

Costa Gonçalves, esta é a regulação que tem por suporte um contrato celebrado entre uma autoridade pública com funções de regulação e uma (ou eventualmente mais que uma) empresa regulada. A regulação administrativa por contrato traduz, portanto, o processo jurídico de formulação e/ou implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma atividade económica¹⁵⁴.

Assim, e de acordo com esta formulação, a *regulação por contrato* abrange não só a relação que se estabelece entre concedente e concessionário mediante o contrato de concessão, em que a autoridade responsável por organizar o serviço é o município, como também os contratos que se celebram entre a entidade reguladora e entidade concessionária/regulada; tanto num caso como noutro a intervenção regulatória tem por base um *contrato real*.

O contrato de concessão, enquanto *contrato regulatório*, visa, assim, regular a conduta da empresa privada concessionária no exercício de uma atividade pública, assumindo-se como um *contrato sobre o exercício do poder público*¹⁵⁵.

No entanto, e ainda que se reconheçam as vantagens deste entendimento, sobretudo pela fácil distinção entre regulação por contrato e regulação por agência, parece-nos adequado proceder a uma nova construção, que distinga a regulação por contrato em sentido amplo, da regulação por contrato em sentido estrito ou *contrato regulatório* propriamente dito.

Do nosso ponto de vista, a noção de regulação por contrato *lato sensu* inclui a regulação que se baseia no contrato de concessão, celebrado entre concedente e concessionário, com intervenção da entidade reguladora, e ainda o *contrato regulatório*, celebrado entre regulador e regulado. Já considerada em sentido estrito, a regulação por contrato coincidirá com o *contrato regulatório*, contrato celebrado entre entidade reguladora e entidade regulada, com intervenção da autoridade pública responsável pelo serviço público em causa.

¹⁵⁴ Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Regulação Administrativa...*, p. 1012.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 1022. Por serem contratos sobre o exercício de poderes públicos, são de aplicar as regras dos arts. 336.º e 337.º do CCP, ou seja, a sua força jurídica e a possibilidade de fundarem uma tutela jurídica primária em benefício da empresa regulada depende do que se prescreve nessas disposições legais bem como dos princípios gerais que se devam aplicar aos contratos daquela categoria.

Nos termos desta nossa construção, o *contrato regulatório* distancia-se quer do *contrato de concessão* que é celebrado entre concedente e concessionário (e que ainda que possa ter a intervenção da entidade reguladora, não é, enquanto sujeito principal da relação, titular de direitos e obrigações), quer da tradicionalmente chamada *regulação por contrato* (em sentido amplo), enquanto mecanismo de regulação baseado num contrato pré-existente, que atribui poderes interventivos à entidade reguladora¹⁵⁶.

1.2. Regulação por Agência

É de notar, contudo, que a possibilidade de existir uma regulação por contrato não preclude a existência de *regulação por agência*.

Com efeito, e considerando que ao nível da regulação por agência o que se verifica é um modelo institucional de hetero-regulação pública que confia a tarefa de regulação a uma autoridade reguladora especialmente instituída para regular um determinado mercado¹⁵⁷, facilmente se compreende que a regulação por contrato, nomeadamente quando em causa estejam contratos de concessão, surge como um complemento à regulação por agência, como um instrumento ou mecanismo jurídico ou como uma estratégia de implementação pública administrativa¹⁵⁸.

O *contrato regulatório* e a regulação por contrato não têm de excluir, portanto, a regulação por agência: a regulação por contrato, enquanto estratégia regulatória e não apenas enquanto técnica regulatória, pode, de facto, conviver com a regulação por agência.

A regulação por agência não deve, contudo, ser compreendida como um fenómeno análogo ou idêntico ao que decorre de relações contratuais. É certo que, pelo menos na aparência, deteta-se alguma analogia ou proximidade entre o processo de

¹⁵⁶ Entre nós, torna-se mais difícil fazer uma compreensão dogmática destes *contratos regulatórios* porque têm de ser compreendidos em paralelo com os contratos de concessão (que pressupõem uma regulação por contrato). Em países com a Inglaterra ou o País de Gales, em que se deu uma privatização dos serviços de águas e resíduos, a noção de *contrato regulatório* deve ser considerada de uma diferente perspetiva: existe uma entidade reguladora que supervisiona a prestação direta dos serviços ao público por parte de um operador privado. Estes operadores privados entram no mercado mediante contrato com os consumidores mas cabe à autoridade reguladora controlar os termos desses contratos no que toca ao preço e à qualidade do serviço. Cf., a este propósito, COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts...*, p. 306.

¹⁵⁷ Seguimos a noção de Pedro Costa GONÇALVES (*Regulação Administrativa...*, cit., p. 1008, n.r. n.º 87).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 987.

regulação por agência de um determinado mercado e a ideia de contrato; contudo, o entendimento contratual da regulação por agência não convence. Repetindo a argumentação invocada por Pedro Costa Gonçalves, nesta situação a “*inexistência de um contrato não surge como o fruto de um acaso, mas sim como consequência de uma estratégia regulatória, politicamente definida, que não optou pela via contratual*”¹⁵⁹.

Vejam, de seguida, de que modo a regulação por contrato e a regulação por agência devem ser compreendidas ao nível da política tarifária no setor da água.

2. Poder Regulamentar da ERSAR e Intervenção ao Nível Tarifário

“(…) *The key resource of government is the power to coerce. Regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economic agents*”¹⁶⁰.

Resulta do exposto que, no domínio do serviço municipal concessionado de abastecimento de água, é possível a coexistência de uma regulação por contrato e uma regulação por agência. Ao nível das parcerias entre municípios e privados, o setor é regulado por contrato, que será de concessão, e por agência reguladora – a ERSAR. Atentas as especificidades do contrato de concessão, torna-se, então, necessário compreender qual o papel da entidade reguladora num domínio central da regulação económica: a fixação de tarifas.

Ora, a possibilidade de uma regulação ao nível das tarifas e dos preços assume-se, sem dúvida, como “*um dos mais importantes mecanismos de regulação dos mercados*”¹⁶¹. Sendo esta uma das questões centrais da política industrial, a regulação económica permanece em primeiro plano no debate económico, político e até social em muitas regiões e países e relativamente a múltiplos setores e mercados, visando corrigir falhas no seu

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 1012.

¹⁶⁰ VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E., e VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., Cambridge: MIT Press, 2005, p. 297.

¹⁶¹ GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

funcionamento, nomeadamente ao nível das infra estruturas de rede¹⁶². Torna-se, portanto, “essencial a intervenção de um regulador que, exercendo a sua função no campo dos serviços públicos essenciais, promova a sua prestação em obediência aos princípios de universalidade no acesso, de continuidade e qualidade de serviço, e de eficiência e equidade dos preços”¹⁶³.

Assim, é atribuição da ERSAR em termos de regulação comportamental em matéria económica “regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis”, tal como consta do art. 5.º, n.º 3, al. b), dos novos estatutos. Estes regulamentos tarifários consubstanciam, portanto, *normas regulatórias de origem pública*, ou seja, são editadas por autoridades públicas, no exercício de um poder público de carácter administrativo.

O DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, na sua versão inicial, atribuía, em matéria de tarifas, competência à ERSAR para emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços abrangidos, independentemente do modelo de gestão adotado para a sua prestação. As decisões das entidades gestoras que se mostrassem desconformes com as recomendações da entidade reguladora deveriam ser fundamentadas. Porém, com a alteração introduzida pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março, estas recomendações gerais passaram a ser “*instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor (...) permitindo a recuperação gradual dos custos associados, garantindo a transparência na formação da tarifa e assegurando o equilíbrio económico e financeiro do serviço prestado pelas entidades gestoras e de acordo com o princípio geral de equivalência previsto no Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, permitindo a compensação tendencial dos custos sociais e ambientais da atividade de gestão de resíduos urbanos*”. A Lei n.º 12/2014, de 6 de março, aditou ainda um art. 11.º-B ao DL n.º 194/2009, preceito onde se conferem poderes à ERSAR para, em caso de incumprimento dos regulamentos

¹⁶² Neste sentido, MARTINS, Maria Rita Vieira, *cit.*, p. 79. A autora explica que “a regulação setorial específica (...) define-se como o estabelecimento e a instituição de um conjunto de regras adequadas ao funcionamento equilibrado de um dado setor. A regulação económica das indústrias cuja atividade assenta em infra estruturas de rede, como a eletricidade, o gás, a água e o saneamento, as telecomunicações, entre outros, tem sido objeto de preocupação crescente nas últimas décadas, sobretudo com o advento das privatizações”.

¹⁶³ Proposta de Lei n.º 125/XII.

tarifários por parte das entidades gestoras de sistemas municipais, fixar, ela própria, as tarifas para esses sistemas.

O Regulamento Tarifário da ERSAR, que tem como uma das características fundamentais a universalidade, encontra-se preparado para ser *“aplicado a todas as entidades do setor, quaisquer que sejam as fases da cadeia de valor que intervenham ou o modelo de governo que adotem – gestão direta, gestão delegada, incluindo parceria, ou gestão concessionada -, independentemente da natureza pública ou privada da entidade gestora”*¹⁶⁴.

Estes poderes da autoridade reguladora resultam igualmente do disposto no art. 21.º da Lei 2/2007, de 15 de janeiro, onde se determina que *“o regulamento tarifário aplicável à prestação pelos Municípios das atividades mencionadas nas alíneas a) a c) do n.º 3 observa o estabelecido no art. 82.º da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, e no regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora dos setores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos”* (n.º 5), cabendo à *“entidade reguladora dos setores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos: a) emitir recomendações sobre a aplicação do disposto no regulamento tarifário do regulador, bem como nos n.ºs 1, 4, 5 e 7; b) emitir recomendações sobre a aplicação dos critérios estabelecidos nos estatutos da referida entidade reguladora e nos arts. 20.º a 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho; c) informar, nos casos de gestão direta municipal, de serviço municipalizado, ou de empresa local, a assembleia municipal e a entidade competente da tutela inspetiva de qualquer violação dos preceitos referidos nas alíneas anteriores”* (n.º 6)¹⁶⁵. Também nos termos do art. 8.º, al. b), do DL n.º 92/2013, de 11 de julho, que revogou o DL n.º 379/93, de 5 de novembro, se prevê que *“o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente: (...) b) a aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”*.

¹⁶⁴ Acórdão do STA de 25 de setembro de 2014, P. n.º 0799/14.

¹⁶⁵ Nos termos do n.º 7 deste art. 21.º, sem prejuízo do poder de atuação da entidade reguladora em caso de desconformidade, nos termos de diploma próprio, as tarifas municipais são sujeitas a parecer daquela, que ateste a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor.

3. Principais Questões a Resolver

Compreendido o modo como as entidades envolvidas na concessão de serviço municipal de serviço de água – entidade concedente, concessionário e entidade reguladora – se relacionam e de que maneira surge o poder regulamentar tarifário da ERSAR num campo em que as regras do jogo estão já definidas, cumpre expor os principais problemas que resultam desta dinâmica “*tridimensional*”. Faremos, assim, uma análise destas questões em três patamares distintos: ao nível da legitimidade de intervenção no domínio do poder local, ao nível do controlo efetuado e ao nível da manutenção do contrato de concessão e definição da partilha de riscos. Vejamos, em concreto, cada um destes problemas.

3.1. Legitimidade de Intervenção ao Nível Local

Como vimos, a natureza das entidades que levam a cabo a intervenção na economia modificou-se: de pública passou a privada. E é precisamente esta natureza privada que permite responder a necessidades de eficiência, rapidez e desburocratização, indispensáveis ao resultado económico que passou a ser “*ele mesmo, um fim da Administração*”¹⁶⁶.

No entanto, por esse motivo, a Administração atual vive mergulhada em preocupações de qualidade democrática mas também de eficiência e produtividade. Nestas novas e difíceis condições, próprias do Estado-Providência, a garantia do consenso, elemento de legitimidade da origem e do exercício do poder estatal, não pode esperar-se apenas da lei, ao invés do que sucedia nos primórdios do Estado moderno: colocam-se novos e complicados problemas de legitimação da atividade estatal, falando-se a este propósito do déficit democrático do Estado Social. Há que conjugar de novo autoridade e democracia, *kratos* e *demos*^{167 168}.

¹⁶⁶ MONCADA, Luís Cabral de, *cit.*, p. 24.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 25.

Com efeito, tanto o serviço de abastecimento de água como o serviço (mais amplo) de saneamento básico constituem atribuições exclusivas dos municípios. Ainda que por razões de interesse nacional estas atribuições possam ser partilhadas com o Estado, o que é certo é que a intervenção estatal apenas pode incidir sobre os sistemas em alta, continuando a gestão dos sistemas em baixa a ser garantida pelos municípios^{169 170}.

Assim sendo, questão deveras pertinente, e que surge como consequência do reforço dos poderes de regulação tarifária da ERSAR, jaz em saber até que ponto pode esta entidade intervir na fixação de tarifas a um nível municipal.

3.1.1. A Autonomia do Poder Local

As autarquias locais podem ser definidas como as “*pessoas coletivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em certas circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios, representativos dos respetivos habitantes*”¹⁷¹. A sua existência obrigatória no nosso ordenamento jurídico é o resultado de uma “*opção estadual soberana*”¹⁷², constitucionalmente cristalizada e que é necessária para se poder afirmar a democraticidade da organização do Estado. Tal como resulta do n.º 1 do art. 6.º da CRP, que deve ser conjugado com o Título VIII (Poder Local) da Parte III (Organização do Poder Político) da CRP, “*o Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autónomico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática*

¹⁶⁸ “*The term democracy should be used only to describe the ideal of a political system one of the characteristics of which is the quality of being completely or almost completely responsive to all its citizens*” (DAHL, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*, apud FREEMAN, Jody, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law Annual Regulation of Business Focus: Privatization*, in *Administrative Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000, p. 814).

¹⁶⁹ Cf. MARTELO, Bruno, *Descalça vai para a Fonte: a ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, in *Cedipre Online*, n.º 23, 2014, p. 29.

¹⁷⁰ O fornecimento de serviços de água constitui igualmente uma competência municipal em França, na Alemanha e na Holanda.

¹⁷¹ Noção avançada por Freitas do AMARAL (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., 2006, p. 480 e 481).

¹⁷² ANDRADE, Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *Autonomia e Atribuições das Autarquias Locais*, in *Manual do Eleito Local*, vol. I, CEFA, 1994, p. 19.

da administração pública”¹⁷³. Este preceito possui um conteúdo denso, já que apresenta o princípio da autonomia das autarquias locais acompanhado dos princípios da subsidiariedade e da descentralização democrática da Administração Pública, bem como o respeito do regime autonómico insular^{174 175}.

A autonomia local consiste, por conseguinte, num “*poder político que pertence ao povo*” (art. 108.º da CRP) que se exerce a nível local e através de instituições que são as autarquias locais. E surge ainda consagrada na Carta Europeia da Autonomia Local, convenção que representou “*o primeiro instrumento jurídico multilateral que define e garante os princípios da autonomia local*” e que constituiu “*um dos pilares da democracia que o Conselho da Europa tem por missão defender e desenvolver*”¹⁷⁶.

Assim, e para além de gozarem de uma autonomia necessária – que resulta de uma imposição constitucional –, gozam ainda de uma autonomia genérica, por serem entes de base territorial aos quais é cometido o encargo de prosseguirem os interesses gerais das respetivas comunidades, e de uma autonomia democrática, na medida em que os titulares dos seus órgãos são representativos das populações¹⁷⁷. A CRP impõe ainda que o Estado, nas suas relações com as autarquias locais, demonstre respeito pelos princípios da descentralização, da subsidiariedade e da autonomia local, devendo ser garantido a estas

¹⁷³ A interpretação deste preceito obriga-nos a ter em consideração o art. 5.º da Constituição Italiana de 1957, que, certamente, os constituintes tiveram em mente ao redigir esta parte da CRP. Nesse artigo consagra-se que “*A República é una e indivisível. Reconhece e promove a autonomia local, e implementa medidas de descentralização nos serviços que se encontram dependentes do Estado. A República adapta os princípios e os métodos legislativos às exigências de autonomia e descentralização*”.

¹⁷⁴ Neste sentido, OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 80.

¹⁷⁵ Na formulação de Gomes CANOTILHO (*Distribuição pelos Municípios de energia elétrica de baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIII, tomo V, 1988, p. 28), o princípio da autonomia local é um *prius*, consistente na garantia que: as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais; visam a prossecução dos interesses próprios das populações respetivas; dispõem de autonomia administrativa, património e finanças próprias; devem ver reconhecidas pela lei atribuições e organização tais que permitam a prossecução dos interesses próprios das populações que representam; devem ver acolhidas na lei as competências dos seus órgãos indispensáveis à realização daqueles interesses; e, ainda, são dotadas de órgãos representativos, ou seja, cujos titulares são designados por sufrágio. O princípio da descentralização é um *posterius*, que decorre do primeiro e se traduz na imposição ao Estado-Coletividade do reconhecimento político-legislativo de que a autonomia das autarquias locais é intocável, devendo a tutela cingir-se ao disposto no art. 243.º da CRP.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, António Cândido de, *cit.*, p. 107.

¹⁷⁷ Encontra-se, portanto, implícita uma ideia de autoadministração, que pretende traduzir a ideia de que a cura dos interesses próprios das comunidades locais é entregue às próprias populações que depois escolhem os seus representantes para aquele efeito. Neste sentido, *vide* ANDRADE, Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *cit.*, p. 21.

peças coletivas de fins múltiplos um feixe de atribuições para a prossecução dos interesses próprios das populações respetivas¹⁷⁸.

Nesta medida, e como bem se compreende, se nos encontramos perante uma atribuição municipal, a intervenção estatal só deve ocorrer quando a solução não possa ser encontrada junto das entidades mais próximas dos cidadãos. No caso dos serviços de águas e resíduos, se a ingerência, ao nível dos sistemas em alta, encontra justificação na necessidade de salvaguarda do interesse nacional¹⁷⁹, “*o mesmo já não sucederá com os sistemas em baixa que, para além de se integrarem no âmbito dos interesses próprios das populações a que alude o art. 235.º, n.º 2, da CRP, podem, sem óbices de maior, ser geridos pelas autarquias locais de forma mais eficaz do que aquela que resultaria de uma intervenção estatal*”¹⁸⁰.

Ora, como se viu, os novos poderes regulatórios da ERSAR conferem-lhe competência, no que toca às tarifas dos sistemas municipais, para regulamentar, avaliar e auditar a fixação de tarifas, emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estatuído no regulamento tarifário e, ainda, fiscalizar e sancionar o seu incumprimento.

Cumpra então aferir de que modo se podem conciliar estas novas atribuições da ERSAR em matéria de regulação económica com o princípio da autonomia local e ao abrigo de que poder é emanado o Regulamento Tarifário da ERSAR.

¹⁷⁸ É de notar que a epígrafe do art. 237.º da CRP - descentralização administrativa - é equivocada. Com efeito, e como explicam Vital MOREIRA e Gomes CANOTILHO (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4ª ed., 2014, p. 723), do que aí se trata é de explicitar a ideia de que a “*administração autónoma exercida pelas autarquias locais constitui uma forma de descentralização do Estado Democrático, e não de uma mera descentralização funcional ou de uma mera administração mediata do Estado*”. A descentralização democrática autárquica não é, portanto, um direito fundamental perante o Estado mas antes “*uma garantia indispensável ao direito de as autarquias regularem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das populações, uma parte importante dos problemas das respetivas coletividades*”.

¹⁷⁹ Ao nível dos sistemas multimunicipais, foi entendimento da doutrina e da jurisprudência, nomeadamente no acórdão do TC de 22 de setembro de 1999, n.º 517/99 (P. 61/95), que a sua criação era legítima por razões de interesse nacional e estando em causa a proteção do ambiente e da qualidade de vida das populações. Seria exigido, no entanto, que estivessem em causa obras de importância estratégica, que tivessem de ser realizados investimentos com relevância supramunicipal e, ainda, que fosse respeitada a coabitação com os sistemas municipais (ou seja, fica proibida a criação de um sistema multimunicipal que integrasse as “baixas” com o objetivo de garantir o abastecimento público e o saneamento de águas residuais). A satisfação dos interesses diretos dos municípios constituiria reserva municipal, de acordo com o princípio constitucional do respeito pela autonomia dos municípios. Neste sentido, *cf.* MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais...*, p. 74 e 75.

¹⁸⁰ MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 30.

3.1.2. Tutela Substitutiva do Governo sobre as Autarquias

Como vimos, e é salientado por António Cândido de Oliveira, a autonomia local funda-se numa base territorial e implica a aceitação de uma certa margem de liberdade e de iniciativa, constituindo, assim, um elemento de diversidade inevitável que se acomoda mal aos princípios da igualdade e de uniformidade, muito próprios dos Estados modernos¹⁸¹. Concretamente, ao nível dos serviços municipalizados, tem-se assistido a uma crescente complexidade técnica da administração moderna, que exige a transferência de decisões para unidades mais importantes do que as unidades administrativas de base local, e a uma tendência para uma maior igualdade ao nível dos serviços, sendo assumida uma cada vez mais extensa responsabilidade do Governo nacional na gestão da economia¹⁸².

Nas palavras de Vital Moreira, “*a ideia de administração autónoma surge normalmente associada a todas as representações tendentes a limitar a ação direta do Estado*”¹⁸³, e é uma exigência decorrente do Estado de direito democrático e pluralista que impõe uma separação vertical de poderes e de funções, a par de uma separação horizontal enquanto delimitação institucional e funcional entre os órgãos de soberania¹⁸⁴. A distribuição do poder visa, portanto, responder a exigências de limitação do poder do Estado.

Contudo, a capacidade de auto-administração de que gozam estas organizações integrantes da administração autónoma (para a prossecução dos seus interesses próprios) não pode traduzir-se num poder incondicionado, pois, como bem salienta Pedro Costa Gonçalves, esse poder colocaria em causa a perda da unidade do Estado (art. 6.º, n.º 1 da CRP), a eventual prossecução do interesse público (art. 266.º, n.º 1) e a necessária eficácia e unidade de ação da Administração (art. 267.º, n.º 2)¹⁸⁵. Razão por que é exigida uma intervenção supra-ordenada de uma organização central sobre as organizações autónomas

¹⁸¹ *Cit.*, p. 109.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 75.

¹⁸⁴ Cf. FOLQUE, André, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios: condicionalismos constitucionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18.

¹⁸⁵ *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, Coimbra: CEFA, 1997, p. 7.

que represente um verdadeiro limite à sua autonomia: esta intervenção designa-se por tutela administrativa, que representa a intervenção externa (de controlo ou de fiscalização da legalidade e/ou do mérito) a que fica sujeita uma organização autónoma.

No que se refere concretamente à tutela sobre as autarquias locais, e considerando o princípio da autonomia analisado *supra*, a relação tutelar constitui, à partida, um modelo exclusivo para definir o enquadramento das relações entre a administração central e a administração autárquica. A autarquia prossegue os seus interesses próprios, exclusivos, com uma autonomia baseada na Constituição e na Lei, e a Administração Central, no exercício do seu poder tutelar, efetua um controlo externo, destinado a apurar factos que possam justificar a aplicação de sanções¹⁸⁶.

Ora, não podendo considerar-se a ERSAR como uma entidade com poderes de tutela sobre as autarquias locais, não se compreenderia como e em que medida ficariam elas obrigadas a observar as disposições de um regulamento tarifário¹⁸⁷.

Com efeito, ao falar na tutela sobre as autarquias locais, a nossa Constituição, ainda que aponte mais diretamente para a tutela inspetiva, admite outras formas de tutela, nomeadamente a tutela integrativa e a tutela sancionatória¹⁸⁸. No entanto, o que é indubitavelmente inadmissível, independentemente da leitura que se faça do art. 242.º da CRP, é a tutela substitutiva, ou seja, o poder de o Governo se substituir às autarquias locais

¹⁸⁶ A tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos, estando abrangidas as normas constitucionais, as normas de direito internacional recebidas na ordem interna, as normas de direito público europeu derivado, os princípios gerais de direito público, os atos legislativos, as normas de regulamentos emanados pela própria autarquia, por autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, sendo que, neste último caso, apenas estão incluídos os regulamentos emanados no exercício desse poder tutelar.

¹⁸⁷ MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 34.

¹⁸⁸ Pronunciando-se sobre a questão de saber se a CRP admite outras formas de tutela para além da inspetiva, Pedro Costa GONÇALVES (*O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa...*, p. 14-16) admite precisamente que possam ser estabelecidas por lei outras formas de tutela, nomeadamente: (i) tutela integrativa (exercida através de pareceres vinculantes, autorizações e aprovações que, de todo o modo, não tenham em vista o controlo do mérito da atuação das autarquias locais); (ii) tutela sancionatória (aplicação de medidas sancionatórias nos casos especificamente previstos); e, ainda, (iii) tutela anulatória (poder de anulação de atos administrativos ilegais praticados pelos órgãos autárquicos). Exclui-se, portanto, a possibilidade de tutela revogatória (revogação de atos do ente tutelado, que pressupõe um juízo sobre o mérito ou a oportunidade desses atos e não apenas, portanto, sobre a legalidade dos mesmos), bem como a tutela substitutiva (poder de o Governo se substituir às autarquias locais na prática de determinados atos administrativos a que aquelas estão obrigadas). Também de acordo com Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 897), a constituição não admite, relativamente às autarquias locais, a tutela orientadora (instruções, recomendações), a tutela homologatória, a tutela substitutiva e o recurso tutelar.

na prática de atos a que elas estejam obrigadas. E, como é entendimento de alguns autores, o poder de fixação de tarifas que se atribui à ERSAR no DL n.º 194/2009 pode ser visto, justamente, como um poder de tutela substitutiva¹⁸⁹.

Contudo, e ainda que se considere que a lei atribui à ERSAR um poder hierárquico-administrativo sobre as autarquias locais que vai muito para além daquilo do que a Constituição permite, não nos parece que esta atribuição viole o princípio constitucional da autonomia local. A ideia de que a gestão da água constitui uma atribuição municipal por natureza e de que as atividades em baixa integram o núcleo duro da autonomia municipal nesta matéria é coerente com a importância que a CRP confere à autonomia autárquica. No entanto, não podemos deixar de concordar com Rui Medeiros quando advoga que é duvidoso “*que se deva falar em atribuições dos municípios “por natureza” e, como tal, inconcetíveis 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*”¹⁹⁰.

No que toca, então, à definição de tarefas através de poder regulamentar da ERSAR, parece-nos que estamos já fora da “*zona absolutamente incompressível da autonomia das autarquias locais*”, e perante um “*círculo adjacente*” formado por matérias que não pertencem àquela zona mas ao que se pode chamar a “*zona facultativa ou optativa*” do princípio constitucional em causa¹⁹¹. Discordamos, portanto, 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*”: existem domínios que, por incidirem sobre matérias que têm de ser vistas em conexão com o todo nacional, não podem pertencer em

¹⁸⁹ MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 35. O autor explica que, sendo a tutela sobre as autarquias locais uma tutela de legalidade que consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, então não cabem aí as medidas de direção da atividade administrativa dos órgãos autárquicos, através de ordens ou instruções, já que inexistente um poder de direção que caracteriza a relação hierárquica. Não cabe sequer, no âmbito dessa relação, o poder de orientação do ente tutelado. Se a entidade tutelar não pode dirigir nem orientar a entidade tutelada, muito menos poderá substituir-se a esta revogando (revogação substitutiva) atos por ela praticados.

¹⁹⁰ *Cit.*, p. 83 e 84. Nos termos expostos pelo autor, a configuração de um quadro de relações entre o Estado e as autarquias locais assente num modelo horizontal rígido de repartição de atribuições não é, portanto, constitucionalmente necessária.

¹⁹¹ Utilizando a formulação de Rui MEDEIROS (*Raízes e contexto da distinção...*, p. 85) e Marcelo Rebelo de SOUSA (*Distribuição pelos municípios da energia elétrica de baixa tensão*, in *CJ*, ano XII/V, 1988, p. 31).

exclusivo ao município e devem, por isso, estar abertas à intervenção concorrente das autarquias e do Estado¹⁹².

Na esteira de António Cândido de Oliveira, não podemos deixar de concordar que a autonomia das autarquias locais deve ser considerada como uma forma de resolver os problemas da moderna gestão pública de um modo mais eficiente e racional do que através de uma administração centralizada e burocrática. Tal não significa, no entanto, que o município deva exercer uma atividade fora do domínio do Estado, ou seja, que se estabeleça uma esfera de imunidade em relação ao Estado ou uma “*independência mal concebida*”¹⁹³.

Neste sentido, pese embora se reconheça o papel relevante que as autarquias locais desempenham no conjunto da economia nacional, o que é certo é que as regulamentações destinadas a manter o equilíbrio económico do país e o facto de cada vez mais tarefas públicas interessarem a diferentes níveis de administração, fazem com que seja cada vez mais difícil defender a competência exclusiva de um só escalão de autoridade¹⁹⁴. Como já em 1989 escrevia Vieira de Andrade, o modo como a CRP acentua e valoriza as ideias de descentralização (art. 239.º), de interesses próprios (art. 237.º) e de reserva de poderes (arts. 242.º e 243.º) deve ser compreendido no contexto de um *modelo de autonomia relativa ou flexível*, que, tendo por base o modelo tradicional, disponha de elasticidade suficiente para permitir a sua adaptação aos novos tempos¹⁹⁵.

Defendemos, assim, uma conceção que, adaptada ao nosso tempo, confie, por um lado, à administração local o exercício, sob responsabilidade própria, de um conjunto significativo de assuntos, a delimitar na massa das tarefas que incumbem à Administração Pública, e reconheça, por outro lado, às autarquias locais o direito de participar nas decisões a nível administrativo superior, nomeadamente naquelas que se vão repercutir no

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Cit.*, p. 110.

¹⁹⁴ António Cândido de OLIVEIRA, *cit.*, p. 110.

¹⁹⁵ *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica em baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIV, tomo I, 1989, p. 20 e 21. Como o autor explica, o princípio da autonomia local deve ser entendido como um princípio regulativo, que o legislador tem sempre de considerar quando regula matéria que respeite diretamente às autarquias. Mas se as características da atividade pública ou o contexto em que se desenvolvem, a capacidade de gestão dos órgãos em presença, os interesses superiores do Estado (ou, pelo menos supramunicipais) ou razões de unidade de ação ou de eficiência o justificarem, poderá a lei optar por soluções diversas.

território local. Parece-nos que as autarquias devem ter direito de decisão sobre aqueles assuntos que podem ser resolvidos a nível local e que devem ter o direito de intervir em todos os assuntos que interessem às respetivas populações: o poder local não desaparece mas é efetivado dentro de um quadro mais amplo e racional, previamente estabelecido, conforme exige a Administração Pública dos nossos dias.

3.2. Intervenção Regulamentar – Determinação *Ex Ante* e Controlo *Ex Post*

3.2.1. Determinação *Ex Ante* das Tarifas e Controlo *Ex Post*

Na análise dos poderes de regulação económica da ERSAR em matéria tarifária podemos constatar que a Lei n.º 12/2014, de 6 de março, introduziu o art. 11.º-A no DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, segundo o qual a definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela ERSAR para os serviços em alta e para os serviços aos utilizadores finais, sendo sujeitas a atualizações anuais que entram em vigor a 1 de janeiro de cada ano.

E apesar de o regulamento tarifário para os serviços de águas não ter sido ainda aprovado, o certo é que, se nalgum aspeto se assemelhar ao regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, várias questões devem ser levantadas e discutidas.

Com efeito, no regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, no que toca aos sistemas em gestão concessionada, as receitas previsionais do serviço de gestão de resíduos em gestão concessionada resultam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão, sendo a estrutura tarifária do serviço de gestão de resíduos em gestão concessionada definida no processo concursal sujeita ao estipulado na secção relativa aos sistemas em gestão direta¹⁹⁶. Nestes termos, as tarifas do primeiro ano de exploração resultam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão, sendo as trajetórias

¹⁹⁶ Nos termos do art. 83.º do regulamento tarifário do serviço de resíduos urbanos. De acordo com o estipulado no art. 82.º “o período de regulação dos serviços prestados em modelo de gestão concessionada tem a duração equivalente ao prazo do contrato de concessão”.

tarifárias revistas de 5 em 5 anos e podendo ou não ser alteradas, nomeadamente para regularização dos impactos decorrentes da verificação dos riscos que devam ser repercutidos nas mesmas, nos termos definidos no contrato de concessão, ou para adequação às regras constantes do Capítulo II do Título II deste regulamento. A ERSAR emite parecer sobre as atualizações tarifárias a realizar nos termos previstos no contrato de concessão, assim como sobre as revisões das trajetórias tarifárias, sem prejuízo do exercício das demais competências em matéria de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão que possam influenciar a determinação do montante dos proveitos tarifários.

A ERSAR tem, assim, uma atuação *ex ante* na fixação dos preços, já que as tarifas aplicáveis terão de cumprir o regulamento tarifário para o setor das águas. Mas possui ainda mecanismos para uma intervenção *ex post*, em caso de incumprimento das estipulações regulamentares¹⁹⁷.

Com efeito, e tal como vimos *supra*, a ERSAR deve “emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento” e “emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor” (art. 5.º, n.º 3, als. c) e d) da lei n.º 10/2014, de 6 de março). Os novos estatutos da ERSAR vieram, portanto, reforçar a eficiência do setor das águas, tornando esta entidade independente e com poderes reforçados; e o mesmo sucedeu com a Lei n.º 12/2014, de 6 de março que, como tivemos já oportunidade de referir, fez com que a ERSAR deixasse de ter competência apenas para “emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços objeto do presente decreto-lei, independentemente do modelo de gestão adotado para a sua prestação, e acompanhar o seu grau de adoção, divulgando os respetivos resultados”.

Para além disso, no que se refere à atuação da ERSAR perante possíveis incumprimentos em matéria tarifária, é ainda de referir a revogação dos n.ºs 10 e 11 do art.

¹⁹⁷ Nas palavras de Vitor CALVETE (*As semelhanças e as diferenças: regulação, concorrência e all that jazz*, in *Julgar*, n.º 9, 2009, p. 82 e ss), a regulação pública não se pode reconduzir a uma simples ideia de “normação pública”: ainda que esta função normativa seja uma das características marcantes das entidades reguladoras, o poder de ditar as regras tem de vir de braço dado com o poder de assegurar a sua aplicação e de reprimir as suas infrações (ARAGÃO, Alexandre Santos, *Agências Reguladoras e a Evolução no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 24).

11.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, e a introdução do art. 11.º-B. Nos termos desta nova disposição, quando, com base na informação disponível, a ERSAR considere que existem indícios de que as tarifas aprovadas “*não cumprem a legislação e regulamentação aplicáveis*”, inicia-se um procedimento que pode conduzir à emissão de uma instrução vinculativa com indicação dos valores a praticar e, no caso de serviços geridos por contrato, à determinação sobre se existe necessidade de o rever. É ainda de sublinhar que, decorrido o prazo de 30 dias após a emissão da referida instrução vinculativa, sem que as tarifas tenham sido adaptadas nos termos indicados pela ERSAR, as mesmas são fixadas pela entidade reguladora e comunicadas às entidades gestoras e às entidades titulares dos serviços. Estamos, assim, perante um regime de auditoria do cumprimento regulamentar.

3.2.2. O Sistema de Titularidade Estatal e o Sistema de Titularidade Municipal no Regulamento Tarifário

É certo que, numa primeira leitura, estes mecanismos de imposição de regime tarifário e o regime de fiscalização e sancionamento do seu incumprimento parecem adequados a fazer face às exigências de regulação económica do setor: fixam-se as regras a cumprir e sanciona-se o seu incumprimento. Contudo, e ainda que reconheçamos o reforço do papel regulatório que neste campo foi dado à ERSAR, ainda assim parece-nos que serão de repensar os moldes como o sistema de fixação de tarifas se encontra estruturado. E a primeira questão que se coloca prende-se com a estipulação das regras tarifárias para os sistemas de titularidade municipal em contraposição aos sistemas de titularidade estatal.

Com efeito, se no domínio da gestão de resíduos o regulamento fala em proveitos permitidos para os sistemas de titularidade estatal, calculados nos termos do n.º 2 do art. 26.^{o198}, já para os sistemas de titularidade municipal – seja em gestão direta, delegada ou concessionada – o regulamento fala em receitas previsionais, calculadas de acordo com os

¹⁹⁸ “Os proveitos permitidos são definidos pela ERSAR, para cada período regulatório, de acordo com a seguinte expressão: *Proveitos permitidos = custo de capital + custo de exploração + incentivos – ajustamentos – benefícios de atividades complementares – receitas adicionais – ganhos financeiros derivados de juros bonificados*”

arts. 54.º e ss¹⁹⁹. Nota-se, portanto, uma contenção ao nível do próprio regulamento tarifário no que toca à interferência da entidade reguladora para fixar os preços do serviço.

Precisamente pela questão da legitimidade de intervenção ao nível do poder local, o regulamento tarifário para o setor das águas, se for entretanto aprovado à semelhança do regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, terá um âmbito de aplicação distinto no caso de serviços prestados pelo Estado e serviços prestado pelos municípios. E, como vimos, do nosso ponto de vista, esta posição mais contida, alicerçada no princípio da autonomia local, atentos os interesses em causa, pode não ser a que possibilite uma maior uniformização nos procedimentos tarifários aplicados pelas entidades gestoras aos consumidores.

É indiscutível que as concessionárias municipais se regem por um contrato com regras pré-estabelecidas que lhes garantem uma determinada rentabilidade para o período da concessão, tendo por base uma trajetória tarifária construída com base em pressupostos de procura e de custos. Nestas situações, *“a intervenção do regulador está mais condicionada em termos de definição das tarifas, uma vez que o que prevalece é a fórmula de atualização tarifária estabelecida no contrato”*²⁰⁰.

Não podemos, portanto, deixar de concordar que a intervenção da ERSAR em matéria de regulação económica tem de ser desenvolvida dentro do quadro legal existente e, no caso das entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal e das concessões municipais, segundo as regras estabelecidas nos respetivos contratos de concessão; no entanto, *“importa que o regulador disponha de instrumentos regulatórios para atuar no quadro legal definido e que o faça de acordo com regras claras e universais para o setor, atendendo, naturalmente, às especificidades dos modelos de gestão existentes”*²⁰¹. Destes instrumentos trataremos no Capítulo seguinte.

¹⁹⁹ As *receitas previsionais totais* equivalem às receitas previsionais do serviço de gestão de resíduos urbanos prestado a entidades gestoras somadas às receitas previsionais do serviço de gestão de serviços urbanos prestado a utilizadores finais. No primeiro caso está em causa a previsão do custo total a incorrer pela entidade gestora com a prestação do serviço de gestão de resíduos urbanos a outras entidades gestoras, em euros; já no segundo, trata-se da soma das receitas previsionais das tarifas de disponibilidade, com as receitas previsionais das tarifas variáveis, e com as receitas previsionais dos serviços auxiliares ao serviço de gestão de resíduos urbanos.

²⁰⁰ SANTIAGO, Ana, *ERSAR vai apresentar versão melhorada do Regulamento Tarifário da Água*, in *Ambiente Online*, fevereiro de 2015.

²⁰¹ *Ibidem*.

3.3. Financiamento do Serviço e Partilha de Riscos

A evolução dos serviços de águas que acima deixámos descrita conduziu a uma “*realidade com vários pontos muito positivos mas alguns aspetos críticos*”²⁰². E um dos aspetos que merece preocupação diz precisamente respeito à sustentabilidade do setor no plano económico e financeiro. As diferentes opções de investimento implementadas nas várias regiões do País conduziram a que, quer ao nível da qualidade quer ao nível das tarifas aplicáveis aos serviços de abastecimento de água, se verifiquem situações totalmente díspares ao longo do território nacional. Para além disso, também a diversidade de políticas tarifárias dos sistemas, em particular nos sistemas municipais, tem vindo a contribuir para a heterogeneidade deste setor^{203 204}.

Com efeito, os serviços de água podem ser pagos através de diferentes tipos de instrumentos: tarifas, subsídios, impostos e outros – *taxes, tariffs and transfers* (3Ts)²⁰⁵. Estes três instrumentos, por sua vez, reconduzem-se a três categorias de financiadores: os utilizadores dos serviços, os contribuintes fiscais e os contribuintes externos²⁰⁶. Na primeira solução, haverá repercussão integral dos custos da construção das infra-estruturas e equipamentos e do funcionamento dos serviços na tarifa paga pelos utilizadores dos serviços²⁰⁷; na segunda solução, os custos dos serviços são suportados, via orçamento

²⁰² AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 54.

²⁰³ *Ibidem*, p. 55.

²⁰⁴ Como a solução de muitos sistemas municipais tem sido a da não repercussão integral dos custos na tarifa (por diversos motivos, nomeadamente políticos), vários sistemas encontram-se hoje numa situação financeira muito preocupante. Existem concessões que se encontram em situação grave, entre concedente e concessionário, verificando-se fortes pressões para renegociar tarifas, prazos de concessão, diminuição de investimentos e valor das rendas (como é o caso da concessão de Barcelos). Para além disso, a complexa situação financeira do setor afeta operadores públicos e privados, modelos de gestão de administração direta ou indireta, entidades municipais ou supramunicipais. Neste sentido, *cf.* GODINHO, Rui, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: O Caso Português*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 28.

²⁰⁵ Sobre os diferentes instrumentos de pagamento destes serviços, *cf.* OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, p. 26 e ss.

²⁰⁶ Estas são transferências constituídas fundamentalmente por fundos comunitários e suportados pelo contribuinte europeu.

²⁰⁷ Conforme explica André de LAUBADÈRE (*Traité des contrats administratifs*, vol. I, 2.^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 100 e ss.), o contrato de concessão traduz-se na convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa privada (a concessionária) de fazer funcionar o serviço público por sua conta e risco, fazendo-se pagar através das *taxas cobradas aos utentes* (itálico nosso). Como veremos no terceiro capítulo desta Parte II, as

estadual ou municipal, pelos impostos pagos pelos contribuintes²⁰⁸; uma terceira opção passa pelo recurso a fundos disponibilizados por financiadores externos, como por exemplo, a fundos estruturais da UE, que têm suportado parte significativa dos custos da construção das infra-estruturas de águas em Portugal.

Neste sentido, a ideia de que os privados cobram tarifas mais altas que os municípios apenas corresponde à realidade se for tida em consideração a subsidiação que os municípios praticam nos seus tarifários. Muitas vezes as tarifas dos municípios não cobrem a amortização dos investimentos, nem sequer os custos de exploração, o que significa que não são os consumidores que suportam esses custos mas sim os contribuintes²⁰⁹. Cria-se, nesta medida, um verdadeiro ciclo vicioso: como os proveitos não cobrem os custos, então os municípios não têm capacidade de investimento, as redes não são renovadas e a qualidade do serviço degrada-se. Sendo o serviço prestado de baixa qualidade, falta legitimidade para aumentar os preços²¹⁰.

Ao nível da função de financiamento, podem existir soluções puras ou mistas, em que a base de suporte dos custos é distribuído por uma ou mais categorias de financiadores. O caso português é, precisamente, um caso de solução mista. É certo que o direito atualmente em vigor em Portugal, quer por imposição europeia – Diretiva-Quadro da Água²¹¹ – quer pela lei nacional de transposição – Lei da Água²¹² – impõe uma

tarifas devidas pelos utentes aos concessionários geram diversos problemas, nomeadamente ao nível da relação de consumo que se estabelece e a competência jurisdicional para decidir litígios que envolvam a falta de pagamento do serviço prestado pelo concessionário.

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ Referindo-se especificamente às taxas de utilização da água de rega da barragem do Alqueva, Vital MOREIRA (*Os Preços dos Bens e Serviços Públicos*, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, cit., p. 71 e ss) explica que em muitas destas situações estão em causa preços “políticos”, fixados por pressão dos próprios beneficiários das obras de rega em valores muito inferiores aos da amortização do investimento público e aos custos de manutenção e gestão. Com efeito, sabendo que a água é um recurso cada vez mais escasso e que são os empresários agrícolas ou agro-industriais que tiram proveito das obras de rega, não se vislumbra “razão para o subsídio, muitas vezes substancial, exigido às finanças públicas em relação a essas empresas”. Nas palavras do autor, “há que superar a ideia de que os serviços públicos e a utilização dos bens públicos devem ser gratuitos ou, pelo menos, mais ou menos subsidiados”, sendo necessária uma “reavaliação geral dos pressupostos e tarifas dos serviços públicos e da utilização de bens públicos, em termos da sua racionalidade económica e social e de adequada alocação dos recursos públicos”.

²¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Diogo Faria de, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013, p. 6-7.

²¹¹ Diretiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro. Conforme se pode ler no documento da Comissão Europeia *Water is for life: How the Water Framework Directive*

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 infra-estruturas de água, como hoje ainda existem muitos sistemas municipais nos quais não há repercussão integral dos custos nas tarifas dos consumidores. É bastante significativo o número de municípios que subsidiam total ou parcialmente o preço dos serviços de águas, em particular os de saneamento de águas residuais²¹³.

Desenha-se, assim, o último problema que aqui pretendemos tratar ao nível da regulação económica, mais concretamente no âmbito da política tarifária. É necessária uma reestruturação do setor das águas e resíduos que tenha como prioridade a sua sustentabilidade económico-financeira, assumindo o fortalecimento do regulador um papel essencial.

A intervenção da ERSAR deve assegurar que as entidades gestoras possam gerar mais recursos próprios através das tarifas, ficando progressivamente menos dependentes dos impostos dos contribuintes. As entidades gestoras devem ser capazes de recuperar os custos e gerar fluxos de receitas que sirvam as suas dívidas, assegurando tendencialmente e em prazo razoável a recuperação do investimento inicial e de eventuais novos investimentos de expansão, modernização e substituição, deduzidos da percentagem das comparticipações e subsídios a fundo perdido (art. 82.º da Lei da Água).

Para além disso, exige-se um maior equilíbrio na partilha de riscos, na medida em que quanto maior for o risco assumido pelo operador privado (incluindo o da procura), maior será necessariamente o prémio exigido pelo mesmo, ou seja, maior será a tarifa. A

helps safeguard Europe's resources, de 2010, "In 2000, the EU took a groundbreaking step when it adopted the Water Framework Directive, establishing a legal obligation to protect and restore the quality of waters across Europe. The Directive introduced an innovative approach to water management, based not on national administrative or political boundaries, but on natural geographical and hydrological formations: the river basins. It also requires coordination of different Community policies in a framework for action. Furthermore, it sets out a precise timetable for action, with 2015 as the target date for getting all EU waters into good condition".

²¹² Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, com as últimas alterações do DL n.º 130/2012, de 22 de junho. Esta lei tem um impacto direto sobre todas as entidades gestoras de abastecimento público de água e sobre todas as entidades gestoras de saneamento de águas residuais urbanas no continente português. Sobre o regime aí consagrado, cf. BAPTISTA, Jaime Melo, PÁSSARO, Dulce Álvaro, e SANTOS, Rui Ferreira, *O impacto da nova lei da água nos serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas*, in IRAR, *Série Textos sobre Regulação*, vol. I, 2007, p. 73 e ss.

²¹³ AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 41.

esta questão encontra-se diretamente associada a da taxa interna de rendibilidade (TIR acionista), ou seja, da taxa que varia consoante o nível de expectativa de remuneração acionista²¹⁴. A TIR é um elemento fulcral de qualquer concessão, uma vez que é da comparação entre esta taxa de rendibilidade prevista e o custo do capital que financia o projeto de investimento (concessão) que se será aferido o ganho financeiro estimado para o concessionário²¹⁵.

Com efeito, se a taxa for administrativamente limitada, colocam-se restrições às possibilidades de transferência de risco para as concessionárias (porque só com uma maior rentabilidade acionista pode haver uma maior transferência de riscos) e fica limitada a capacidade de atração de capitais para o setor, o que pode inviabilizar a concretização de investimentos estratégicos. Em contrapartida, se a taxa não for limitada, existe o risco do impacto que essa remuneração possa ter nos preços necessários para a cobertura dos gastos²¹⁶.

Deste modo, torna-se necessário um equilíbrio entre a rendibilidade acionista e os riscos transferidos para a concessionária: a TIR não pode ser tão baixa que limite a transferência de riscos e a capacidade de atração de investimento para o setor, nem pode ser tão alta que afecte o preço do serviço para os utilizadores. Os riscos devem, pois, ser repartidos de modo que o parceiro público assuma aqueles riscos que devem ser por eles assumidos e que se iriam repercutir no custo do serviço sem justificação, e a entidade

²¹⁴ Uma concessão pode, no plano económico-financeiro, ser vista como um projeto de investimento: a um desembolso inicial relativo a investimentos a efetuar estão associados vários fluxos de caixa (*cash flows*) previstos durante o prazo da concessão. Da comparação entre estas duas variáveis (investimento e *cash flows* estimados) resulta a TIR que constitui um parâmetro central na rendibilidade esperada que o concessionário atribui ao projeto (concessão). Neste sentido, cf. MARTINS, António, *Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rendibilidade (TIR) acionista: uma perspetiva económica*, in RCP, n.º 5, 2011, p. 6.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

²¹⁶ Naturalmente que a maior ou menor limitação da TIR acionista será resultado do procedimento concursal que dá origem à adjudicação do contrato de concessão. Como escreve Bernardo Diniz de AYALA (*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de Project finance*, in RCP, n.º 2, 2011, p. 70), no quadro de um contrato administrativo alicerçado em *project finance*, “i) as entidades financiadoras veem o seu investimento reembolsado e remunerado em função da rendibilidade do projeto; ii) tal rendibilidade depende sobretudo da equação financeira do negócio principal (regra geral, um contrato de concessão), iii) que é assim assumida como pressuposto essencial da arquitetura dos contratos de financiamento, iv) sendo certo, não obstante, que essa equação é suscetível de ser abalada se forem modificadas cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações daquele negócio principal”.

concessionária deve assumir os riscos que possibilitem uma maior TIR e um maior investimento no setor.

Capítulo III: A Regulação Normativa Pública Convencionada como Instrumento de Intervenção

1. O Contrato Regulatório como Mecanismo de Regulação

Como vimos até aqui, a regulação de serviços públicos assume-se como uma tarefa bastante mais complexa do que aquela que é apresentada por algumas conceções políticas e até económicas. Sobretudo ao nível da fixação de preços, a atividade regulatória implica a avaliação de um leque extenso de argumentos e posições por parte das diversas entidades envolvidas, que será um processo bastante mais intrincado do que seria de esperar²¹⁷.

Uma das soluções atualmente propostas para ultrapassar a falta de legitimidade das entidades reguladoras para atuar e fixar preços a um nível local passa pela celebração dos chamados *contratos regulatórios* que, segundo nosso entendimento, se incluem na categoria mais ampla da regulação por contrato. Estes contratos, que têm encontrado entusiasmo no direito norte-americano, são contratos públicos celebrados entre entidades reguladoras e reguladas e versam sobre as soluções regulatórias para um dado contexto económico^{218 219}. Trata-se, portanto, de um caso de *regulação normativa pública convencionada*.

²¹⁷ Concordamos, pois, com Tony PROSSER (*Theorising Utility Regulation*, in *The Modern Law Review Limited*, 1999, p. 197-198) quando explica que a regulação não pode ser apenas vista como um mecanismo temporário para proteger os consumidores dos monopólios até ser alcançada a concorrência desejada. É certo que a regulação assume um papel importante na promoção de concorrência no mercado mas não se esgota aí: a regulação não acaba com o fim dos monopólios - até porque, muitas vezes, tal não é viável - e nem sequer é uma tarefa meramente temporária. A regulação implica a estipulação de regras e a implementação de instrumentos institucionais e normativos que permitam o funcionamento daquele mesmo mercado.

²¹⁸ Como escreve Pedro Costa GONÇALVES (*Direito Administrativo da Regulação...*, p. 561, n.r. n.º 118), “esta linha doutrinal vem reclamando uma contenção reguladora do legislador, no quadro de uma clarificação entre “ends and means”, bem como a consagração de regimes que prevejam abertamente a possibilidade de as agências aceitarem ofertas negociais dos regulados”, sendo promovida uma cultura de “quasi-contractual working” entre os vários atores da regulação.

²¹⁹ Aproximamo-nos da noção norte-americana de “regulatory contracts”. Sobre a noção, vide FREEMAN, Jody, *The contracting state*, in *Florida State University Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000, p. 155 e ss.; SEIDENFELD, Mark, *An apology for administrative law in the contracting state*, *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000, p. 215 e ss.; STEWART, Richard, *Administrative law in the twenty-first century*, *New York University Law Review*, vol. 78, n.º 2, 2003, p. 437 e ss.

Vejamos então, em concreto, como devem ser compreendidos estes contratos e de que modo podem fazer face aos problemas de regulação económica, sobretudo ao nível dos sistemas municipais de abastecimento de água.

1.1. Noção e Função de *Contrato Regulatório*

Em primeiro lugar, torna-se imperioso definir o conceito de *contrato regulatório*, que será aqui utilizado por contraposição à noção de *contrato de concessão* e à noção de *regulação por contrato*²²⁰.

Em Portugal e ao nível do serviço de águas, resulta claro que a regulação por contrato surge associada à regulação por agência. Temos um contrato de concessão que é celebrado entre o município e o prestador do serviço, que servirá de base para a intervenção regulatória da ERSAR, e onde se encontram definidas as regras que regulam a conduta da empresa privada concessionária no exercício de uma atividade pública. E, para além disso, vigora ainda um modelo institucional de hetero-regulação pública que confia a tarefa de regulação a uma autoridade reguladora especialmente instituída para regular este mercado. Mediante o contrato de concessão, a prestação de um serviço público passa a ser da responsabilidade de um operador privado e será nesse contrato que estarão previstas as regras que irão conformar a relação concedente e concessionário; e a regulação é feita por contrato, já que a entidade reguladora também intervém nessa relação contratual e muitos dos seus poderes encontram aí a sua máxima expressão²²¹.

²²⁰ Estes dois conceitos são usados, muitas vezes, indistintamente pela doutrina, que utiliza a expressão *contratos regulatórios* para se referir, na maior parte dos casos, a uma regulação por contrato. Vide, por exemplo, David DANA e Susan KONIAK (*Bargaining in the Shadow of Democracy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol 148, 1999, p. 480) que caracterizam o *contrato regulatório* como o “*contrato celebrado entre entidades públicas e sujeitos privados sujeito a regulação, através do qual o governo promete manter um determinado regime regulatório em troca de dinheiro ou de uma determinada atuação por parte dos privados*”.

²²¹ Cf., a título de exemplo, a cláusula 14.^a do contrato de concessão de exploração e gestão dos sistemas de distribuição de água para consumo público e de drenagem de águas residuais do Concelho do Fundão, cuja epígrafe é “*Modificação do âmbito da concessão*”. Aí se estabelece que “*a concedente poderá, depois de obtido o prévio parecer da Entidade Reguladora de Águas e Resíduos, vir a incluir no âmbito do serviço concessionado outras atividades da indústria (...) que não foram consideradas*”. Também ao nível da fixação das tarifas se determina na cláusula 51.^a que “*deverão ser enviadas à ERSAR as propostas fixadas de valor das tarifas*”.

No entanto, quando falamos em *contrato regulatório*, queremos dar conta de um outro instrumento de intervenção na economia por parte da entidade reguladora: este será um contrato celebrado diretamente entre o regulador e o regulado, que tem como objetivo regular aspetos determinados da sua atuação. Retomamos, deste modo, a posição por nós perfilhada *supra*, onde incluímos os *contratos regulatórios* num núcleo mais restrito da *regulação por contrato*.

Os *contratos regulatórios* consubstanciam, deste modo, verdadeiros instrumentos de flexibilização do direito administrativo e têm vindo a assumir uma importância crescente ao nível da regulação de serviços públicos. Considerando o “*caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a conseqüente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais*”²²², estes contratos traduzem possibilidades de consensualização da atividade administrativa e constituem um aprofundamento da democracia participativa, já que revelam a coexistência entre os setores público e privado e elevam o particular “*a parceiro da ação administrativa*”²²³.

Ora, sobretudo ao nível das indústrias de rede, e deixando de parte os problemas relativos à intervenção tarifária da ERSAR numa pura perspetiva de direito regulatório, várias são as questões que se suscitam na falta de uma atuação concertada entre regulador e regulado.

Desde logo, uma das principais causas que provocam uma *regulatory dysfunction* nas indústrias de rede é a dificuldade que existe em distinguir os meios e os fins a atingir mediante a estratégia regulatória²²⁴. De facto, inexistindo uma clara distinção entre os objetivos que a regulação visa alcançar e os meios utilizados para o conseguir, então uma gestão efetiva dos serviços torna-se praticamente impossível, já que o sucesso, as falhas e os acréscimos de performance não conseguem ser determinados. Ao nível da política de

²²² VALDEZ, Oscar Aguilar, *El acto administrativo regulatorio*, in *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002, p. 446.

²²³ Neste âmbito, e conforme escreve Paulo OTERO (*cit.*, p. 836-837), a legalidade administrativa mostra-se dotada de uma “*insuspeita flexibilidade*” no que diz respeito às formas de atuação administrativa. Os órgãos administrativos gozam aqui de uma “*considerável margem de liberdade decisória na escolha dos meios formais de decisão e, por arrastamento, na configuração dos respetivos poderes*”.

²²⁴ PEDERSEN, William, *Contracting with the regulated for better regulations*, *Administrative Law Review*, vol. 53, n.º 4, 2001, p. 1068. Como explica o autor, sem uma clara distinção entre fins e meios, e sem uma definição de prioridades de fins, uma gestão e regulação efetiva dos serviços torna-se praticamente impossível, “*já que nem os sucessos, nem as falhas nem os aumentos de produtividade podem ser quantificados*”.

fixação de preços, surgem problemas que não são passíveis de ser solucionados com uma simples fixação regulamentar (e *ex ante*) das tarifas a aplicar aos serviços públicos. Importa, pois, compreender quais as finalidades a alcançar com uma intervenção regulatória e de que modo essas finalidades podem ser conseguidas: se mediante uma imposição regulamentar, se através de mecanismos de atuação concertada entre regulador e regulado.

Para além disso, outro grande obstáculo que se coloca ao nível da regulação das *utilities* é que as entidades reguladoras se assumem como *passive agencies*: incapazes de distinguir entre os fins últimos que a sociedade visa atingir e os meios a utilizar, as entidades reguladoras não são capazes de dar resposta à evolução dos mercados e de alterar os meios de atuação através de processos relativamente simples para alcançar de forma mais eficaz os objetivos propostos²²⁵.

Por fim, uma estratégia regulatória estática, ou seja, que não se apresente dinâmica, não é passível de fluir com as engrenagens destes mercados. Com efeito, estes são mercados que funcionam mediante um fluxo contínuo de trocas recíprocas entre compradores e vendedores, e uma estratégia regulatória satisfatória depende igualmente de uma atuação recíproca e contínua entre reguladores (que emitem regras desenhadas para alcançar determinados objetivos) e regulados (que devem agir em cumprimento dessas regras). Sendo a entidade reguladora incapaz de se ajustar à conduta dos entes regulados, então esta incapacidade de resposta resultará num desencorajamento, para as entidades reguladas, de oferecerem novas formas de alcançar os benefícios sociais esperados²²⁶.

Do nosso ponto de vista, estas falhas podem ser ultrapassadas mediante a adoção de mecanismos de reforma, também designados por *regulatory reform contracts*. Estes são contratos que permitem transferir para o processo regulatório a possibilidade de aplicação de incentivos estruturais para tornar os meios mais eficientes e de ir reajustando, de um modo contínuo, os fins e os meios que os mercados competitivos devem assegurar aos entes que operam nesse mercado²²⁷.

²²⁵ *Ibidem*, p. 1069.

²²⁶ *Ibidem*, p. 1070.

²²⁷ Neste sentido, *vide* PEDERSEN, William, *cit.*, p. 1069. Esta estratégia é igualmente designada por “*discretionary regulation*” ou regulação discricionária, utilizada no direito norte-americano e no direito britânico ao nível da *cost-of-service regulation* e *price-cap regulation*, respetivamente. Como escreve José GÓMEZ-IBÁÑEZ (*cit.*, p. 30 e ss), a regulação discricionária tem como principal vantagem a flexibilidade e capacidade de adaptação a circunstâncias contratuais imprevisíveis. Ao contrário da regulação por contrato

Estes *contratos regulatórios*, tal como considera a doutrina norte-americana, permitem a criação de um novo estatuto que autoriza as autoridades reguladoras a aceitar ofertas dos regulados de forma a alcançar objetivos regulatórios distintos daqueles que tinham sido estipulados na legislação em vigor, desde que daí resultassem os mesmos benefícios sociais^{228 229}. Este novo estatuto deve, pois, especificar quais os aspetos sujeitos a contratualização, sujeitar os *contratos regulatórios* a discussão pública e a revisão judicial limitada²³⁰. Concordando com William Pedersen, “qualquer contrato que cumpra estas condições é perfeitamente válido”²³¹.

1.2. O Contrato Regulatório no Setor da Água

Transpondo esta solução para o setor da água, e com o objetivo de fazer face aos principais problemas que surgem mediante a intervenção da ERSAR ao nível da política tarifária nos sistemas municipais sujeitos a gestão concessionada, vejamos então quais os contornos que assumiria uma atuação concertada entre regulador e regulado.

Como analisámos *supra*, os moldes em que atualmente a entidade reguladora intervém na fixação das tarifas do serviço de água apresenta diversas fragilidades. Por um lado, o fortalecimento dos poderes ao nível da regulação económica e da fixação de tarifas

lato sensu, uma aproximação discricionária permite que o regulador se vá adaptando à vida do contrato, sem ter necessidade de prever antecipadamente todas as circunstâncias que possam afetar os investimentos inicialmente previstos.

²²⁸ É de notar, contudo, que esta *regulação por contrato* (em sentido estrito, na nossa aceção) não se confunde com a regulação administrativa negociada. Nesta última situação, e como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Reflexões sobre o Estado Regulador...*, p. 131), “processam-se formas de diálogo regulatório e de conversações regulatórias, num contexto marcado pelo consenso, pela tolerância e por formas de negociação da regulação, que todavia não se formalizam em contratos”.

²²⁹ Esta nossa noção de *contrato regulatório* vai ao encontro da noção norte-americana, enquanto mecanismo de flexibilização da estratégia regulatória, aproximando-se das nossas *convenções de preços*, como veremos *infra*.

²³⁰ Como explica Luís Guilherme CATARINO (*O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos Instituto dos Valores Mobiliários*, 2012, p. 10), é certo que a independência e a discricionariedade de ação e de decisão das entidades reguladoras são de cariz técnico e não político; no entanto, são essenciais não só os tradicionais mecanismos de controlo judicial como igualmente a vigilância política. A nova administração independente de garantia não pode fugir à lógica da responsabilidade política e legitimidade democrática, só assim se evitando alguns dos perigos e abusos associados aos instrumentos regulatórios, como veremos *infra*.

²³¹ *Cit.*, p. 1071.

não se ajusta ao princípio da autonomia local, já que se pode considerar que passa a existir uma tutela substitutiva da ERSAR sobre os municípios; por outro lado, a fixação dos preços é feita consoante o estipulado no contrato de concessão, apenas sujeita a verificação do cumprimento do regulamento tarifário pela entidade reguladora; e, por fim, a gestão dos contratos de concessão exige a presença cada vez mais ativa da entidade reguladora, sobretudo ao nível da preparação dos processos de concurso e da alocação do risco financeiro dos contratos.

Propomos, assim, o *contrato regulatório* no domínio tarifário como uma possível solução para fazer face àquelas dificuldades. Este contrato teria de ser compatibilizado, por um lado, com o regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora, e, por outro lado, com as regras de adjudicação do contrato de concessão, atualmente consagradas no CCP e no DL n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Passemos a expor a nossa solução, baseada no modelo chileno de regulação do serviço de água.

i) Numa primeira fase, equivalente à fase de adjudicação do contrato de concessão, o regime tarifário continuaria a ser considerado fator relevante para a atribuição do concurso público. Seriam fixadas as tarifas do primeiro ano de exploração, em obediência ao disposto no regulamento tarifário da ERSAR para os serviços de águas, que resultariam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão.

ii) Decorrido o primeiro ano da concessão, seria celebrado um *contrato regulatório* entre esta entidade reguladora e as entidades gestoras, ouvido o município, com o objetivo de fixar o regime tarifário para os 5 anos seguintes.

iii) A partir desse momento, e de 5 em 5 anos²³², o contrato seria revisto e seriam estabelecidas novas tarifas resultantes de estudos realizados quer pela entidade concessionária quer pela entidade reguladora. Estes estudos deveriam ter uma base uma empresa modelo, desenhada de modo a alcançar a prestação mais eficiente do serviço.

²³² No entanto, havendo acordo entre a autoridade reguladora e a concessionária, seria possível fazer uma revisão extraordinária da tarifa antes do fim deste período.

Nestes termos, a competência da ERSAR deixaria de se limitar a emitir parecer sobre as atualizações tarifárias a realizar nos termos previstos no contrato de concessão, bem como sobre as revisões das trajetórias tarifárias. A tarifa do serviço apurar-se-ia por consenso, ouvida a entidade reguladora, a entidade regulada e o município responsável pelo serviço. A implementação destes contratos implica a introdução de alguma flexibilização no modelo vigente, sendo certo que a ERSAR teria uma maior capacidade para apoiar as entidades gestoras nesta evolução para um sistema tarifário mais racional²³³.

Também ao nível da gestão delegada de um serviço de água de titularidade estatal, o regime de preços aplicável à venda de água pela EPAL, “*consiste na fixação de tarifas respeitantes ao pagamento de uma parte fixa, denominada «quota de serviço», e de uma parte variável, que depende dos volumes de água abastecidos, bem como dos respetivos princípios de aplicação, através de convenção a acordar entre o Estado, representado pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços, e a EPAL, S.A*” (art. 10.º, n.º 1 do DL 230/91, de 21 de junho). Esta convenção de preços, que se assemelha ao *contrato regulatório* por nós proposto, “*deverá obedecer ao regime de preços e à qualificação dos consumidores da EPAL, S.A., a estabelecer por portaria conjunta dos Ministros do Comércio e Turismo e do Ambiente e Recursos Naturais*” (art. 10.º, n.º 2) e “*vigorará pelo período que nela for acordado, podendo vir a ser denunciada por qualquer das partes, com uma antecedência mínima de 45 dias*” (art. 11.º, n.º 2)²³⁴.

Este mecanismo já foi também utilizado entre nós no mercado das telecomunicações, em que o regime de preços das prestações do serviço universal era definido por meio de uma convenção celebrada entre a Autoridade da Concorrência, o ICP - ANACOM e o prestador ou prestadores do serviço universal.

²³³ No que toca à aplicação das tarifas sociais, a sua aplicação continuaria a ser feita pelas autarquias, com um teto máximo de desconto, sendo aplicadas apenas a utilizadores que estejam a receber complemento solidário para idosos, rendimento social de inserção, subsídio social de desemprego, pensão social de invalidez ou famílias no primeiro escalão do Abono Família, tal como resulta do art. 22.º do atual regulamento tarifário para os serviços de gestão de resíduos urbanos. Nos termos do n.º 5 deste preceito, “*o impacto financeiro decorrente da aplicação dos tarifários sociais é preferencialmente assumido pela entidade titular, através de um subsídio correspondente à diferença entre o valor da faturação que resultaria da aplicação do tarifário base e o resultante da aplicação do tarifário social*”.

²³⁴ Nos termos dos n.ºs 3 e 4 deste art. 11.º, “*em caso de denúncia da convenção por qualquer das partes, continuarão em vigor os preços dela resultantes até nova convenção ser acordada e os novos preços entrarem em vigor*”, devendo ainda “*ser dado relevo especial à divulgação dos preços convencionados, nos termos a determinar na convenção*”.

Estas convenções eram celebradas ao abrigo do art. 11.º do DL n.º 458/99, de 5 de novembro, onde se definia o âmbito do serviço universal de telecomunicações e estabelecia os respetivos regimes de fixação de preços e de financiamento. Este diploma foi entretanto revogado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro – Lei das Comunicações Electrónicas, com as recentes alterações da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2015. Neste último diploma passou a prever-se, no seu art. 93.º, que “*compete à ARN zelar por que seja garantida a acessibilidade dos preços das prestações do serviço universal, tendo em conta em especial os preços nacionais no consumidor e o rendimento nacional*” (n.º 1) e que a “*ARN deve acompanhar a evolução dos preços cobrados pelas várias prestações identificadas no art. 87.º, disponibilizados pelas entidades designadas para a prestação do serviço universal ou pela generalidade das empresas, quando tal designação não tenha ocorrido*” (n.º 2). Assim, e conforme consta do n.º 3 do mesmo preceito, para efeitos do disposto no n.º 1, “*a ARN deve avaliar e decidir sobre os meios mais adequados à garantia da acessibilidade dos preços, podendo determinar: (...) b) a imposição de limites máximos de preços e a aplicação de tarifas comuns, incluindo o nivelamento geográfico dos preços, em todo o território*”. Para além disso, a “*ARN pode, a qualquer tempo, determinar a alteração ou a eliminação das condições praticadas pelos prestadores de serviço universal*” (n.º 5).

Substituiu-se, assim, a consagração legal das convenções de preços, tal como se encontravam previstas no DL n.º 458/99, de 5 de novembro²³⁵, pela possibilidade de determinação unilateral, por parte da ANACOM, de limites máximos de preços e a aplicação de tarifas comuns.

²³⁵ O art. 11.º determinava, no seu n.º 1, que “*o regime de preços das prestações do serviço universal de telecomunicações é estabelecido através de convenção a celebrar entre a administração central, representada pela Direcção-Geral de Comércio e Concorrência, o ICP e o prestador ou prestadores de serviço universal*”. Esta convenção pode “*estabelecer um sistema de preços máximos ou de ponderação geográfica ou outros semelhantes, especificando os critérios para aplicação do n.º 3 do art. 10.º*” (n.º 2) e entra em vigor “*no dia seguinte ao da sua ratificação pelos ministros responsáveis e vigora pelo período de tempo que nela for acordado*” (n.º 3). Nos termos do n.º 4, “*o ICP promove a publicação da convenção de preços*”.

1.3. O Contrato Regulatório como Solução ao Nível do Direito Comparado

Como dissemos, o modelo apresentado baseia-se naquele existente no serviço de água no Chile, que se rege pelo *Decreto con Fuerza de Ley* n.º 70/88, e pelo *Reglamento Ley de Tarifas* n.º 453/89. O ente regulador e fiscalizador é designado por *Superintendencia de Servicios Sanitarios*, entidade descentralizada dotada de personalidade jurídica e património próprio.

O modelo regulatório chileno enfatiza dois aspetos cruciais para introduzir uma racionalidade económica no funcionamento do setor: o regime dos preços, por um lado, e o regime de concessões por outro²³⁶. O processo de negociação inicia-se com a apresentação, por parte da SISS, das bases de referência sobre as quais se realizarão os estudos relativos à empresa modelo, que deverão estar concluídas 12 meses antes do final do período tarifário. De seguida, a empresa tem 60 dias para efetuar observações sobre estas bases e a SISS deve responder dentro de 45 dias a estas observações e publicar as bases definitivas deste estudo.

Utilizando as mesmas bases, tanto o SISS como a empresa gestora deve realizar um estudo, que trocam entre si decorridos 8 meses desde o início do processo. São dados 15 dias para negociar quaisquer diferenças entre os estudos e, caso não se chegue a acordo, é convocado um Comité de Peritos. Ao Comité, composto por três membros (um escolhido pelo SISS, outro pela empresa e um terceiro por acordo das duas) é dado um prazo de um mês para decidir sobre as discrepâncias entre os dois estudos²³⁷. O processo de revisão tarifária termina decorridos 11 meses desde o seu início, com a decisão do Comité de Peritos, que será definitiva, salvo por razões administrativas. Antes de finalizar o período

²³⁶ No Chile, o primeiro diploma relativo às concessões foi aprovado em 1991, estabelecendo o quadro legal para a participação privada ao nível dos serviços públicos. Todo o sistema de concessões é supervisionado pelo Ministro das Obras Públicas, que apresenta projetos, controla o processo de licitação e coordena a sua construção e funcionamento. As primeiras concessões foram adjudicadas em 1993 e a infraestrutura da primeira PPP foi concluída em 1995. Sobre o sucesso das PPP no Chile, *vide* HILL, Andrew, *Foreign Infrastructure Investment in Chile: The Success of Public-Private Partnerships through Concessions Contracts*, in *NwJILB*, vol. 32, n.º 1, 2011, p. 166 e ss.

²³⁷ O Comité de Peritos não pode estabelecer um parâmetro alternativo entre as duas posições, deve decidir em favor de um dos dois estudos para cada um dos pontos em que existem diferenças.

tarifário de cinco anos, o Ministério da Economia deve formalizar as tarifas aplicáveis para o período seguinte²³⁸.

Assim, e tal como é apresentado por Andrés Gómez-Lobo, o sistema de revisão de tarifas no Chile apresenta várias virtudes: destaca-se a rapidez com que se resolvem conflitos entre o regulador e a empresa regulada, mediante um sistema extrajudicial alternativo e rápido. Para além disso, este é um sistema que coloca o regulador e o concessionário numa posição simétrica no momento de fixação de tarifas, gerando uma maior confiança para os investidores privados de que os preços não serão fixados a níveis demasiado baixos^{239 240}.

O objetivo será, portanto, incluir um terceiro imparcial que seja capaz de fazer ajustamentos ao preço do serviço prestado face a alterações na performance das entidades privadas e nos custos reais de prestação do serviço. Em França a solução passou por criar uma jurisdição separada de tribunais administrativos com poderes para impor retrospectivamente ajustamentos de preços. Já nos EUA, foi atribuído um poder de revisão judicial dos preços nos contratos com o Estado²⁴¹.

2. Aplicação Prática da Solução Proposta

Finalmente, veremos qual a aplicação prática da solução por nós proposta: do ponto de vista do reforço de legitimidade de intervenção da ERSAR, da escolha do contraente privado e ainda na manutenção do contrato e reposição do seu equilíbrio financeiro.

²³⁸ Sobre o processo de revisão tarifaria chileno, cf. GÓMEZ-LOBO, Andrés, *La Regulación y privatización del Sector de Agua Potable y Saneamiento en Chile*, Universidad de Chile.

²³⁹ *Ibidem*. Entre as possíveis críticas ao sistema chileno, é de destacar a assimetria de informação entre concessionário e regulador e a consequente dificuldade em desenhar uma “*empresa modelo*”.

²⁴⁰ Sobre as virtudes deste modelo, vide OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, p. 116.

²⁴¹ COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts...*, p. 310.

2.1. Reforço da Legitimidade e Abertura à Consensualidade

A questão da legitimidade democrática coloca-se, sobretudo, ao nível da atuação das entidades reguladoras. Nos primeiros capítulos desta Parte II tivemos oportunidade de compreender o tipo de relação que é estabelecida entre a ERSAR e o concedente e concessionário do serviço público de abastecimento de água e o modo de funcionamento desta entidade bem como o reforço contínuo das suas competências regulatórias, nomeadamente ao nível da emissão de regulamentos tarifários.

Ora, como explica Tony Prosser, os reguladores dos setores das *utilities* assumem uma variedade de funções que não se podem reduzir a uma única lógica, económica ou de outro tipo²⁴². Torna-se mister proceder a análise pluralista deste tipo de regulação, que reflita a variedade de racionalidades subjacentes, e que permita compreender de que modo lhes é atribuída a sua legitimidade de atuação.

O serviço de abastecimento de água nos sistemas em baixa, como vimos, assume natureza eminentemente local: ainda que estas atividades, por razões de interesse nacional, tenham passado a ser partilhadas (partilha imposta) com o Estado, o que é certo é que a intervenção estatal, motivada por razões de interesse nacional, apenas pode incidir sobre os sistemas em alta, continuando a gestão dos sistemas em baixa a ser garantida pelos municípios. Nestes termos, torna-se necessário aferir se, sendo esta uma tarefa municipal que admite a concessão a privados, não deveria o legislador abster-se de tomar certas opções, nomeadamente ao nível da regulação económica²⁴³.

É certo que as autarquias locais não podem ficar sujeitas a poderes de intervenção que as coloquem em posição infra-ordenada em relação a um órgão administrativo central, devendo esta relação tutelar ser estruturada de modo a evitar aquilo que, em abstrato, o conceito de tutela parece sugerir: a “*menorização da entidade tutelada*”²⁴⁴. Não obstante, e considerando as exigências de prossecução de interesses públicos cada vez mais

²⁴² *Cit.* p. 199 e 200.

²⁴³ Nos mesmos moldes, Pedro Costa GONÇALVES e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA (*As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 37) colocam a questão para os serviços municipais de distribuição de eletricidade.

²⁴⁴ Utilizando a expressão de Pedro Costa GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico da Tutela...*, p. 11.

complexos, que determinam decisões cujas consequências estão longe de se confinar aos limites da área de jurisdição de uma autarquia, a intervenção estadual não pode ser considerada como exclusivamente associada a uma atuação investigativa, de inspeção sobre atuações passadas do ente controlado. Concordamos, assim, com Pedro Costa Gonçalves quando afirma que as relações entre as administrações estadual e autárquica devem ser estabelecidas num ambiente de cooperação, colaboração intersubjetiva e de coordenação de interesses²⁴⁵.

Nestes moldes, o facto de a ERSAR, enquanto entidade administrativa independente, não poder ser tida como uma entidade que atua ao abrigo de uma legitimidade democraticamente atribuída, seria facilmente ultrapassado se se assegurasse que fossem tomados em consideração o maior número de pontos de vista possíveis nos procedimentos de tomada de decisões²⁴⁶. Para além de apresentarem vantagens ao nível do grau de especialização e das competências técnicas, que são fonte da sua autoridade²⁴⁷, as entidades reguladoras independentes assumem-se ainda capazes de desenvolver os seus próprios procedimentos de tomada de decisão, considerando a informação disponível, e permitindo a participação de todos os interessados²⁴⁸.

Assim, e perfilhando a posição de Vieira de Andrade, e conforme vimos *supra*, se em causa estiverem interesses específicos das comunidades locais, o legislador deve, sempre que possível, cometer às autarquias poderes inteiros para, sob sua própria responsabilidade, intervirem nessa matéria. O município terá, portanto, de ser sempre ouvido: ainda que a lei possa optar, em virtude de interesses superiores do Estado, por soluções diversas, devem ser sempre previstos “*mecanismos de co-decisão, de*

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁴⁶ PROSSER, Tony, *cit.*, p. 200.

²⁴⁷ Como explica Frank VIBERT (*The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 47), “*another way of viewing the issue of confidence is to see it as related to the fact that democratic societies need more than one type of basis for taking decisions that are based on competence. Competence, however, suggests decisions based on the type of technical expertise required in knowing how to do something (...). Unelected bodies indeed need to be competent in what they do.*”

²⁴⁸ “*From the perspective of the unelected bodies themselves, the best possible information is needed on which to base their policies or their actions may be challenged as unreasonable*”. Neste sentido, VIBERT, Frank, *cit.*, p. 31.

participação ou, no mínimo, de consulta dos órgãos representativos dessas comunidades”²⁴⁹ ²⁵⁰.

Propomos, desta forma, uma noção de *active agency*, no domínio de contratos relacionais, com legitimidade de atuação, e que terá à sua disposição instrumentos de auto-regulação e auto-vinculação adequados para colocar em prática uma política de desenvolvimento económico sustentável²⁵¹. Conforme expõe Hugh Collins, “*other regulatory techniques, such as the imposition of broad standards or the elaboration of detailed default rules, may better serve such purposes as enhancing trust and co-operation between parties to a contract. The research agenda of implicit dimensions of contracts demands an examination of the range of available regulatory techniques in order to determine which method is likely to prove the most effective and efficient in the pursuit of the goals behind the law*”²⁵².

²⁴⁹ *Distribuição pelos Municípios da energia...*, p. 21.

²⁵⁰ Este mesmo raciocínio será transponível para os modelos de gestão direta e gestão delegada do serviço. Da nossa perspetiva, o poder de intervenção contratual conferido à ERSAR nos moldes que aqui expomos não é defensável apenas no modelo de gestão concessionada: sobretudo ao nível da gestão delegada, devem ser admitidos estes *contratos regulatórios*, ainda que devidamente adaptados às circunstâncias. Na gestão direta, e ainda que não fosse celebrado contrato sobre o domínio tarifário entre o município e a entidade reguladora, deveria, do mesmo modo, ser repensada e reforçada a intervenção na ERSAR na fixação das tarifas do serviço prestado. Por fugir ao âmbito da nossa investigação, esta questão não será aqui discutida.

²⁵¹ Nas palavras de Eleanor FISHER (*The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*, in *EPPPL*, n.º 1, 2013, p. 7), “*putting in place public policy and legal frameworks for sustainable development and utilizing tools for voluntary regulation are important*”.

²⁵² *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts...*, p. 24.

2.2. A Escolha do Contraente Privado e o Procedimento Concursal

2.2.1. O Contrato de Concessão nas Diretivas Europeias de Contratação Pública

Até à aprovação da Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, segundo a jurisprudência do TJUE e orientação da Comissão, a outorga da concessão de serviços públicos não tinha que obedecer a um pré-procedimento típico, exigindo-se apenas o respeito pelos princípios gerais de direito comunitário²⁵³. As entidades adjudicantes nacionais gozavam de ampla margem de discricionariedade, sendo que a livre escolha do concessionário assentava numa ideia de *intuitu personae*. Na medida em que a concessão de uma atividade pública representava uma transferência de competências da Administração para um privado, o concessionário deveria ser uma pessoa “*merecedora de confiança*”, o que significava que fosse ou pudesse ser escolhido por ajuste direto²⁵⁴.

Assim, e ao nível do direito da UE, não era imposto qualquer procedimento para a celebração de contratos de concessão, como aliás esclareciam várias comunicações interpretativas da Comissão Europeia²⁵⁵. No mesmo sentido decidia o TJUE, no famoso acórdão *Teleaustria* (P. C-324/98, de 7 de dezembro de 2000), determinando apenas que a celebração de contratos de concessão estaria sempre vinculada aos princípios dos tratados, nomeadamente os da igualdade de tratamento, transparência, proporcionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade. Ainda que os contratos de concessão de serviços estivessem excluídos do âmbito de aplicação das diretivas comunitárias relativas aos

²⁵³ Neste sentido, MAÇAS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público e o Código...*, p. 405. Na verdade, e ainda que os Tratados constitutivos das Comunidades Europeias não consagassem disposições específicas sobre contratação pública, o certo é que a aplicabilidade neste domínio do princípio da igualdade, da liberdade de circulação de mercadorias, do direito de estabelecimento, da liberdade de prestação de serviços e das normas da concorrência, há muito haviam sido já reconhecidas. Cf., a este propósito, MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores 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*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 137.

²⁵⁴ DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public*, Le Moniteur: Paris, 1979, p. 41.

²⁵⁵ Comunicações Interpretativas 2000/C 121/02, 2006/C 179/02 e 2008/C 91/02.

contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebravam estariam, no entanto, “obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado”²⁵⁶.

Todavia, rapidamente as fragilidades dos argumentos que suportavam o princípio tradicional da livre escolha do concessionário vieram à tona. Com efeito, não só outros tipos contratuais em que avultava a relação *intuitus personae* foram sendo paulatinamente enquadrados por uma disciplina pré-contratual, como a própria importância da pessoa do cocontratante e da respetiva aptidão para o desempenho das tarefas materialmente administrativas parecia exigir competição entre os candidatos à concessão, permitindo “preencher com mais rigor e eficiência a generalidade das exigências de uma (futura) relação *intuitus personae*”²⁵⁷. Salvo hipóteses excecionais, o ajuste direto passou, assim, a ser considerado “um modo ilegítimo de proceder à outorga de concessões de serviços públicos”²⁵⁸: passou a ser duvidosa a legalidade da atribuição de concessões de serviços públicos sem procedimento concursal e, muitas vezes, *ope legis*²⁵⁹.

Demonstrada a debilidade do entendimento tradicional em que se baseava a tendência para reservar a adjudicação de concessões a nacionais, a legislação de alguns Estados-Membros começou a reconhecer que a adjudicação de concessões podia e devia fazer-se em competição²⁶⁰. Foi precisamente o que sucedeu entre nós, com a norma contida no art. 183.º do CPA, que passou a exigir que os contratos administrativos fossem precedidos de concurso público. No entanto, esta exigência admitia amplas derrogações: para além de o DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, não fazer qualquer alusão aos contratos de concessão de serviço público no seu âmbito de aplicação objetivo²⁶¹, também o próprio

²⁵⁶ Tal como se retira do texto da decisão do TJUE no processo *Bent Moustén Vestergaard*, de 3 de dezembro de 2001, P. C-59/00.

²⁵⁷ AYALA, Bernardo Diniz, *O Método de Escolha do Co-contratante...*, p. 15.

²⁵⁸ GONÇALVES, Pedro Costa e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *cit.*, p. 70.

²⁵⁹ MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores...*, p. 156.

²⁶⁰ Surge uma tradicional oposição entre os países nos quais a investidura de parceiros privados encarregados de explorar um serviço público se faz sobretudo por via unilateral, escapando em grande medida aos procedimentos concursais, como é o caso da Alemanha, e aqueles em que se opta pela via contratual, como sucede em França. Neste sentido, *cf.* ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 123.

²⁶¹ Este diploma pretendeu transpor as Diretivas 92/13/CEE, 93/38/CEE e 98/4/CE, todas relativas à contratação pública nos setores da água, energia, transportes e telecomunicações. Sobre a regulamentação nacional e comunitária da contratação pública nos ex-setores excluídas, *vide* CATELA, Miguel, *Contratação Pública nos Setores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações: DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, Anotado e Comentado*, Lisboa: Fórum Mercados Públicos, 2002, p. 13 e ss.

legislador nacional podia, no contexto da legislação especial referida naquele art. 183.º do CPA, subtrair as concessões de serviços públicos à procedimentalização pré-contratual aí consagrada, derrogando as regras do concurso em detrimento do ajuste direto.

A 13 de abril de 2011 a Comissão Europeia, na Comunicação intitulada “*Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua - Juntos para um novo crescimento*”, anunciou a intenção de adotar uma iniciativa legislativa relativa às concessões. Até este momento, a adjudicação de concessões de empreitada de obras estava sujeita apenas a um número limitado de disposições de direito derivado, enquanto que as concessões de serviços eram apenas abrangidas pelos princípios gerais do TFUE. Esta lacuna provocava graves distorções do mercado interno, nomeadamente restringindo o acesso das empresas europeias às oportunidades económicas criadas pelas concessões. Para além disso, a falta de segurança jurídica resultava igualmente em perdas de eficiência. A proposta de uma diretiva para as concessões teve, assim, por objetivo reduzir a insegurança que rodeava a adjudicação dos contratos de concessão, para benefício das autoridades públicas e dos operadores económicos²⁶².

Neste contexto, e a 26 de fevereiro de 2014 foi aprovada a Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que, tal como consta do 1.º Considerando, veio estabelecer “*um quadro jurídico adequado, equilibrado e flexível para a adjudicação das concessões*” com vista a garantir “*o acesso efetivo e não discriminatório de todos os operadores económicos da União ao mercado e a segurança jurídica, promovendo investimentos públicos em infra-estruturas e serviços estratégicos para o cidadão*”. Sabendo que os contratos de concessão representam um importante instrumento no desenvolvimento estrutural a longo prazo dos serviços infraestruturais e estratégicos, contribuindo para o progresso da concorrência no mercado interno, o objetivo foi, portanto, beneficiar do conhecimento especializado do setor privado, ajudando a alcançar eficiência e inovação (cf. 3.º Considerando). Descontadas algumas normas constantes da Diretiva 2004/18/CEE sobre concessões de obras públicas, este constitui o primeiro diploma de direito europeu dedicado à regulação do importante mercado das concessões.

²⁶² Conforme resulta da *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, de 20 de Dezembro de 2011, p. 2.

2.2.1. O Preço do Serviço enquanto Critério de Adjudicação

Ao nível do nosso ordenamento jurídico, a Diretiva 2014/23/UE terá muito provavelmente um impacto menos significativo, na medida em que o CCP já disciplina quer os procedimentos pré-contratuais quer a execução dos contratos de concessão. O legislador português optou por submeter as concessões ao regime geral do CCP, nos termos do arts. 6.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2, deste código. Assim, o regime pré-contratual da concessão de serviço público vai muito além do que seria exigível pelo direito europeu, sujeitando-o à concorrência como um qualquer outro contrato.

Para além disso, e ainda antes da sua previsão no CCP, as PPP já gozavam entre nós de um rastro ou lastro legislativo assinalável no DL n.º 86/2003, de 26 de abril, entretanto revogado pelo DL n.º 111/2012, de 23 de maio. Este diploma visava sobretudo disciplinar o momento da preparação e lançamento das PPP, regulando, portanto, um momento prévio ao próprio procedimento pré-contratual²⁶³. Já no CCP a regulação das PPP foi motivada pelo desejo do legislador de *“por termo à divisão entre a prática e a legislação no que respeita a alguns fenómenos generalizados como o project finance e combinou a necessária rigidez das normas destinadas à salvaguarda da concorrência garantida na parte II do Código, com as recorrentes garantias exigidas pelas entidades financiadoras do projeto que, no sucesso deste vêm a fonte quase exclusiva de retribuição do investimento suportado”*²⁶⁴. Com a publicação deste código, no que toca à fase pré-contratual de uma PPP, passou a dever ter-se em conta não só as normas aplicáveis à formação de contratos como igualmente as normas do CCP que se aplicam especificamente aos contratos administrativos que configurem uma PPP nos termos do DL n.º 111/2012, de 23 de maio.

Tratando-se, portanto, de concessão de serviço público a celebrar pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou por um Instituto Público, que configure uma parceria público-privada, então a decisão de contratar compete conjuntamente ao ministro ou ao

²⁶³ Conforme explica João Canto e CASTRO (*A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos*, in *RCP*, n.º 4, 2012, p. 178), *“o objetivo primacial deste diploma foi o de regular, disciplinar, controlar e otimizar o processo de criação de despesa pública no âmbito das PPP, criando para esse efeito um complexo de normas muito rígido, pesado e burocrático, fortemente dependente do Ministério das Finanças”*.

²⁶⁴ Cf. Exposição de motivos do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela setorial, consoante o caso, nos termos do art. 37.º do CCP²⁶⁵.

Quanto ao procedimento aplicável, e ainda que as entidades adjudicantes estejam vinculadas a adotar, em alternativa, o concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento por negociação, a verdade é que lhes é conferida ampla margem de discricionariedade na escolha do procedimento a utilizar em concreto. A entidade adjudicante pode ainda recorrer ao ajuste direto, quer com base em critérios materiais quer por razões de interesse público relevante, ou ao diálogo concorrencial, quando o contrato a celebrar seja particularmente complexo, impossibilitando a adoção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação.

Ao nível dos sistemas municipais concessionados de água, a regulamentação estabelece que a sua concessão é atribuída por concurso público e que do programa do concurso deve constar, entre os fatores relevantes, o regime tarifário. A seleção dos concorrentes deve garantir aos consumidores um serviço com qualidade especificada nos documentos do concurso, ao menor custo possível. Tal como resulta do art. 38.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, “*sem prejuízo do disposto no Código dos Contratos Públicos, do caderno de encargos deve constar: (...) i) identificação dos serviços passíveis de faturação através de tarifários próprios, bem como requisitos relativos às estruturas tarifárias a aplicar*”.

Nestes termos, resulta claro que os preços constituem um dos principais critérios de seleção dos concorrentes, sendo regulados pelos contratos. Mantém-se a noção de *concorrência pelo mercado*, que pressupõe que o preço seja determinado pelo próprio processo concursal²⁶⁶. De que maneira pode, então, a determinação tarifária operada pela ERSAR afetar o preço do serviço como critério de adjudicação do contrato?

²⁶⁵ A preparação do procedimento, que corresponde a uma fase meramente interna, está prevista nos arts. 9.º a 14.º do DL n.º 111/2012, de 23 de maio, e compreende a seguinte tramitação: i) proposta do serviço do ministério setorialmente competente ao respetivo ministro; ii) notificação deste ao ministro das finanças para a constituição de uma equipa de projeto; iii) a equipa de projeto desenvolve o modelo da parceria e elabora todos os documentos de suporte ao procedimento; iv) a fase de preparação culmina com a adoção de uma solução alternativa, se esse for o resultado dos testes de eficácia (previstos nos arts. 4.º a 7.º) ou então com o lançamento da parceria, por despacho conjunto do ministro das finanças e do membro do governo setorialmente competente.

²⁶⁶ Como escrevia Harold DEMSETZ (*cit.*, p. 58), “*if only one firm submits the lowest price, the*

Do nosso ponto de vista, não o faz. E não o faz, quer porque o preço inicial, que se fixa para o primeiro ano da concessão deve resultar, efetivamente, da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação, quer porque, cada vez mais, outros fatores pesam na tomada de decisão de adjudicação deste tipo de contrato.

Com efeito, e para as concessões posteriores à entrada em vigor do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, este diploma, seguindo a lógica da partilha do risco da procura que sempre foi adotada nas concessões celebradas neste setor, estabeleceu um novo mecanismo para definir tais limites. No procedimento de contratação pública os concorrentes são chamados a identificar, nas respetivas propostas, o valor dos proveitos mínimos que pretendem ver assegurado durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos. Este passa, portanto, a ser um dos aspetos sobre os quais incide o critério de adjudicação (art. 39.º), fazendo com que as propostas sejam tão mais valorizadas quanto menor for o valor dos proveitos mínimos exigidos e, conseqüentemente, maior o risco assumido pelos concorrentes.

Assim, os *contratos regulatórios* entre entidade reguladora e concessionário que incidam sobre o regime tarifário devem partir sempre do preço base estipulado no contrato, que continua a ser importante critério de adjudicação e que não deve, de modo algum, ser afastado. Para além disso, e no momento pré-contratual, devem ser considerados outros fatores, e deve igualmente ser dado espaço de intervenção à ERSAR, no sentido, nomeadamente, de impedir que os proveitos mínimos eliminem o risco e correspondam à recuperação dos investimentos efetuados, recomendando aos municípios adjudicantes a definição, nas peças do procedimento, de um limite máximo ao valor que pode ser proposto pelos concorrentes (como parâmetro base que implica a exclusão de propostas).

process ends, but if two or more firms submit the lowest price, one is selected according to some random selection device or one is allowed to sell or give his contracts to the other. There is no monopoly price although there may be rent to some factors if their supply is positively sloped. There is no regulation of firms in the industry”. O preço é determinado, portanto, no âmbito de um mercado concorrencial (concorrência pelo mercado) em que o Estado tem a responsabilidade de adjudicar o contrato à melhor proposta apresentada.

2.3. Manutenção do Contrato e Reposição do Equilíbrio Financeiro

2.3.1. Relatório do Tribunal de Contas e Posição da ERSAR

Ainda que os contratos de concessão tenham dado uma contribuição importante para os resultados alcançados no país em termos de cobertura de abastecimento de água e saneamento de águas residuais, o que é certo é que ainda se identificam fragilidades na gestão dos sistemas municipais, com modelos empresariais e participação de privados. Apesar de a gestão concessionada existir à mais de 20 anos, ela foi objeto de uma regulamentação limitada até 2009, e a ausência de uma entidade reguladora que os apoiasse os municípios na preparação dos processos de concurso explicam muitas das dificuldades que se tem vindo a sentir na gestão dos contratos de concessão e que se traduzem na necessidade de revisões dos contratos mais frequentes do que o desejável²⁶⁷.

Por estes motivos, e em cumprimento do Plano de Fiscalização da 2ª Secção do TdC, realizou-se em 2012 uma auditoria à regulação e gestão de concessões de serviços de águas, nos sistemas em baixa. Esta auditoria envolveu um universo de 27 concessões municipais de águas, em baixa, com consultas seletivas, em função do risco percecionado, à ERSAR, às entidades gestoras e municípios concedentes²⁶⁸.

Concluiu este tribunal, no Relatório n.º 03/2014 – 2.ª Secção, intitulado *Regulação de PPP no Setor das Águas (sistemas em baixa)*, que, de acordo com as boas práticas e os princípios de partilha de risco de uma PPP/concessão, “*o risco de insustentabilidade financeira de uma PPP resultante de riscos de mercado, riscos de procura, riscos financeiros, riscos de construção e de exploração deve ser, tanto quanto*

²⁶⁷ PensaAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. I, Maio de 2014, p. 89.

²⁶⁸ O TdC exerce um controlo sobre a atividade contratual pública com vista a apreciar não só a legalidade da execução dos contratos, mas também a economia, a eficiência e a eficácia das entidades sob o seu controlo, onde se inclui a organização, funcionamento e fiabilidade dos sistemas de controlo interno. Esta forma de fiscalização “*é prosseguida através de auditorias, sendo que nos últimos tempos tem assumido especial relevância no controlo das PPP*”. Neste sentido, e para mais desenvolvimentos sobre a supervisão financeira dos contratos públicos, vide LOUREIRO, Joana, *A Regulação do Mercado da Contratação Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito, FDUC, 2013, p. 92 e ss.

possível, transferido para o parceiro privado”²⁶⁹, o que não se verificou em quase todos os contratos de PPP/concessão analisados. Alguns contratos continuam a apresentar cláusulas de reequilíbrio financeiro que garantem às entidades gestoras a cobertura de riscos financeiros associados à alteração dos *spreads* bancários ou até a cobertura dos riscos operacionais, em resultado de eventuais agravamentos de custos de manutenção. Para além disso, cerca de 74% dos contratos prevêm de um modo expreso a possibilidade das concessionárias serem ressarcidas pelos municípios concedentes em relação ao caso base, no caso de se verificar uma determinada redução do volume total de água faturado e da estimativa de evolução do número de consumidores. Estes contratos apresentam garantias de receitas mínimas para as entidades gestoras que se asseguram, na prática, por via dos processos de reequilíbrio financeiro, desvirtuando “*claramente os princípios da partilha de riscos que devem estar subjacentes a um contrato de concessão*”²⁷⁰.

Na generalidade dos contratos de concessão não existiram, portanto, evidências de qualquer preocupação por parte dos municípios concedentes, com a análise de risco e de sustentabilidade dos potenciais impactos financeiros associados à evolução de eventuais cenários adversos das concessões. Nuns casos, as entidades concedentes procederam à modificação unilateral da trajetória tarifária constante do caso base, cujo impacto imediato resultou no avolumar das compensações financeiras a pagar às concessionárias; e noutros, os concedentes públicos apresentaram sérias limitações no que respeita à capacidade de monitorização financeira e de análise de riscos destes contratos, resultando numa menor capacidade técnica e negocial para defender os interesses financeiros dos municípios, incluindo os dos próprios utilizadores. Compreende-se, portanto, que a figura do equilíbrio financeiro nunca tenha funcionado em benefício dos municípios concedentes ou dos respetivos utilizadores, “*quando se verificaram situações suscetíveis de gerar rendimentos líquidos superiores aos previstos no caso base para as entidades gestoras*”, tal como foi entendimento do TdC²⁷¹.

O facto de a ERSAR apenas emitir pareceres obrigatórios não vinculativos sobre as peças do procedimento de contratação pública, assim como sobre as minutas do contrato e as respetivas alterações (nomeadamente no âmbito de reequilíbrios) foi igualmente

²⁶⁹ Relatório n.º 03/2014, vol. I, p. 8.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 9.

apontado pelo TdC como uma fragilidade. Houve recomendações/conclusões da ERSAR que apenas foram acatadas em parte pelas entidades gestoras e foram realizadas apenas 8 auditorias entre 2009 e 2013, o que corresponde a cerca de 30% do universo das concessões.

Nesta auditoria considerou-se, portanto, que a ERSAR, no exercício das funções regulatórias que lhe estão incumbidas, deve promover todos os esforços no sentido de que, quer em sede de revisão, quer de negociação contratual, as partes envolvidas acordem a redução das TIR acionistas, especialmente quando estas sejam superiores a 10%; promover a implementação de mecanismos de partilha de benefícios, com os utentes e/ou os concedentes; promover a eliminação progressiva de cláusulas contratuais que implicam a transferência de riscos operacionais, financeiros e de procura para o concedente; promover a adoção de pressupostos económicos, financeiros e técnicos prudentes, no âmbito do lançamento de novas concessões, no sentido de garantir a sustentabilidade económica-financeira das concessões, evitando, igualmente, potenciais reequilíbrios com repercussões negativas ao nível do tarifário a aplicar aos utentes; promover a constituição, o bom funcionamento e o desempenho da comissão de acompanhamento; e, ainda, promover o reforço das suas intervenções em matéria de controlo e auditoria, relativamente aos contratos de concessão, nomeadamente aos que comportam maior risco para os interesses financeiros do concedente e o interesse público²⁷².

Em resposta a notícias veiculadas na imprensa sobre o relatório da auditoria do Tribunal de Contas aos serviços de águas²⁷³, a ERSAR pronunciou-se sobre este relatório reconhecendo que grande parte das recomendações emanadas por este tribunal coincidem *“em larga medida com recomendações que a ERSAR tem vindo a emitir nos últimos anos, no intenso contacto direto com os municípios e concessionárias e através dos seus pareceres, no quadro dos problemas que afetam as concessões”*. Destaca, no entanto, que em relação à preparação de eventuais novos contratos de concessão, esta entidade tem vindo a disponibilizar e a recomendar aos municípios a utilização de uma minuta de caderno de encargos que acautela os principais aspetos notados pelo TdC e que se traduz

²⁷² Para além disso, a ERSAR deve promover e manter permanentemente atualizada uma base de dados referentes às diferentes concessões existentes em Portugal, de modo a permitir uma análise comparativa dos diferentes indicadores de natureza técnica e económico-financeira que permitam examinar em permanência a performance das diferentes concessões.

²⁷³ Nota à imprensa de 23 de fevereiro de 2015.

em melhores procedimentos de contratação. Denota ainda que está em curso a preparação de um regulamento tarifário dos serviços de águas com regras claras de fixação de tarifas, cujo objetivo é *“harmonizar e tornar mais exigentes os critérios de fixação de tarifas, quer em matéria de eficiência, quer quanto às relações entre as partes, incluindo para as novas concessões que venham a ser decididas pelos municípios”*.

Não podemos, portanto, deixar de concordar com a reguladora quando afirma que os principais problemas apontados pelo TdC respeitam não tanto aos moldes em que a ERSAR tem vindo a desenvolver a sua intervenção regulatória, mas aos termos em que os contratos de concessão foram celebrados e posteriormente revistos pelos municípios e respetivas concessionárias, no quadro das suas competências, em vários casos antes mesmo de a entidade reguladora ter iniciado a sua atividade. Nestas situações, e como bem se compreende, a implementação efetiva de recomendações em termos de correção das falhas apontadas aos contratos de concessão *“depende de decisões e do acordo dos concedentes e concessionários, uma vez que os pareceres da ERSAR não são vinculativos face à legislação vigente”*. Mas parece-nos interessante refletir sobre de que modo um *contrato regulatório* celebrado entre entidade reguladora e concessionário, com incidência sobre as tarifas aplicáveis no setor da água, poderia interferir na manutenção de um contrato de concessão, sobretudo ao nível da reposição do seu equilíbrio financeiro.

2.3.2. Reforço da Intervenção da ERSAR na Manutenção dos Contratos e na Reposição do Equilíbrio Financeiro

Como já se mencionou, a TIR acionista depende de variáveis como o investimento, os cash flows estimados e a duração temporal do projeto, e todos estes valores estimados conduzem a um acordo entre as partes, relativo a um dado cenário económico-financeiro que geralmente faz parte dos contratos de concessão²⁷⁴. Nestes termos, facilmente se deduz que as variações dos rendimentos, dos gastos, dos

²⁷⁴ Sabendo que é o contrato de concessão que determina a partilha do risco entre o operador privado e os municípios, devem então ser previstos mecanismos de fixação e revisão de preços que permitam aos investidores uma taxa de retorno competitiva. Como explica Christopher H. BOVIS (*Risk and Public-Private Partnerships*, in *EPPPL*, n.º 1, 2012, p. 47 e 48), ainda que possam existir contratos que cubram todas as possíveis contingências ou eventualidades, o que é certo é que, na sua grande maioria, apresentam problemas de raiz, ao nível da sua própria construção.

investimentos e do horizonte temporal de uma concessão – face aos valores previstos no dito cenário financeiro pré-estabelecido no contrato – não-de originar mudanças na TIR. E o problema torna-se especialmente delicado quando se contratualizou que uma quebra da TIR, verificada face à TIR prevista no contrato, constitui motivo suficiente para a reposição do equilíbrio financeiro²⁷⁵.

Com efeito, a necessidade de reposição ou não do equilíbrio financeiro do contrato tem necessariamente de considerar a matriz de risco originalmente estipulada no contrato de concessão: repor o equilíbrio do contrato não pode equivaler a uma renegociação do contrato. Contratualizar uma TIR *ex post* corresponde a não levar em consideração o risco assumido pelo parceiro privado aquando da celebração do contrato de concessão.

Atualmente, no âmbito dos processos de renegociação das concessões, a ERSAR presta apoio às partes no sentido de uma otimização das condições contratuais, tendo sempre como preocupação assegurar a sustentabilidade dos serviços. Inexistindo objeção à redução, por acordo entre as partes, das TIR contratadas, importa avaliar, em cada caso, a rentabilidade acionista e o riscos assumidos pelas partes, num quadro de equilíbrio entre a sustentabilidade económica e financeira da concessionária, salvaguardadas as condições de continuidade da prestação dos serviços, e os benefícios para as respetivas tarifas²⁷⁶.

Não obstante, e no que toca à progressiva eliminação das cláusulas contratuais que impliquem a transferência de riscos para o concedente, a ERSAR não pode deixar de atender, por uma banda, à necessidade de respeitar os limites que resultam das regras de

²⁷⁵ MARTINS, António, cit., p. 18. Como expõe o autor, nestas situações torna-se necessário aferir qual o cenário económico-financeiro sobre o qual deve recair o apuramento quantitativo da reposição do equilíbrio que impeça a TIR acionista de descer abaixo do valor estimado no estudo de viabilidade inicial: se este exercício deve ser conduzido no modelo de financiamento subjacente ao designado “cenário base” (ou seja, o modelo que, em regra, figura em anexo ao contrato de concessão); ou então se este cenário deve ser adaptado à luz do que se conhece sobre o período já decorrido. É certo que a via mais simples será a de manter o cenário base, pois foi sobre este que se apurou a TIR acionista inicialmente acordada. Contudo, se entre o início da concessão e o momento em que se rompe o seu equilíbrio medido pela TIR acionista, se verificaram desvios muito significativos em rubricas como gastos com o pessoal, fornecimento e serviços externos e taxas de juro de empréstimos contratados, poderá argumentar-se que o cenário base deve primeiramente ser revisto à luz dos novos valores e só depois se devem refazer os cálculos referentes ao reequilíbrio.

²⁷⁶ Em consequência das conclusões formuladas no Relatório nº 03/14, bem como das respostas das entidades que se pronunciam no âmbito do exercício do contraditório, foi realizada uma auditoria de acompanhamento das recomendações proferidas. Aqui podem ser lidas as respostas da ERSAR a cada uma das sete recomendações proferidas pelo TdC.

contratação pública e que impedem alterações substanciais do contrato, e, por outra banda, ao quadro legal aplicável, que estabelece como regra a transferência para a concessionária de riscos passíveis de por este serem melhor geridos. É certo que se reconhece que constitui um traço essencial dos contratos de concessão o facto de implicarem uma significativa e efetiva transferência de risco para a concessionária; não obstante, se em causa estiver uma repartição de risco que tenha sido um pressuposto do concurso, a sua alteração, ainda que para a tornar mais equilibrada, põe em causa os princípios e os limites da contratação pública e da proteção da concorrência. Os municípios devem, portanto, conformar a matriz de risco no momento da abertura do concurso, tomando em consideração que se trata da concessão de um serviço público (e não da exploração de um serviço liberalizado) e, por esse motivo, o ente público mantém-se como responsável último pela sua provisão. A assunção do risco pela concessionária tem como contrapartida o pagamento de um prémio (que se reflete no custo do serviço para os utilizadores (tarifas) ou para o concedente (no caso da remuneração), sendo que quanto maior for a incerteza, maior será o prémio de risco²⁷⁷.

Ao nível do lançamento de novas concessões, a ERSAR deve alertar as partes para a necessidade de adoção de pressupostos económicos, financeiros e técnicos, assentes em projeções publicadas pelas diversas entidades oficiais, como sejam o Banco de Portugal ou o Instituto Nacional de Estatística. Visando assegurar o equilíbrio entre a rentabilidade acionista e os riscos que o concedente pretende transferir para a concessionária (esperando-se que a concorrência no procedimento permita maximizar os resultados económicos dessa relação), a ERSAR tem vindo a desenvolver trabalhos no sentido de apoiar os municípios que pretendam lançar concessões, designadamente através de um modelo de caderno de encargos e orientações relativas aos critérios de adjudicação

Neste quadro, e ainda que a ERSAR preste apoio às partes no âmbito dos processos de renegociação das concessões, no sentido de uma otimização das condições contratuais e tendo como preocupação fundamental assegurar a sustentabilidade dos

²⁷⁷ Conforme escreve Eduarda AZEVEDO (*cit.*, p. 15) as PPP representam um instrumento público de índole económico-financeira que permite manter ou incentivar um ritmo adequado de investimento e modernização dos serviços públicos, mesmo em condições de restrição orçamental, procurando articular, em formatos variáveis, o financiamento inicial e o pagamento final através do contribuinte ou do utente, tendo como âncora o financiamento prévio privado de acordo com diferentes matrizes de transferência e partilha de riscos.

serviços, o certo é que esta entidade tem os seus poderes bastante limitados no que toca às concessões já em vigor, gozando apenas de maior poder de atuação no lançamento de novas concessões.

Com efeito, aquando da abertura do acesso ao mercado deve ser assegurada uma adequada comparação entre propostas dos concorrentes e devem ser estabelecidas, num momento inicial, as regras de acesso ao mercado; regras que têm de ser facultadas aos operadores económicos antes da apresentação das propostas. E devem ser avaliados apenas fatores essenciais, como os mecanismos de partilha do risco²⁷⁸. Mas isso não basta. A ERSAR deve ter uma intervenção ao nível da fixação de preços que lhe permita aferir se uma alteração nos rendimentos é ou não equilibrada, ou seja, se tem ou não em consideração quer o preço do serviço a pagar pelos utentes quer o nível da TIR acionista. Um acordo que envolva o município, o concessionário e o regulador é particularmente útil ao nível do acerto pleno dos termos da reposição do equilíbrio financeiro do negócio a modificar: tudo o que se encontre ligado à equação financeira do contrato é essencial para ambas as partes, pode ser crucial para o concessionário e é potencial fonte de litígio se lhe faltar o equilíbrio – *“pelo menos um equilíbrio em que o particular se reveja com o conforto devido”*^{279 280}.

Perante uma situação de necessidade de reposição do equilíbrio por via da TIR acionista, uma combinação de redução de investimento a cargo do concessionário, de aumento de receitas e da extensão do prazo da concessão, pode levar novamente a TIR para o nível inicialmente estimado. Tal depende, como escreve António Martins, de as disposições contratuais o permitirem e de as partes chegarem a acordo sobre a combinação destes fatores²⁸¹. Nada impede, portanto, nesta negociação entre a entidade reguladora,

²⁷⁸ MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *cit.*, p. 11.

²⁷⁹ AYALA, Bernardo Diniz de, *O poder de modificação...*, p. 67.

²⁸⁰ As características particulares do setor da água, em especial o facto de ser um serviço de rede prestado sob forma de monopólio, explicam que tanto os políticos como os investidores exijam uma forte e rigorosa regulação de preços no setor, no sentido de não existirem surpresas como um aumento substancial dos preços (do lado político) ou uma redução drástica (do lado dos investidores). Neste sentido, *cf.* Claude MÉNARD (*From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009, p. 88).

²⁸¹ *Cit.*, p. 24.

aferindo o nível de preços a praticar e interferindo na evolução futura da relação financeira entre concedente e concessionário²⁸².

Como vimos, estamos perante contratos relacionais em que as partes entram frequentemente em negociações contratuais. Quando as circunstâncias futuras são particularmente intrincadas ou incertas, surgem dificuldades práticas que impedem uma ótima alocação de todos os riscos durante a vida do contrato²⁸³. A introdução dos *contratos regulatórios* no domínio tarifário assumir-se-ia, destarte, como um mecanismo idóneo para reforçar os poderes da ERSAR quer na fixação de tarifas quer na modificação da trajetória tarifária²⁸⁴. A publicação dos novos estatutos da ERSAR veio reforçar os poderes e da independência orgânica e funcional desta entidade reguladora, “*num quadro de universalização da regulação*”, sendo necessário que esta “*passse a dispor de instrumentos de regulação económica mais adequados e com eficácia externa, que lhe permita ter uma intervenção eficaz em matéria de fixação de preços, num ambiente de eficiência produtiva*”²⁸⁵.

A identificação e análise dos problemas ao nível da regulação económica devem, pois, conduzir a uma reflexão sobre a necessidade de reforma da organização dos serviços de águas em Portugal, tornando-se necessária uma reorganização destes serviços com “*prioridade para a sustentabilidade económico-financeira do setor*”²⁸⁶.

²⁸² Nos contratos administrativos assentes em *project finance* a reposição do equilíbrio financeiro consequente de modificação das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações é matéria de extrema sensibilidade para as entidades financiadoras. Como vimos *supra*, estas investem no projeto e dependem da respetiva rentabilidade para se verem reembolsadas e remuneradas à taxa de juro acordada. Nestes termos, e tal como explica Bernardo Diniz de AYALA (*O poder de modificação...*, p. 67) “*um contrato que ficasse desequilibrado na sua equação financeira após modificação do restante clausulado poderia colocar em perigo tal rentabilidade e, por conseguinte, os interesses de quem financia ou financiou o projeto*”. O acerto endocontratual daquela reposição é, assim, “*as mais das vezes, do máximo interesse das entidades financiadora*”, residindo aí um campo muito útil de paz contratual.

²⁸³ GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1089 e ss.

²⁸⁴ “*Our argument is not that the classic law could not recognize implicit dimensions of contractual relationships, but rather that its techniques for instantiating these implicit dimensions frequently proved inadequate*” (CAMPBELL, David, e COLLINS, Hugh, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, *cit.*, p. 26-27).

²⁸⁵ ERSAR, *Novo Regulamento Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos Urbanos*, *cit.*, p. 1.

²⁸⁶ PORTUGAL, Presidência do Conselho de Ministros, *Proposta do XIX Governo Constitucional*, p. 59.

3. Vantagens e Perigos do Contrato Regulatório

“Regulatory contracts might arise for different reasons than contracts to deliver social services or perform arguably public functions. Perhaps agencies turn to contractual regulatory instruments not for the reasons that explain contracting out generally, but simply because contracts with regulated entities appease a congress hostile to regulation, or because they pacify powerful industry groups committed to resisting regulation through legal challenge. Moreover, the piecemeal use of regulatory contract can seem less threatening to the ultimate power of the state than widespread contracting out, which some observers believe is more likely to shrink or weaken public institutions in relation to the market”²⁸⁷.

Pelo exposto *supra*, não podemos deixar de concordar com Alejandro Huergo Lora quando expõe os três principais motivos que, na sua ótica, legitimam a Administração Pública a optar por mecanismos de consenso: 1) o crescente número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumentaram a complexidade das decisões e fizeram com que fosse mais seguro o consenso com os particulares atingidos; 2) o facto de uma maior intervenção do Estado na vida social e económica ser mais eficiente com o *desejo de colaboração* do particular do que com a prática de atos unilaterais; e, ainda, 3) a crise fiscal, que fez com que o Estado passasse a intervir na vida económica por meio de fomentos negociados com os agentes económicos privados²⁸⁸.

Atenta a bondade do raciocínio que legitima a regulação por contrato, é de fazer, não obstante, uma breve referência a dois perigos associados a este mecanismo de auto-regulação: a captura do regulador pelo regulado e a capacidade de negociação futura dos preços pelos operadores económicos.

No que toca à eventual captura do regulador, concordamos com José Gómez-Ibáñez quando advoga que uma das maiores desvantagens da *discretionary regulation* é o risco que existe de a entidade reguladora ser capturada por interesses dos cocontratantes privados e, por esse motivo, exerça os seus poderes de formas que não consideram, a longo prazo, os interesses das infraestruturas de rede e dos seus consumidores^{289 290}. Para além do tradicional risco de falta de independência face aos interesses dos regulados e dos políticos

²⁸⁷ FREEMAN, Jody, *Contracting State...*, p. 189.

(captura), os próprios reguladores tenderam a criar interesses próprios, opacos, e a criar ou preservar o prestígio próprio e os interesses e a carreira futura (*vested interests*)²⁹¹.

Ademais, e como bem nota Andrew Hill, um outro problema destes contratos prende-se com a alta capacidade de negociação dos preços, após ter sido já celebrado o contrato de concessão. Com efeito, um concorrente que saiba que poderá negociar, num futuro próximo, o preço do serviço, poderá colocar todo o procedimento concursal em causa. Haverá uma tendência para diminuir o preço do serviço, de modo a ganhar o concurso público, com a expectativa de exigir alterações significativas depois do contrato de concessão estar já celebrado²⁹².

Assim sendo, parece-nos que a entidade reguladora deve assumir uma postura cautelosa. O preço fixado inicialmente, que resulta do contrato de concessão e do procedimento concursal, deve ser o ponto de partida das negociações futuras e não deverá ser, de modo algum, desvalorizado. A entidade reguladora deve partir para as negociações consciente da possibilidade de a entidade concessionária adotar uma conduta abusiva, não permitindo que o novo regime tarifário negociado reflita uma violação do núcleo central dos princípios da contratação pública.

Como bem nota Luís Guilherme Catarino, as entidades reguladoras não podem tomar erradamente a sua independência como privatização da função pública que desempenham: ainda que os poderes que lhe foram legalmente conferidos para enquadrar e regular um setor social ou económico traduzam numa nova forma de articulação entre a

²⁸⁸ *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 94-98.

²⁸⁹ *Cit.*, p. 31. Como escreve o autor, “*the agency needs discretion because tariff setting is too complicated to be reduced to a contract or a formula that can be specified in advance. But the fact that the agency has so much discretion makes it a more inviting target for capture*”.

²⁹⁰ Parafraseando Ian AYRES e John BRAITHWAITE (*Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 101), “*através de lobbying a empresa regulada torna-se capaz de ganhar o coração e a mente do regulador*”.

²⁹¹ Para mais desenvolvimentos sobre a captura do regulador e sistemas de controlo *vide* CATARINO, Luís Guilherme, *cit.*, p. 17, e VIBERT, Frank, *cit.*, p. 46.

²⁹² HILL, Andrew, *cit.*, p. 187. No mesmo sentido, *cf.* MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *cit.*, p. 9-10.

sociedade e um Estado pluralista e policêntrico, devem continuar “*a ter como fim redesenhar o self interest dos atores em prol do interesse coletivo*”²⁹³.

Devem, assim, ser admitidos apenas os *contratos regulatórios* que cumpram certos requisitos processuais para a sua formação. Deverão ser exigidos níveis de abertura, publicidade, explicitação e transparência não só ao nível da formação do contrato como igualmente na fixação dos termos do próprio contrato²⁹⁴.

É certo que existem sempre riscos associados a uma regulação convencionalizada, mas acreditamos que os benefícios e vantagens, sobretudo num setor que apresenta tantas especificidades, suplantam claramente todos os inconvenientes.

²⁹³ *Cit.*, p. 10.

²⁹⁴ Com uma análise bastante negativa relativamente aos *contratos regulatórios*, David DANA e Susan KONIAK (*cit.*, p. 473 e ss.) escrevem que quanto maior a transparência dos termos do contrato e do processo político em torno da formação do contrato, menor é a probabilidade de o contrato representar uma captura ou um compromisso político, sendo que o mais provável é que o contrato represente um “*pure opportunism protection*”.

PARTE III - A QUESTÃO TARIFÁRIA NUMA PERSPETIVA DE DIREITO DO CONSUMO

Capítulo I: Relevância Jurisprudencial da Questão

1. Da Questão a Tratar

Depois de analisada a questão tarifária de uma perspectiva de direito administrativo, nesta Parte III a questão da fixação de tarifas será considerada de um outro prisma. Voltamo-nos agora para uma relação que se estabelece num momento subsequente à da celebração do contrato de concessão de serviço público de abastecimento de água: a relação entre concessionário e utente do serviço.

Do que trataremos de seguida será, portanto, da natureza desta relação jurídica e da natureza da contraprestação devida pela prestação do serviço, por parte do utente, à entidade concessionária. Mantendo presente o interesse doutrinário que este tema assume, o nosso principal propósito será dar resposta a uma questão que se tem colocado na jurisprudência, sobretudo do Tribunal de Conflitos: a de saber se a ação judicial para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal é da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal (mais concretamente, dos tribunais tributários) ou dos tribunais da jurisdição comum²⁹⁵.

Começando pela exposição dos contornos do problema enunciado perante esse Tribunal – onde chegou a dar azo a duas decisões antagónicas no espaço de uma semana – e terminando com uma ponderação sobre a competência para a resolução de litígios relativos ao cumprimento coercivo de dívidas resultantes do contrato de fornecimento de serviço público essencial, esta última Parte pretende oferecer uma visão global sobre a natureza da relação entre a empresa concessionária e o consumidor e demonstrar o modo como essa visão influi na resposta à questão de saber qual a jurisdição competente para a

²⁹⁵ É indubitável que a questão da competência dos tribunais, enquanto verdadeiro pressuposto processual, se reveste da maior importância, pelo que se torna essencial, por motivos de certeza e de segurança jurídica, clarificar qual a jurisdição competente para conhecer destes litígios.

resolução deste tipo de litígios. O nosso propósito é, portanto, encontrar resposta para o problema em três patamares distintos: i) caracterizando a relação entre utente/consumidor final e empresa concessionária como uma relação de direito privado, ii) analisando a contraprestação devida pelo utilizador do serviço como um verdadeiro preço, evidenciando o seu carácter não tributário e, por fim, iii) demonstrando a impossibilidade de instauração de processo de execução fiscal por parte da empresa concessionária.

Passemos, assim, e antes de mais, a explicar os moldes em que a questão da competência jurisdicional dos tribunais tem sido suscitada ao nível do Tribunal de Conflitos²⁹⁶.

2. Contornos Jurisprudenciais

Nos processos aqui em análise, estão em causa ações judiciais para cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes do fornecimento de água por parte de empresa concessionária, tendo em conta que o particular/consumidor não pagara as quantias faturadas. E o entendimento do Tribunal de Conflitos tem sido predominantemente no sentido de que a competência para o conhecimento destes litígios é dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários.

Ora, ainda que esta não seja uma solução evidente e inquestionável, atendendo, nomeadamente, às especificidades do regime jurídico dos contratos de concessão de serviços públicos, ainda assim a competência tem sido atribuída, sem grandes dúvidas pelo Tribunal de Conflitos²⁹⁷, à jurisdição administrativa e fiscal, conforme decorre da leitura dos acórdãos de 25 de junho de 2013 (P n.º 033/13), de 26 de setembro de 2013 (P. n.º 030/13), de 5 de novembro de 2013 (P. n.º 039/13), de 18 de dezembro de 2013 (P. n.º 038/13) e de 18 de dezembro de 2013 (P. n.º 053/13).

²⁹⁶ O Tribunal de Conflitos enquanto tribunal *ad hoc*, é criado para a resolução de conflitos de jurisdição, nos termos do art. 116.º, n.º 1 e 3, do CPC e art. 42.º, n.º1, do CPA, ainda que não resolva *todos* os conflitos de jurisdição. Neste sentido, cf. CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 205 e ss.

²⁹⁷ Das decisões enunciadas, apenas o P. n.º 038/13 (acórdão de 18/12/2013) apresenta um voto de vencido, curiosamente da Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs que, enquanto relatora do acórdão de 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13), considerou, como veremos, que as ações para cumprimento de dívida resultante de contrato de fornecimento de serviço seriam da competência dos tribunais judiciais.

Os mencionados arestos respeitam, todos eles, a ações intentadas por sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público do Município de Fafe, iniciadas junto do Balcão Nacional de Injunções e distribuídas, posteriormente, como ações especiais para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato de fornecimento de água, e nas quais a autora pedia a condenação dos réus a pagar o serviço de fornecimento e o consumo de água.

Mediante o conflito negativo de jurisdição gerado entre o 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Fafe e os Tribunais Administrativos e Fiscais, pronunciou-se o Tribunal de Conflitos no sentido de que é da competência dos tribunais tributários “*o conhecimento de ação em que uma empresa concessionária do serviço público municipal de abastecimento de água pretende cobrar «preço fixo» e consumos por um contador «totalizador» que precede os contadores das frações e das partes comuns de um condomínio, por estarem em causa tarifas, taxas ou encargos como exigências impostas autoritariamente em contrapartida do serviço público prestado, relação jurídica que é regulada por normas de direito publico tributário*”²⁹⁸.

No entanto, em 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13) o mesmo Tribunal assumiu posição distinta: por acórdão relatado pela Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs, concluiu o Tribunal de Conflitos que o “*contrato de fornecimento de água ao domicílio que liga o prestador do serviço e o consumidor/utilizador final não é atingido por uma regulação de direito público*” – seja este serviço prestado diretamente pelo Município, através de um serviço municipal ou municipalizado, ou indiretamente através da criação de uma empresa municipal ou da celebração de um contrato de concessão de serviço público com um particular - e, por isso, “*a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa*”. A competência só passaria, assim, para o âmbito dos tribunais tributários se “*o objeto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do preço ou das tarifas, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º n.º 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os atos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de*

²⁹⁸ Tal como consta dos sumários dos acórdãos de 25 de junho de 2013 (P. n.º 033/13), de 26 de setembro de 2013 (P. n.º 030/13) e de 5 de novembro de 2013 (P. n.º 039/13).

ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal”.

Ora, esta decisão – que atribuiu competência aos tribunais da jurisdição comum, embora com um voto de vencido²⁹⁹ – opõe-se às restantes decisões proferidas pelo Tribunal de Conflitos relativas a esta matéria. Como foi salientado nesse voto de vencido, “a solução a que se chegou é contrária à que tem sido adotada neste Tribunal dos Conflitos, como se pode ver pelos acórdãos de 25/06/2013, P. n.º 033/13; 26.9.2013, P. n.º 030/13; 05/11/2013, P. n.º 039/13; 18/12/2013, P. n.º 038/13 e n.º 053/13”, processos em que existe total identidade da causa de pedir e do pedido, ou seja, idênticos critérios de aferição da competência material dos tribunais³⁰⁰.

Entendeu, assim, este Tribunal, que não só a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa, como não é de admitir a possibilidade de execução coerciva, por parte de empresa concessionária e através do processo de execução fiscal, das dívidas derivadas do incumprimento desses contratos³⁰¹.

Apesar de tal posição nos parecer a mais acertada, ainda assim o Tribunal de Conflitos evidenciou, daí a muito pouco tempo, que as incertezas permaneciam. Com efeito, surpreendentemente, por acórdão de 29 de janeiro de 2014 (P. n.º 045/13), ou seja, sete dias volvidos desde a decisão no P. n.º 044/13, este Tribunal voltou a negar a competência dos tribunais da jurisdição comum para a resolução de litígios respeitantes à cobrança, por parte de empresa concessionária, de dívida relativa ao serviço de abastecimento de água. Esta decisão, que contou com três votos de vencido³⁰², baseou-se

²⁹⁹ Voto vencido do Senhor Juiz Conselheiro Alberto Augusto Andrade de Oliveira.

³⁰⁰ Em todos estes processos a autora é uma sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público do município de Fafe, e os pedidos respeitam à falta de pagamento de faturas de consumo de água.

³⁰¹ O mencionado acórdão do Tribunal de Conflitos distingue duas situações: por um lado, aquelas em que o serviço de abastecimento de água é prestado diretamente por entidades públicas (município ou empresa municipal), já que estas entidades podem emitir certidão da dívida, que constitui título executivo para efeitos de cobrança coerciva nos tribunais tributários, através de processo de execução fiscal (arts. 148.º, n.º 2, al. a) e 162.º, al. c), do CPPT); e aquelas em que o serviço é prestado por entidade privada, cujas notas de cobrança, por não serem abrangidas pelo regime do CPPT, se encontram desprovidas de força executiva. Esta última situação é precisamente aquela que nos propomos analisar.

³⁰² Dos Senhores Juízes Conselheiros José Augusto Fernandes do Vale, Gregório Eduardo Simões da Silva Jesus e Gabriel Martim dos Anjos Catarino.

na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Conflitos, segundo a qual *“este tribunal tem vindo a decidir diversos casos de contornos essencialmente iguais aos do presente”* e em todos eles *“foram julgados competentes os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e dentro destes os tribunais tributários”*, não se vislumbrando *“razão para alterar aquele posicionamento”*.

Segundo entendimento preconizado pelo Tribunal, *“a empresa concessionária do serviço de fornecimento de água aos municípios prossegue fins de interesse público, estando, para tanto, munida dos necessários poderes de autoridade”* pelo que, *“subjacente à questão em controvérsia, está uma relação jurídica administrativa”*. Assim, a ação cairia no âmbito dos litígios a que alude o art. 1.º, n.º 1, do ETAF, sendo competentes para a sua apreciação os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal. Em termos argumentativos, afirma-se que o concessionário, obtida a necessária aprovação pelo concedente, detém o poder de fixar, liquidar e cobrar taxas aos utentes, poderes que lhe são atribuídos pelo art. 13.º, n.º 2, do DL n.º 379/93, de 5 de novembro, ou seja, conferidos por normas de direito administrativo. Para além disso, *“trata-se de matéria que cai na previsão da alínea d) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF, cabendo na esfera de competência dos tribunais administrativos e fiscais por estarmos perante um litígio que tem por objeto a fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, e que advenham do exercício de poderes administrativos, assim se afastando esse conhecimento da esfera de competência dos tribunais judiciais”*.

A questão ficou, assim, aparentemente pacificada, com a competência reconhecida aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

É certo que a problemática foi novamente levantada, nomeadamente no conflito resolvido em 15 de maio de 2014 (P. n.º 031/13)³⁰³, mas nele considerou-se que *“não obstante a questão ser em tudo idêntica à julgada pelo Tribunal de Conflitos no conflito n.º 44/13, de 21/1/2014”*, existia já jurisprudência firmada em sentido contrário, julgando-se, por isso, que os tribunais competentes seriam os da jurisdição administrativa e fiscal,

³⁰³ Curiosamente, esta última decisão tem como relatora a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs, que afirma que *“para evitar divergências nesta matéria, limitar-nos-emos a reproduzir o Acórdão n.º 1/14, de 27/3/2014, que segue a jurisprudência uniforme nesta matéria”*. Justifica, portanto, esta mudança de posição com a necessidade de evitar divergências, ainda que subscrevesse a posição defendida no conflito n.º 044/13, 21 de janeiro.

através dos tribunais tributários³⁰⁴. Mais recentemente, no acórdão de 29 de janeiro de 2015 (P. n.º 026/14), o Tribunal voltou a reafirmar que “*a segurança jurídica é um valor a ter em conta, devendo evitar-se, tanto quanto possível, clivagens e fricções sempre perturbadoras da previsibilidade das partes e funcionamento dos tribunais*”; por esse motivo, a “*orientação deste Tribunal de Conflitos vai maioritariamente no sentido da competência do Tribunal Tributário*”.

Neste enquadramento jurisprudencial, e pese embora seja de louvar o consenso alcançado face à suprema importância de preservar a segurança jurídica e de obter uma uniformidade na interpretação e aplicação da lei – que encontra expressa consagração no art. 8.º, n.º 3, do CC³⁰⁵ – não podemos deixar de expressar as nossas dúvidas sobre a bondade da posição final adotada por este Tribunal.

E essas dúvidas resultam do facto de tendermos a considerar, por um lado, que a natureza da relação jurídica que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço é de natureza privada, na medida em que é uma relação de consumo que não é atingida por uma regulação de direito público³⁰⁶, e, por outro lado, que a contraprestação que o utente paga à empresa concessionária constitui o *preço do serviço*, que não tem natureza tributária e que não pode, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal (nem sequer o concessionário estaria munido de título executivo necessário para o efeito).

Deste modo, e sempre com o devido respeito por contrária opinião, ousamos discordar do entendimento perfilhado pelo Tribunal de Conflitos. Razão por que, partindo

³⁰⁴ Este entendimento manteve-se nas decisões do Tribunal de Conflitos posteriormente proferidas, de 19 de junho de 2014 (P. n.º 022/14), de 26 de junho de 2014 (P. n.º 021/14), de 30 de outubro de 2014 (P. 047/14), de 13 de novembro de 2014 (P. n.ºs 041/14, 044/14, 043/14) e de 25 de novembro de 2014 (P. 040/14). Conforme se retira da leitura destas decisões, “*a questão que originou o presente conflito não é nova*”, tendo “*este Tribunal de Conflitos vindo a decidir diversos casos de contornos essencialmente iguais aos do presente*” (P. n.º 041/14). Em todos aqueles casos foram julgados competentes os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e dentro destes os tribunais tributários, “*não havendo motivos para alterar esta jurisprudência reiterada*” (P. 026/14).

³⁰⁵ A este propósito não podemos deixar de citar Alberto dos REIS (*Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 688) quando afirma “*Que adianta a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos? Antes a jurisprudência errada, mas uniforme, do que a jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante a jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito*”.

³⁰⁶ A atribuição de competência à jurisdição administrativa e fiscal assenta no pressuposto de que o contrato celebrado entre a Autora e o consumidor é uma relação jurídico-administrativa na modalidade de contrato administrativo. *Vide*, a este propósito, a fundamentação do conflito n.º 031/13.

dos contornos do problema tal como ele tem surgido nessa instância decisória, ou seja, das principais dúvidas que assomam nas suas diversas decisões, iremos analisar o tipo de relação que se estabelece entre o ente concessionário e o utente do serviço e estudar o tipo de contraprestação pecuniária devida pelo utilizador do serviço público à entidade responsável pela sua gestão.

Capítulo II: A Natureza da Relação entre Concessionário e Utente

1. A Relação de Consumo entre Concessionário e Utente

“A finalidade e utilidade das discussões sobre a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre os utentes e os concessionários de serviços públicos está em chegar ao encontro de um regime jurídico que seja efetivamente válido na prática em relação ao direito dos usuários”³⁰⁷.

Como vimos, o contrato de concessão de serviço público é um contrato administrativo com cláusulas dotadas de eficácia regulamentar, ou seja, o concessionário fica não só obrigado à prestação do serviço pela via contratual como, também, pela via das disposições contratuais dotadas de eficácia normativa³⁰⁸. O concessionário terá, portanto, deveres contratuais perante a Administração concedente e deveres regulamentares perante terceiros: *“desde que os terceiros sejam titulares de um direito às prestações em que o serviço público se traduz (estão aqui em causa os utentes), a satisfação desse direito cabe ao concessionário, por força de uma disposição com eficácia regulamentar a que isso o obriga”³⁰⁹.*

Uma das especialidades – e dificuldades – de compreensão do regime da concessão de serviços públicos reside precisamente no facto de existir esta *“personagem que não intervém na atribuição dessa posição jurídica, mas que é a razão de ser dela: o utente, utilizador ou cliente do serviço público”³¹⁰*. Ainda que se assista, cada vez mais, ao crescimento e consolidação de uma *“administração por contrato”*, o que é certo é que o direito administrativo tem de responder ao desafio de se adaptar ao ambiente contratual que envolve a vida administrativa. Conforme escreve Pedro Costa Gonçalves, sobretudo ao

³⁰⁷ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y los concessionários*, p. 1.

³⁰⁸ A este propósito, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 193 e ss. e 315.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 202 e 203.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 314.

nível da contratação que confia responsabilidades públicas a privados, a regulamentação substantiva haverá de cuidar dos interesses do chamado “terceiro oculto”: o público³¹¹.

Cumpra, então, analisar o estatuto do utente e o tipo de relação que ele estabelece com o concessionário de serviço público.

As primeiras teorias doutrinárias sobre o serviço público surgiram em França, com a Escola de Bordeaux, que explicavam a posição jurídica dos usuários dos serviços públicos a partir de uma perspectiva de direito público, por contraposição às relações contratuais próprias do direito privado. Os utentes dos serviços públicos seriam, assim, diferenciados relativamente aos clientes dos serviços privados³¹². Só com a posterior construção (já nos anos 20 do século passado), por parte da jurisprudência francesa, de uma categoria de serviços públicos de caráter industrial ou comercial, cujo regime era fixado por regras de direito privado, é que se tornou possível reconhecer estes contratos como verdadeiros contratos de direito privado. Passou, assim, a existir uma dualidade de regimes, estudada e aprofundada pela doutrina, para os chamados serviços administrativos (regulados pelo direito público) e para os serviços público de caráter industrial ou comercial (regulados pelas regras do direito privado)³¹³.

Atualmente, apesar de a questão não ser de todo pacífica³¹⁴, é entendimento maioritário da doutrina que a posição do utente de um serviço público concessionado é de

³¹¹ *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in *CJA*, n.º 64, 2007, p. 37.

³¹² A Revolução Francesa submeteu os serviços públicos ao Direito, de modo que estes passaram a ser considerados a própria razão de ser do Estado. Essa conceção foi adotada pela Escola Francesa do Serviço Público, de Bordeaux, constituída por juristas como Gaston JÈZE, Léon DUGUIT e Rolland BONNARD, que concebiam o serviço público como atividade administrativa e, por conseguinte, vinculada ao poder público. Contudo, esta Escola, que acabou por exercer influência sobre outras, como a Espanhola, incorreu no exagero de explicar todo o Direito Administrativo pelas regras próprias dos serviços públicos. Essa posição doutrinária chocou-se com as primeiras concessões feitas no século XIX, o que levou ao seu reexame, já que se identificava o serviço público com a atividade estatal. A este propósito, cf. FILHO, José Soares, *cit.*, p. 101, e FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario con el concessionário de servicios públicos*, in *Los servicios públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, p. 23.

³¹³ *Vide*, a este respeito, MACHO, Luis Miguel, *Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia*, in *RAP*, n.º 142, 1997, p. 573 e ss.

³¹⁴ Ainda assim, existem autores que consideram que esta relação entre utente e concessionário deverá ser regulada por regras de direito público. Esta posição é perfilhada nomeadamente por Pedro ESCRIBANO COLLADO (*El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *RAP*, n.º 82, 1997, p. 151) que entende que a situação jurídica do utente do serviço público tem a sua origem e regime jurídico no direito público, ainda que possam ser utilizadas normas de direito privado para regular aspetos concretos do serviço.

direito privado³¹⁵. E mesmo no ordenamento jurídico italiano, onde era comum considerar-se que a posição do utilizador do serviço era regulada pelo direito público³¹⁶, também a doutrina mais atual se tem encaminhado para considerar como sendo de natureza privada as relações de prestação de serviços públicos³¹⁷.

2. O Estatuto do Utente do Serviço de Águas

No que respeita ao serviço de fornecimento de água, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do DL n.º 379/93, de 5 de novembro – cuja formulação se manteve com a entrada em vigor do DL n.º 92/2013, de 11 de julho³¹⁸, que revogou aquele diploma – 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*”.

³¹⁵ Neste sentido, vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*La atividade industrial y mercantil de los Municipios*, in *RAP*, n.º 17, 1955), que afirma precisamente que as relações entre utente e empresa concessionária são “*inequivocamente privadas*”.

³¹⁶ Em Itália, apesar de a construção unitária da posição jurídica dos utentes do serviço público ter partido de uma perspetiva jurídico-pública muito semelhante à tese da Escola Francesa do serviço público, ainda assim o critério que permitiu distinguir a natureza pública ou privada da posição dos utentes do serviço acabou por ser distinto. O que sucedeu na prática foi que o regime de direito público seria aplicado aos serviços que tivessem sido assumidos primeiramente pelo poder público e que seriam geridos de modo direto pela Administração, enquanto que nos serviços mais recentes geridos, ainda que temporariamente, por concessionários privados valeriam já as regras do direito privado no que toca ao estatuto do utente do serviço. Renato ALESSI (*Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946, p. 249 e ss.) chegava a defender que apenas os serviços prestados por entes públicos económicos que sujeitassem a sua atividade ao direito privado podiam estabelecer relações de carácter jurídico-privado com os utentes do serviço. A experiência italiana demonstra precisamente as dificuldades de compreensão da natureza da relação jurídica que se estabelece entre o utente e o concessionário do serviço público. Depois de décadas de reorganização da gestão dos serviços públicos é que, finalmente, se começou a prestar uma atenção específica ao aperfeiçoamento e atualização do regime jurídico aplicável aos utentes do serviço.

³¹⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 318, n.r. n.º 474, e MACHO, Luis Miguel, *cit.*, p. 571 e ss.

³¹⁸ Diploma que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais 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.

Nestes termos, no caso dos sistemas multimunicipais, os utentes são, por via de regra³¹⁹, os municípios, enquanto nos sistemas municipais os utentes são qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada.

Todavia, o que aqui nos interessa, face às particularidades dos casos em estudo, são as relações que se estabelecem entre os concessionários do serviço público (mediante concessão do município) e os utentes do serviço enquanto consumidores finais.

No sentido de compreender a posição que o utente assume atualmente, torna-se necessário analisar o modo como ele se encontra tutelado na legislação nacional: por um lado, na Lei n.º 24/96, de 31 de julho (LDC)³²⁰, que estabeleceu o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e, por outro, na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que, como vimos, classificou os serviços de fornecimento de água como serviços públicos essenciais, nos termos do art. 1.º, n.º 2, al. a).

Tal como prevê o art. 2.º, n.º 1, da LDC, “*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, sendo incluídos no âmbito desta lei “*os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas (...) e por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*” (art. 2.º, n.º 2)³²¹.

³¹⁹ Dizemos por via de regra porque a norma acarreta dúvidas em relação à “*distribuição direta integrada em sistemas multimunicipais*”, já que aí se prevê que também poderão ser pessoas singulares utentes do serviço. Neste âmbito, coloca-se, desde logo, a questão de saber se a abertura à distribuição direta seria compatível com a natureza grossista dos sistemas multimunicipais, como salientam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*cit.*, p. 47 e ss.). Para os autores, a possibilidade de um sistema multimunicipal poder servir diretamente pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, deveria ser compreendida de um modo excecional, ou seja, os utilizadores não municipais teriam de ser utilizadores que justificassem o seu relacionamento direto com os sistemas em “*alta*” criados pelo Estado (por exemplo, utilizadores de grandes indústrias ou grandes explorações agro-industriais).

³²⁰ Com as últimas modificações legislativas da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

³²¹ Também em Espanha a Lei Nacional de Defesa do Consumidor especifica no seu art. 1.º a tutela dos consumidores de serviços de natureza pública, prevendo nos arts. 27.º a 31.º os direitos específicos destes utentes. *Vide*, a este propósito, ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El servicio público. Los derechos del usuario. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, editorial júrís, n.º 4, 1994, p. 26 e ss.

Por seu turno, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, consagra as “regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente”, esclarecendo que o serviço de fornecimento de água é um dos “serviços públicos abrangidos”³²². O facto de esta última lei não identificar o utente com o consumidor – já que o diploma não quis restringir o seu âmbito de aplicação ao conceito de consumidor final constante da Lei n.º 24/96, de 31 de julho – poderia significar, em última análise, a aplicação deste regime às autarquias locais quando estas se assumissem, simultaneamente, como utentes e prestadoras do serviço (no caso dos sistemas multimunicipais). No entanto, sabendo que o objetivo do diploma foi diminuir o crescente desequilíbrio criado pela falta de poder negocial dos consumidores, deve entender-se, como aliás o faz Fernanda Maçãs, que o que a Lei n.º 24/96 pretendeu foi tutelar a relação entre o prestador e o utente que visa satisfazer as suas próprias necessidades, profissionais ou domésticas, excluindo-se, assim, os municípios³²³.

Concordamos, pois, com Carlos Ferreira de Almeida quando advoga que, estando em causa contratos de concessão pela Administração Pública ou contratos de fornecimento

³²² A Lei n.º 23/96 criou mecanismos destinados proteger o utente de serviços públicos essenciais, que se caracterizam por estabelecer uma disciplina regulatória assente em garantir, designadamente, o direito de participação das organizações representativas dos utentes (art. 2º), o dever de informação, recaindo sobre o prestador o dever de informar, de forma clara e conveniente, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e a prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem (art. 4º); o cumprimento das regras sobre a suspensão do serviço, estatuindo-se, designadamente que o mesmo não pode ser suspenso sem pré-aviso adequado (art. 5º); a sujeição da prestação do serviço a padrões de qualidade (art. 7º); a proibição da imposição e cobrança de consumos mínimos (art. 8º, n.º1), entre outros.

³²³ Concordamos inteiramente com Fernanda MAÇÃS, (*São os Municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, in *DRL*, n.º 4, 2008), quando defende que os municípios, quando utilizadores do serviço, não são tutelados por esta lei. Com efeito, o problema deste conceito amplo de utente da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, tal como explica a autora, coloca-se sobretudo no âmbito das relações entre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de águas e resíduos com os municípios utilizadores em “alta”, já que nestes sistemas multimunicipais, os utilizadores do serviço seriam os próprios municípios que, por sua vez, são também fornecedores/distribuidores desse mesmo serviço. Nestas situações os municípios utilizadores não podem ser qualificados como utentes para efeitos da Lei n.º 23/96, ainda que ligados à concessionária do sistema multimunicipal por um contrato de fornecimento, já que não se verifica a tal fragilidade que caracteriza a relação entre consumidor e fornecedor do serviço que está presente na relação entre utente e prestador de serviço essencial. Nem a esta leitura obstam as recentes alterações à Lei n.º 23/96, operadas pelas Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro e Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro. Esta posição, já assumida pelo STA no acórdão de 3 de novembro de 2004 (P. 033/04) foi entretanto seguida pelo TCAS no acórdão de 19 de janeiro de 2012 (P. 06933/10), onde se considerou que “o DL 23/96 de 26/07 não é aplicável ao fornecimento de água a uma autarquia por parte de um concessionário”, e no acórdão do Tribunal de Conflitos de 9 de dezembro de 2013 (P. 024/14) onde se decidiu de um modo expresso que “nas relações entre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de águas e resíduos com os municípios utilizadores em “alta”, os municípios utilizadores, ainda que ligados à concessionária do sistema por um contrato de fornecimento ou de recolha de efluentes, não podem ser qualificados como utentes para os efeitos da Lei n.º 23/96, uma vez que são eles simultaneamente os fornecedores dos municípios em baixa”.

à Administração, a lei eliminou todos os vestígios de poderes autoritários do fornecedor, substituindo-os por regras de proteção do utente, e criou regras de organização, funcionamento e atuação concorrencial que se mostram incompatíveis com a integração na atividade administrativa³²⁴. Para além disso, e como explica o autor, a natureza administrativa destes contratos não é compatível com o princípio da neutralidade que, admitindo embora a natureza pública de alguns fornecedores, não pode conviver com certos princípios da atividade administrativa, tais como a tutela e o recurso hierárquico.

Temos, assim, que o utente do serviço público de fornecimento de água – desde que não seja o próprio município - deverá ser considerado consumidor, e que a relação entre prestador e utente do serviço será uma relação de consumo.

Contudo, ainda que inseridas no âmbito dos contratos de consumo, torna-se necessário tomar em consideração que estas relações concessionário/utente não podem ser tidas como relações de *puro* direito privado. Na verdade, muitas das disposições que fixam as regras de prestação dos serviços aos utentes (e que podem assumir natureza legal ou regulamentar) são de direito público³²⁵.

Parece-nos, portanto, que as relações entre utente do serviço e concessionário assumem uma natureza mista. Repetindo as palavras de Ismael Farrando, estamos perante *“uma relação jurídica de carácter misto (contratual-regulamentar); de uma parte tem uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida à regulamentação pública do serviço, e nesses aspetos está sob a vigilância e proteção da Administração (...), por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes – ambas privadas –, que, como tal, tem natureza civil, e assim deve ser entendido em todos os aspetos que não afetarem a situação regulamentar (...)”*³²⁶.

³²⁴ *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002, p. 122 e 123. O autor exclui, assim, deste regime de direito privado, tal como nos parece adequado, os contratos de prestação de serviços *pela* Administração.

³²⁵ Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 318. Nas palavras de Sandie HILLON (*De L'Usager au Consommateur: une évolution de l'ouverture du service public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 293 e 294) *“concorrência e consumerismo são dois fatores de melhora da produtividade e da eficiência dos serviços públicos, mas eles também podem ser fatores de desequilíbrio, de descontinuidade e de desigualdade”*.

³²⁶ *Cit.*, p. 35 e 36.

A prestação dos serviços públicos, especificamente quando concessionados, fica, assim, regida em parte por um estatuto de regulamentação pública; mas só se penetra na incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (utente e concessionário), que será de natureza civil em todos os aspetos que não contrariem a situação estatutária^{327 328}.

3. Posição Perfilhada

Neste contexto, não podemos deixar de concordar com a posição vertida no mencionado voto de vencido lavrado no acórdão prolatado no conflito n.º 045/13, onde se pode ler que “*por decorrência do preceituado nos arts. 212.º, n.º 3, da CRP e 1.º, n.º 1, do ETAF, essencial para se determinar a competência dos tribunais administrativos é a existência de uma relação jurídica administrativa*”, o que não se verificava no caso dos autos. É certo que é prosseguida uma finalidade pública, mas “*a relação jurídica ajuizada não tem natureza administrativa, porquanto nenhum dos respetivos sujeitos tem a natureza de entidade pública*” e, para além disso, a entidade concessionária, com o desenvolvimento de concessionada atividade de fornecimento de água, “*não visa – ao contrário do que ocorre com o município concedente que o tem a seu cargo – a satisfação do correspondente interesse público, antes persegue o que caracteriza a sua natureza de sociedade comercial – anónima, no caso –: a obtenção de lucros que dividirá entre os seus acionistas (...), não tendo, pois, como móbil da respetiva atuação a satisfação do*

³²⁷ Neste sentido também se pronuncia Roberto DROMI (*Derecho Telefónico*, Buenos Aires: ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 59), que entende que “*o usuário (ou cliente ou consumidor) se encontra unido à prestadora do serviço por um contrato (...). Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que deve ser satisfeito através do serviço público justificam que o seu regime jurídico (marco regulatório, ordenação e organização, fiscalização e regime sancionatório) seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou clientes e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo à aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspetos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que rege justamente por se tratar de serviço público*”.

³²⁸ Sobre a regulação administrativa dos contratos de consumo, cf. FRISON-ROCHE, *Contrat, concurrence, regulation*, in *RTDC*, n.º 7, 2004, p. 466 e ss.; BELLANTUONO, Giuseppe, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna: Società Editrice il Mulino, 2009, p. 307 e ss.; PIZZOLATO, Filippo, *Autorità e consumo: diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 1 e ss, e 77 e ss.

mencionado interesse público, ainda que este acabe por ser concretizado através daquela”.

Por conseguinte, a inserção destes litígios no âmbito da jurisdição administrativa e fiscal só poderia ser feita com recurso à alínea f) do art. 4.º, n.º 1, do ETAF, onde se determina que compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto “*contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspetos específicos do respetivo regime substantivo*”³²⁹.

³²⁹ Neste sentido já se havia pronunciado Pedro Costa GONÇALVES (*Jurisdição competente para apreciar ações sobre contratos de fornecimento de água*, Parecer Jurídico, Coimbra, Novembro de 2012), considerando que quer a norma contida na al. b) quer a norma da al. e) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF “*não tem qualquer aptidão para reconduzir à jurisdição administrativa a apreciação de litígios sobre contratos de fornecimento de água*”. Já a al. f) deste n.º 1 apresenta-se como uma “*disposição mais complexa do que as anteriores, que procura estabelecer um link entre o próprio contrato e o Direito Administrativo*”, não existindo “*qualquer alusão aos antecedentes do contrato, seja ao ato administrativo no qual aquele se fundou, seja ao procedimento pré-contratual*”. Com base nesta disposição, considera o autor que são “*critérios de justiciabilidade administrativa*” do contrato: “*i) possuir o contrato um objeto passível de ato administrativo*”; e “*ii) ser o contrato objeto de uma regulamentação específica de direito público*”. No entanto, e ainda que não restem dúvidas que o contrato de fornecimento de água é objeto de uma regulação específica, está “*longe de se poder considerar a regulação que atinge esse contrato uma regulação baseada em normas de direito público. Com efeito, o valor que inspira uma tal regulação é, claramente, a proteção do consumidor no contexto de uma relação de consumo de um serviço público essencial*”.

Concordamos, no entanto, com a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs – Relatora do processo - quando afirma que, apesar de os contratos de fornecimento de água serem densamente regulados, as regras legais que visam proteger o utente, nomeadamente, como vimos, as previstas na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, não são normas de direito público³³⁰. Existe efetivamente regulação, mas ela baseia-se na “*proteção do consumidor no contexto de uma relação de consumo de um serviço público essencial*”: o contrato é regulado mas no âmbito do direito privado. Razão por que seriam competentes os tribunais judiciais³³¹, que possuem uma jurisdição residual, determinada de forma negativa, e que compreende “*todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais*” (art. 211.º, n.º 1, da CRP).

Perante esta linha argumentativa, seríamos obrigados a sufragar o entendimento de que os tribunais competentes seriam os tribunais comuns, tendo em conta que nos termos do art. 202.º da CRP e do art. 1.º do ETAF, os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo nos *litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*.

Todavia, sabido que os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são competentes para cobrar todas as dívidas tributárias (que compreendem *impostos, taxas* e demais *contribuições financeiras a favor de entidades públicas*, em conformidade com o disposto no art. 3.º da LGT), torna-se crucial saber se nos casos em análise a obrigação pecuniária em dívida reveste natureza tributária (por ter, designadamente, natureza de taxa), pois que se assim for torna-se indubitável, face ao disposto no art. 162.º do CPPT, que a sua cobrança deve ser feita através de processo de execução fiscal, da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários (art. 148.º do CPPT).

³³⁰ Como vimos *supra*, a resposta será diferente no caso dos sistemas multimunicipais, já que aí os utilizadores do serviço serão os próprios municípios que, por sua vez, são também fornecedores do mesmo serviço.

³³¹ Rodrigo GOUVEIA (*cit.*, p. 31 e 32), apesar de não aprofundar a questão, chega a defender, com base na supremacia que se verifica na relação entre os profissionais do setor e os consumidores, que os litígios resultantes destes contratos de consumo se devem afastar dos meios judiciais comuns. O autor defende, pois, que seria fundamental estabelecer uma resolução alternativa de conflitos, que não implicasse custos elevados e que fosse levada a cabo mediante processos e procedimentos simples e céleres.

Capítulo III: Obrigação das Partes: Em Especial a Obrigação de Pagamento do Preço Devido

Considerada que foi a natureza das relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços públicos, mormente a relação entre utente e concessionário, cumpre tratar agora de questão conexas e de relevo fundamental: a obrigação de pagamento da quantia pecuniária por parte do utente do serviço.

Como bem se compreende da análise jurisprudencial enunciada e dos contornos que a questão assumiu ao nível do Tribunal de Conflitos, atribuir competência aos tribunais judiciais ou aos tribunais tributários relativamente a litígios que envolvam a falta de pagamento do serviço prestado pelo concessionário (*in casu*, concessionário de serviço público de abastecimento de água) implica saber se esta obrigação pecuniária tem a natureza de *taxa* ou, antes, a natureza de um *preço*.

Começemos, então, por analisar o regime dos preços municipais.

1. Os Preços Municipais

Como é sabido, a figura dos tributos tem sido objeto de uma divisão dicotómica, que os divide em tributos unilaterais ou impostos e tributos bilaterais ou taxas: os impostos “obedecem ao exigente princípio da legalidade fiscal e a sua medida tem por base o princípio da capacidade contributiva”, enquanto as taxas se bastam com a “reserva à lei parlamentar (ou decreto-lei parlamentarmente autorizado) do seu regime geral e a sua medida assenta no princípio da proporcionalidade taxa/prestação estadual proporcionada ou taxas/custos específicos causados à respetiva comunidade”³³². Contudo, existem outras figuras tributárias, como os *preços municipais*, cuja dificuldade de compreensão – e

³³² Deixamos, assim, de lado uma visão tripartida ou ternária, que inclui as contribuições ou tributos especiais ao lado dos impostos e das taxas. *Vide*, a este propósito, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 20 e ss.

distinção relativamente ao regime das *taxas* – se coloca precisamente no âmbito dos serviços públicos prestados a nível local³³³.

Com efeito, a atividade de exploração de sistemas municipais ou intermunicipais de abastecimento público de água é um dos setores a que respeitam os preços e demais instrumentos de remuneração a cobrar pelos municípios, tal como dispõe o art. 21.º n.º 3 al. a) da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais. Estes preços serão, pois, “*relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos em gestão direta pelas unidades orgânicas municipais, pelos serviços municipalizados e por empresas locais*”, não devendo “*ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens*”, tal como resulta da letra da lei³³⁴.

Ora, a LFL de 1998, (Lei n.º 42/98, de 6 de agosto) referia-se nos seus arts. 19.º e 20.º, a *taxas e tarifas e preços*, respetivamente. No entanto, tanto num caso como no outro, o que estavam em causa eram *taxas* consideradas em sentido lato, tal como preconizava Casalta Nabais³³⁵, já que partiam do mesmo pressuposto de facto: a prestação concreta de um serviço público. Assim sendo, quer as *taxas* quer as *tarifas e preços* se integravam na categoria geral de taxa, concebida como tributo bilateral³³⁶. E este entendimento não se alterou com a entrada em vigor da LFL de 2007 (Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro), pese embora a letra da lei.

³³³ Conforme explica Sérgio VASQUES (*Regime das Taxas Locais: introdução e comentário*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 13), “*ao longo do século vinte, enquanto os impostos, assentes no princípio da capacidade contributiva, dominaram os sistemas fiscais modernos, as finanças locais mostraram-se uma das poucas áreas em que a ciência económica e financeira reconhecera utilidade às taxas, assentes no princípio da equivalência, pela grande proximidade das autarquias junto às populações, agarradas muito de perto às suas preocupações e conhecedoras do custo e valor das prestações que lhe dirigem. Esta associação das taxas às finanças locais não perdeu atualidade com o terminar do século vinte, bem pelo contrário, veio a ganhá-la por força da tendência recente de transferir poderes tributários da administração central para as comunidades territoriais infra-estaduais, construindo-se assim sistemas tributários marcados pelos princípios da descentralização e da subsidiariedade*”.

³³⁴ No entanto, este requisito de que não se deve cobrir todo o custo de produção com o produto da taxa é de “*duvidosa aceitabilidade*”, como já Almeida GARRET (*Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989, p. 29 e ss) entendia. Na opinião do autor, o quantitativo da taxa “*não é um elemento essencial do conceito, desde que verificadas as outras duas características*”.

³³⁵ *O regime das finanças locais em Portugal*, in *Separata do BFD*, n.º 80, 2004, p. 37 e 38. As *taxas* seriam tidas como *taxas stricto sensu* enquanto que as *tarifas e preços* estariam englobadas pelo conceito de taxa em sentido amplo.

³³⁶ Nas palavras de Teixeira RIBEIRO (*Noção jurídica de taxa*, in *RLJ*, n.º 3727, 1985, p. 294), “*a taxa pode ser alternativamente definida ou como a quantia coativamente paga pela utilização individualizada de bens semipúblicos, ou como o preço autoritariamente fixado de tal utilização*”.

Na verdade, e ainda que a nova LFL tenha suprimido qualquer referência à expressão *tarifas*³³⁷, referindo-se tão só a *taxas dos Municípios e preços*, nos termos dos arts. 15.º e 16.º, o certo é que ainda assim estes *preços* não perderam a sua natureza jurídico-tributária, sendo incluídos na categoria mais abrangente de *taxas lato sensu*³³⁸. Estes *preços* distinguem-se, assim, das *taxas stricto sensu* por não terem de ser estabelecidas por Assembleia Municipal, podendo ser fixadas pela Câmara Municipal, e por não deverem ser inferiores ao custo que, direta e indiretamente, são suportados com a prestação dos serviços e com o fornecimento dos bens que os originam^{339 340}.

Neste contexto, bem se compreende que tanto as *taxas stricto sensu* como os *preços* poderão ser cobrados de um modo coercivo pelo município por via do processo de execução fiscal. Se ninguém questiona esse facto relativamente às *taxas*, já que a lei expressamente o admite, também as dúvidas que eventualmente persistam em relação aos *preços* devem ser dissipadas.

O art. 15.º, al. c), da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, repetindo o que constava do art. 11.º da LFL de 2007, determina precisamente que “*os municípios dispõem de poderes tributários relativamente a impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nomeadamente (...) possibilidade de cobrança coerciva de impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nos termos a definir por diploma próprio*”. Assim, e sabendo que as *taxas* (consideradas em sentido estrito) são indiscutivelmente tributos dos

³³⁷ Questão bem mais complexa prende-se com a natureza jurídica das *tarifas*, que tanto se podem reconduzir a um tipo especial de *taxas*, como defende José Casalta NABAIS, como podem ser tidas como normas regulamentares que fixam *preços* e *taxas* e que regem a sua aplicação, tal como preconiza Alberto XAVIER (*Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa, 1985, p. 59). As *tarifas* podem ser ainda caracterizadas como a quantia fixada por lei ou pela Administração que o utente paga pelo serviço; neste sentido, pode ter a natureza de *taxa* ou de *preço*. Esta é a posição de FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 216.

³³⁸ O novo diploma apenas operou, neste domínio, uma alteração nominal, já que estes *preços* não perdem a sua qualidade de *preços autoritariamente fixados*, não deixando de ser tratados como tributos, tal como já o eram em face da legislação anterior. Para mais desenvolvimentos, vide MAGALHÃES, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 33 e ss.

³³⁹ Nas palavras de José Casalta NABAIS (*Direito...*, p. 31 e 31), estes *preços* são “*taxas (economicamente) equivalentes*”.

³⁴⁰ Esta nomenclatura manteve-se com a entrada em vigor da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que procedeu à revogação da Lei n.º 2/2007. Esta nova lei continua a distinguir apenas as *taxas dos municípios* (no seu art. 20.º) dos *preços* (art. 21.º).

municípios, então, e nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 148.º do CPPT, poderá ser instaurado processo de execução fiscal com vista à cobrança destas receitas municipais³⁴¹.

Já no que toca aos *preços municipais*, mesmo que a resposta não seja tão evidente, ainda assim, e conforme afirma Casalta Nabais, deverá valer um “*regime jurídico-legal idêntico ao das taxas stricto sensu, se bem que dotado de algumas particularidades*”³⁴². Deste modo, e concordando com o entendimento perfilhado por António Malheiro de Magalhães, se estes preços são incluídos na categoria de taxas *stricto sensu*, ou seja, se se considera que possuem uma natureza jurídico-tributária, então não se vislumbra qualquer impedimento a que lhe sejam aplicado idêntico regime jurídico legal, nomeadamente ao nível da execução fiscal³⁴³. Nas palavras de Marcello Caetano, o “*preço pago pelas prestações fornecidas por serviços públicos geridos diretamente por pessoas coletivas de direito público têm a natureza jurídica de taxas e nessa qualidade está sujeito ao regime de cobrança de receitas fiscais*”³⁴⁴.

No entanto, se a questão nos parece relativamente simples de solucionar quando está em causa uma *taxa* ou um *preço* a ser cobrado pelo município prestador do serviço – na medida em que concordamos com a inclusão destes dois conceitos na categoria geral de taxas em sentido amplo – já quando o serviço é prestado por empresa concessionária o problema assume outros contornos.

³⁴¹ Ainda que o art. 148.º, no seu n.º 1, do CPPT preveja que “*o processo de execução fiscal abrange a cobrança coerciva das seguintes dívidas: a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais (...)*” e no seu n.º 2, al. a), se refira apenas à cobrança coerciva de “*outras dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas de direito público que devam ser pagas por força de ato administrativo*”, é entendimento pacífico na doutrina que aqui deverão ser incluídas as taxas devidas aos municípios. Conforme advoga António Malheiro de MAGALHÃES (*cit.*, p. 49 e 59), apesar de a letra da lei apenas se referir a taxas e demais contribuições financeiras a favor do Estado, omitindo qualquer alusão às taxas e demais contribuições financeiras a favor de pessoas coletivas públicas (onde se incluíam os municípios), “*não faria sentido que o legislador consagrasse a possibilidade de tais dívidas virem a ser coercivamente cobradas em sede de execução fiscal (...) e tivesse a intenção de excluir do mesmo meio processual a cobrança de dívidas tributárias aos municípios, resultantes de taxas e demais contribuições financeiras a seu favor*”. Também este sentido, *vide* Nuno de Oliveira GARCIA (*Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 35 e ss.), que explica que não tendo sido ainda aprovado o Regime Geral das Taxas, “*as normas da LGT devem aplicar-se – e têm mesmo que se aplicar, na ausência de normas especiais – às taxas e contribuições*”.

³⁴² *A autonomia financeira das autarquias locais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 53.

³⁴³ Naturalmente que a questão assume uma maior complexidade do que aquela que aqui lhe pretendemos dar, já que se torna necessário compreender o regime consagrado na RGTAL, bem como o Regime Jurídico das Autarquias Locais. No entanto, por se situar fora do núcleo da questão aqui a tratar, não será desenvolvida. No entanto, sobre o assunto, *vide* MAGALHÃES, António Malheiro de, *cit.*, p. 51 e ss.

³⁴⁴ *Manual de Direito Administrativo...*, p. 1067 a 1069.

2. O Preço do Serviço Concessionado

Os serviços de interesse geral – enquanto serviços essenciais à vida, saúde, e participação social dos cidadãos – para além de deverem ser prestados segundo os princípios da igualdade e adaptabilidade, devem ainda cumprir o princípio da universalidade: devem ser prestados a todos os cidadãos e mediante preço razoável³⁴⁵. Com efeito, apesar de o acesso à água se assumir, cada vez mais, como um direito fundamental do Homem, o certo é que daí não decorre a sua gratuitidade, a qual seria, aliás, inviável, não só por motivos de eficiência e eficácia, como por motivos de equidade, na medida em que uma política de preços muito reduzidos, que obrigasse a uma transferência de todo o esforço financeiro para o Estado, seria iníqua e inoportável³⁴⁶.

Este preço, que visa assegurar o financiamento da atividade, assume importância significativa quer para os fornecedores do serviço (por poder implicar o desenvolvimento de uma atividade não rentável) quer para os consumidores enquanto “*elo final da cadeia de consumo*”³⁴⁷.

Como ensina Pedro Costa Gonçalves, ainda que tradicionalmente a doutrina entendesse que as quantias a pagar pela prestação do serviço público revestiam a natureza de *taxas*, ou seja, seriam encargos ou contrapartidas de natureza fiscal ou tributária, atualmente deve considerar-se que, a menos que a lei disponha inequivocamente de modo diverso, a contrapartida a pagar ao concessionário tem a natureza de um *preço*³⁴⁸. O preço que o utente paga ao concessionário será, portanto, uma prestação pecuniária pela contraprestação de bens (e serviços) públicos, que dá lugar a uma relação de compra e venda³⁴⁹.

³⁴⁵ Estes princípios decorrem do princípio geral da boa fé previsto no art. 3.º da Lei n.º 23/96, que estipula que “*o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço (...)*”.

³⁴⁶ IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, p. 2.

³⁴⁷ GOUVEIA, Rodrigo, *cit.*, p. 34 e 35.

³⁴⁸ *A Concessão...*, p. 319 e 320. Nas palavras do autor, “*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*”.

³⁴⁹ Neste sentido, MAGALHÃES, António Malheiro de, *cit.*, p. 9.

Como tivemos oportunidade de analisar, a gradual privatização organizatória e formal das atividades de produção, gestão e prestação de serviços públicos essenciais, nomeadamente ao nível da Administração Pública Municipal, fez com que os serviços públicos pudessem passar a ser prestados por uma entidade pública ou por uma pessoa privada, “*em função do regime legal entendido (politicamente) como o mais adequado*”³⁵⁰. Nessa medida, e como também vimos *supra*, o que passa a existir entre o concessionário e o utente do serviço público é uma relação de direito privado, baseada num contrato de direito privado.

Assim, e contrariamente ao que se passa a nível de preços municipais, onde a contraprestação assume natureza tributária, que permite o recurso imediato ao processo de execução fiscal, já nos serviços que passaram para a gestão privada (designadamente por via da concessão) a perda da natureza tributária da obrigação pecuniária em cobrança passou a inviabilizar, em caso de incumprimento pelo utente, o recurso ao processo de execução fiscal³⁵¹.

A quantia que o utente paga ao concessionário deixa, assim, de ser considerada como *taxa*, ou seja, como uma “*prestação devida como retribuição de serviços individualmente prestados, da utilização de bens do domínio público ou da remoção de limites jurídicos à atividade dos particulares*”, como definida por Teixeira Ribeiro³⁵², para ser considerada um *preço*.

No entanto, este preço não terá necessariamente que se formar segundo as regras de mercado. Como vimos, por via de regra, o preço é determinado pelo concessionário segundo critérios pré-estabelecidos por via administrativa, que podem constar de um regulamento autónomo de contrato (a tarifa) ou do próprio contrato de concessão; contudo, o preço poderá ser igualmente fixado por convenção administrativa multilateral ou até pela entidade reguladora³⁵³.

Destarte, e conforme defendem Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins, do mesmo modo que não se pode advogar a natureza de taxa nas situações em que vigore

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 70.

³⁵¹ Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *O utente do serviço público de telecomunicações*, Coimbra, 1995, p. 28.

³⁵² *Cit.*, p. 291.

³⁵³ Cf., a este propósito, GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 320 e 321.

um princípio de liberdade tarifária do concessionário, ao abrigo do qual este possa fixar unilateralmente os preços dos serviços, também quando estes são fixados por via administrativa ou por deliberação de autoridade reguladora a quantia a pagar pelo serviço prestado pelos utentes tem a natureza de um *preço*. Só assim não será quando a lei disponha em contrário: “*e mesmo neste caso deve exigir-se uma disposição expressa e inequívoca, uma vez que não raras vezes as qualificações legislativas se encontram desprovidas de rigor técnico*”³⁵⁴.

Assim, e voltando à questão em análise, não poderíamos estar mais de acordo com António Malheiro de Magalhães quando afirma que “*o processo de execução fiscal será, pois, o meio jurisdicional específico que a lei contempla e que, em princípio, coloca tão só ao dispor do Estado e de outras pessoas coletivas de direito público para procederem à cobrança coerciva de tributos, bem como de outras dívidas, nos casos em que a lei assim expressamente dispuser (art. 148.º do CPPT)*”³⁵⁵.

Este entendimento, que vai contra o que foi preconizado pelo Tribunal de Conflitos e também pelo STA³⁵⁶, parece-nos sem dúvida o mais acertado. A empresa concessionária não deixa de ser uma entidade privada, mesmo que desenvolva uma atividade materialmente administrativa, como é a prestação de um serviço público essencial aos utentes. E ainda que tal prestação esteja sob responsabilidade, garantia ou regulação por parte da Administração Pública (em sentido organizatório), está excluída, de um modo geral, do âmbito de aplicação do processo de execução fiscal, ficando a credora concessionária obrigada a recorrer aos meios jurisdicionais comuns para obter a cobrança das dívidas resultantes do incumprimento da obrigação de pagamento de preço por parte

³⁵⁴ *Cit.*, p. 293 e 294.

³⁵⁵ *Cit.*, p. 70 e 71.

³⁵⁶ Em 2012, o Pleno da Secção do Contencioso Tributário do STA proferiu decisão onde considerou que, no domínio de vigência da LFL de 2007 e do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, “*cabe na competência dos tribunais tributários a apreciação de litígios emergentes da cobrança coerciva de dívidas a uma empresa municipal provenientes de abastecimento público de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, uma vez que, o termo “preços” utilizado naquela Lei equivale ao conceito de “tarifas” usado nas anteriores Leis de Finanças Locais e a que a doutrina e jurisprudência reconheciam a natureza de taxas, pelo que podem tais dívidas ser coercivamente cobradas em processo de execução fiscal*” (acórdão do STA de 10 de abril de 2013, P. 015/12).

dos utentes³⁵⁷, por tal se impor perante as regras de pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico e que de seguida analisaremos.

³⁵⁷ Conforme se pode ler do voto de vencido do conflito n.º 045/13: “*os particulares que contratam com a concessionária o fornecimento da água canalizada mais não visam, então, que a satisfação da sua correspondente e particular necessidade elementar, no quadro exclusivo da contratação contida no âmbito do direito privado, que não no público. Por isso devendo pagar à A. o “preço” (e não a “taxa”) que traduz a contrapartida contratual e sinalagmática do fornecimento da água, preço aquele aceite por ambos os sujeitos contratuais, em situação de pura paridade negocial, descontado o monopólio de que beneficia a concessionária, no exercício da respetiva atividade*”.

Capítulo IV: A Questão da Jurisdição Competente

1. A Competência dos Tribunais Judiciais

*“The presence of the government as a party to the contract may influence the courts, but the fact that the entire economy depends on the integrity of the contract law system provides a potentially powerful countervailing pressure”*³⁵⁸.

A opção pela pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico é demonstrada, desde logo, ao nível da CRP, que no seu art. 219.º prevê várias categorias de tribunais. A jurisdição, enquanto *“função do Estado desempenhada pelos tribunais mediante o exercício do poder decisório de declarar o direito e de o impor coercivamente para fins de composição de litígios de pretensão insatisfeita”*³⁵⁹, encontra-se repartida entre os diferentes tribunais segundo as regras gerais de competência, nomeadamente entre a jurisdição cível e criminal e a jurisdição administrativa e fiscal. Enquanto os tribunais judiciais são *“os tribunais comuns em matéria cível e criminal”* (art. 211.º, n.º1 da CRP), já os tribunais administrativos e fiscais, nos termos do disposto no art. 212.º, n.º 3 da CRP, terão competência para *“o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objetivo dirimir litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”*³⁶⁰.

Ora, conforme escreve José Gómez-Ibáñez, ainda que a presença de um ente público possa influenciar a atribuição da competência judicial para a resolução dos litígios envolvendo um contrato de concessão, não se pode descurar que estamos perante um contrato de direito privado, celebrando entre a empresa concessionária e o utente³⁶¹. E o facto de a concessão de serviços públicos incluir disposições de carácter regulamentar e de a

³⁵⁸ GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *cit.*, p. 29

³⁵⁹ CORREIA, Sérvulo, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002, p. 212.

³⁶⁰ A disposição do art. 212.º da CRP é, pois, uma cláusula geral através da qual se define o âmbito material do exercício da função jurisdicional do Estado através da ordem jurisdicional administrativa. Neste sentido, *cf.* CORREIA, Sérvulo, *cit.*, p. 212.

³⁶¹ Nas palavras do autor, *“o contrato de concessão mantém um claro compromisso com os contratos comerciais e com as influências do poder de mercado, enquanto que elimina as dificuldades de negociação com pequenos consumidores”*.

relação que se estabelece entre concessionário e utente não ser de puro direito privado, não obsta a que os litígios emergentes de dívidas por fornecimento de água sejam da competência dos tribunais comuns.

Concordamos, assim, inteiramente com Juan Carlos Cassagne quando advoga que *“em princípio, a relação entre um concessionário privado de serviços públicos e o usuário se rege pelo Direito Privado, sem prejuízo de caber ao Direito Administrativo tudo que for concernente à regulamentação do serviço”*³⁶².

Nesta medida, sendo o credor uma entidade privada, desprovida de título executivo, que pretende obter a cobrança coerciva do preço devido pelo utente e que consta de uma fatura, a competência será dos tribunais da jurisdição comum. A competência apenas será dos tribunais tributários quando *“o objeto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do “preço” ou das “tarifas”, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º nº 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os atos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais”, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal”*. Caso contrário, *“a execução coerciva de dívidas por incumprimento dos contratos de fornecimento em causa seguem regimes diferentes consoante a natureza pública ou privada do fornecedor do serviço (concessionário), uma vez que, em relação a estes últimos, no caso de incumprimento do utente, a nota de cobrança emitida estando desprovida de força executiva, não constitui um título, nos termos e para os efeitos do processo de execução fiscal”*³⁶³.

E perfilhamos este entendimento pelas razões já acima enunciadas: por um lado, porque para além da relação essencialmente privada, está em causa um *preço* e não uma *taxa*; por outro lado, porque inexistente título executivo suficiente para a instauração de um processo de execução fiscal.

Vejamos este último ponto.

³⁶² *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 55 e 56.

³⁶³ Conforme se pode ler do sumário da decisão do Tribunal de Conflitos de 21 de janeiro de 2014, P. n.º 044/13.

2. O Processo de Execução Fiscal

A execução fiscal, prevista nos arts. 148.º e ss do CPPT, tem por objetivo primacial “a cobrança dos créditos tributários, de qualquer natureza, estando estruturado em termos mais simples do que o processo de execução comum, com o objetivo de se conseguir uma maior celeridade de cobrança de créditos, recomendada pelas finalidades de interesse público das receitas que através dele são cobradas. Este mesmo artigo indica-nos os tipos de dívidas que são cobradas através do processo de execução fiscal”³⁶⁴. No entanto, não é suficiente para a promoção da execução fiscal que a dívida em questão corresponda a uma das elencadas no art. 148.º do CPPT: para a instauração de um processo executivo é necessária a existência de um título executivo, ou seja, é necessária a “existência, *ab initio*, de um comprovativo de que a dívida subjacente existe, e que existe em termos legais, porque em princípio não se discutirão os aspetos atinentes à legalidade da dívida exequenda durante o processo”³⁶⁵.

Deste modo, só mediante um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT³⁶⁶ poderá dar-se início a um processo de execução fiscal com o objetivo de proceder à cobrança coerciva de “a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais; b) Coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contra-ordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns; ou c) Coimas e outras sanções pecuniárias decorrentes da responsabilidade civil determinada nos termos do Regime Geral das Infracções Tributárias”, conforme dispõe o art. 148.º do CPPT.

Ora, nos casos aqui em análise, a entidade credora, tendo natureza privada, emitiu fatura relativa ao preço e encargos pelo serviço de fornecimento e de consumo de água

³⁶⁴ SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª ed., Áreas Editora, 2007, p. 20.

³⁶⁵ ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 313.

³⁶⁶ E que poderá ser: a) certidão extraída do título de cobrança relativa a tributos e outras receitas do Estado; b) certidão de decisão exequível proferida em processo de aplicação das coimas; c) certidão do ato administrativo que determina a dívida a ser paga; ou, ainda, d) qualquer outro título a que, por lei especial, seja atribuída força executiva.

pelo utente, mas não pode emitir certidão que constitua título executivo para efeitos de execução fiscal, nem sequer se encontra prevista no ETAF a competência da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução deste tipo de litígios.

A dívida decorrente de fornecimento de serviço de água distancia-se, assim, do regime das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviária (créditos por taxas de portagem e coimas de natureza não tributária), simplesmente porque, para esse específico caso, o legislador veio expressamente consagrar a possibilidade de essa entidade obter a cobrança coerciva desses créditos através do processo de execução fiscal – nos termos do art. 17.º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de junho, aditado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

Como se deixou esclarecido no acórdão do STA de 27 de Fevereiro de 2013 (P. n.º 01242/12), a cobrança de créditos de natureza não tributária, como é o caso das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., através de processo de execução fiscal, depende de haver fundamento legal exposto, o que acontece por força do estabelecido no art. 17º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de junho, segundo o qual compete “*ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., adotar as medidas necessárias para que, quando ocorra o não pagamento em conformidade com o disposto no art. 16.º, haja lugar à execução do crédito composto pela taxa de portagem, coima e custos administrativos, a qual segue, com as necessárias adaptações, os termos dos arts. 148º e seguintes do Código do Procedimento e de Processo Tributário*”, (n.º 1), sendo que “*as entidades referidas no n.º 1 do art. 11.º da presente lei preparam e remetem, para emissão, o título executivo ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I. P., que exerce as funções de órgão de execução a quem compete promover a cobrança coerciva dos créditos referidos no número anterior*” (n.º 2).

3. Solução Proposta

3.1. Competência de *Iure Constituto*

Tomando em consideração todo o exposto, estamos em condições de concluir que a competência para a resolução deste tipo de litígios cabe, em nossa opinião, aos tribunais judiciais.

Com efeito, na esteira de autores como Fernando Garrida Falla, pensamos que ainda que a Administração Pública exerça efetivo poder regulamentar sobre o funcionamento e utilização do serviço pelos utentes, “*essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarcará tanto mais aspetos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um carácter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido diretamente pela Administração*”. Pelo contrário, “*as questões não previstas nessa regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratualistas*”³⁶⁷.

Nestes termos, inexistindo fundamento legal que permita a instauração de processo de execução fiscal – por a jurisdição administrativa e fiscal não ter para tal competência, nos termos do art. 4.º, n.º 1 do ETAF, nem a entidade concessionária (privada) dispor de um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT – terão de ser considerados competentes os tribunais judiciais. Só assim não será se estiver em causa a resolução de litígios que envolvam a discussão da legalidade do preço fixado ou das disposições que o regulam³⁶⁸, já que aí a questão assume natureza administrativa, ou se a dívida for cobrada pelo município³⁶⁹ ou por empresa municipal³⁷⁰, pois aí a competência será dos tribunais administrativos e fiscais.

³⁶⁷ *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992, p. 382.

³⁶⁸ Tal como consta do acórdão do Tribunal de Conflitos de 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13), “*pretendendo-se discutir a ilegalidade dos “preços” ou tarifas em causa o meio mais adequado seria precisamente o pedido de declaração de ilegalidade do regulamento municipal (...) que contém e regula as tarifas, ou o pedido de anulação da deliberação da câmara que o aprova*”.

³⁶⁹ Se a dívida tiver por base contratos de prestação de serviços celebrados pelo município, seja com um particular, seja, por maioria de razão, com um concessionário de serviço público ou de exploração de

Esta solução apresenta-se, aliás, em consonância com o direito francês onde, desde o célebre acórdão do Tribunal de Conflitos de 1921 (*Société commerciale de l'Ouest africain*), a distinção se faz entre serviços públicos administrativos, onde terá aplicação o direito público, e os serviços públicos de natureza comercial ou industrial, onde se incluem, como vimos, as atividades de saneamento básico. Nos termos aí decididos, a qualificação de industrial e comercial determinará, em princípio, a competência dos tribunais judiciais para a resolução dos litígios emergentes. Não será assim, por exemplo, se esse serviço for gerido por uma pessoa coletiva de direito público, já que o contrato pode ter natureza administrativa^{371 372}.

bens do domínio público, são sempre contratos de direito administrativo, como claramente são definidos nos arts. 1.º, n.º 6, 278.º e 450.º do CCP. Foi este o entendimento preconizado no acórdão do TRG de 23 de janeiro de 2014 (P. 346/13), onde se entendeu que, nestas situações, “estamos, assim, claramente, no domínio de relações de duas entidades que prosseguem interesses públicos relevantes e que nessa qualidade assumiram direitos e obrigações recíprocos” e que, por isso, “as relações entre si estabelecidas são relações administrativas e a resolução dos respetivos conflitos compete, claramente, aos tribunais da jurisdição administrativa, e jamais aos tribunais judiciais”. Também no acórdão do TRC, datado de 16 de setembro de 2008 (P. 328/07), se considerou que “envolvendo a questão a dirimir uma situação de responsabilidade civil extracontratual conetada com uma relação jurídica de direito privado relativa a um contrato de fornecimento de água, em que a fornecedora é uma autarquia, são materialmente competentes para tal conhecimento os Tribunais Administrativos”.

³⁷⁰ Sobre o regime das empresas municipais, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007.

³⁷¹ Vide, a este propósito, *Tribunal des conflits - 22 janvier 1921 - Société commerciale de l'Ouest africain*, CARBAJO, Joel, *Droit des services publics*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1997, p. 14 e 68, e ainda CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consummation*, 3.ª ed., Paris: Dalloz, 1992, p. 271. Entre nós esta posição tem vindo a ser igualmente seguida ao nível da jurisprudência dos tribunais comuns, nomeadamente nos acórdãos do TRP de 7 de novembro de 2013 (P. 2338/12), 6 de fevereiro de 2014 (P. 65542/12) e de 29 de maio de 2014 (P. 167178/12), onde se considerou que o “contrato do serviço público de fornecimento de água é um contrato de direito privado”, não tendo “cariz publicista a convenção pela qual uma entidade, pública ou privada, acorda em prestar a um utente, mediante determinada contrapartida, serviço – público – de fornecimento de água”, pelo que “é da competência dos tribunais comuns preparar e julgar uma ação declarativa instaurada por uma empresa privada gestora do serviço público de fornecimento de água e saneamento com vista a obter o pagamento do valor das faturas desse serviço prestado a um particular”. Também em decisões do TRG tem vindo a ser decidido, nos acórdãos de 23 de outubro de 2012 (P. 103543/08), de 19 de fevereiro de 2013 (P. 353418/10) e de 23 de abril de 2013 (P. 353418/10) que “os tribunais judiciais são competentes, em razão da matéria, para julgarem as ações em que uma sociedade, concessionária do abastecimento de água em certo concelho, reclama, daquele com quem contratou fornecer-lhe água, o pagamento relativo aos fornecimentos que alega ter realizado”. Estes são acórdãos que deram origem aos conflitos *supra* apresentados.

³⁷² Sobre a problemática da delimitação do âmbito de jurisdição administrativa em relação às empresas públicas, RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos tribunais administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da administração pública*, Coimbra: Almedina, 2007.

3.2. Competência de *Iure Condendo*

Contudo, e ainda que esta seja a leitura a privilegiar em face do direito constituído, julgamos que a questão deveria ser repensada em termos *de iure condendo*, atribuindo-se legalmente a competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

Desde logo, porque exigir às entidades concessionárias que dêem início a processos junto dos tribunais comuns para obter a cobrança dos seus créditos (ainda que inicialmente junto do Balcão Nacional de Injunções) se revela pernicioso para a eficiência e eficácia do sistema judicial, já que estão em causa ações de baixa densidade mas muito numerosas, que têm crescentemente ocupado os tribunais numa atividade de mero reconhecimento e cobrança de dívidas por parte destes grandes utilizadores. O que significa que os tribunais comuns estão atualmente colocados ao serviço de empresas concessionárias que negociam com milhares de consumidores e os tribunais correm o risco de se converter em órgãos que são meras extensões dessas empresas, com a consequente perda de capacidade de resposta, em prazo razoável, para os demais litígios.

Deste modo, e sabido que o processo de execução fiscal tem uma estrutura mais simples e célere que o processo de execução comum, sendo tramitado no Serviço de Finanças (art. 150.º do CPPT), obter-se-ia uma maior eficiência na cobrança destes créditos. O que, conjugado com uma alteração a nível dos fundamentos legais de oposição à execução fiscal, isto é, com uma alteração legislativa do art. 204.º do CPPT de molde a permitir ao devedor/executado a utilização do meio processual da oposição para reagir contra a legalidade da obrigação pecuniária que constitui a dívida exequenda, tornaria o processo mais justo e eficiente.

Para além disso, reconhecer por via legal a competência regra dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução de litígios respeitantes a créditos de empresa privada concessionária de serviço público e reconhecer a cobrança desses créditos mediante processo de execução fiscal, permitiria que fossem os tribunais tributários a conhecer e decidir todas as questões conexas com as obrigações pecuniárias faturadas, particularmente quando o objeto do litígio envolva a discussão da legalidade do *preço* ou das *tarifas* fixadas para a prestação daquele serviço público.

Acresce que, sendo os tribunais tributários os competentes para resolver os litígios que envolvam a relação entre o município e o consumidor final (ou entre a entidade gestora do sistema multimunicipal e o município) e para conhecer e decidir questões relativas à legalidade dos preços (fixados, como vimos, mediante critérios pré-estabelecidos por via administrativa, por convenção administrativa multilateral ou pela entidade reguladora), teriam, do mesmo modo, competência para proceder à cobrança coerciva dos créditos da empresa privada concessionária do serviço de fornecimento de água³⁷³ e para apreciar todos os fundamentos que ao executado fosse lícito aduzir como defesa num processo de declaração, tendo em consideração a natureza extrajudicial do título executivo em questão.

Em suma, e com o devido respeito por contrária opinião, parece-nos que a lei deveria resolver, de forma expressa e definitiva, a questão, e que o deveria fazer no sentido de dotar a Administração Tributária e os Tribunais Tributários de competência para proceder à cobrança coerciva de dívidas resultantes de contratos de fornecimento de água a concessionários, à semelhança, aliás, do que estabeleceu para os créditos do Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., compostos por taxas de portagem, coimas e custos administrativos, de natureza não tributária.

Da nossa parte, e atentos os argumentos invocados, colhe o nosso aplauso a decisão do Tribunal de Conflitos proferida em 21 de Janeiro de 2014, no P. n.º 044/13, que,

³⁷³ Considerando os litígios *supra* analisados que mereceram decisão por parte do Tribunal de Conflitos, o que estava em causa eram pedidos de cobrança coerciva de dívidas de fornecimento de água, por parte de empresa concessionária, devidas por consumidores finais. É certo que, no P. n.º 038/13, foram suscitadas outras questões pelo réu, nomeadamente a “*nulidade da cláusula contratual que impõe uma taxa de disponibilidade pelo contador totalizador*” e o “*abuso de direito que consubstancia a cobrança dessa taxa, por desproporcionada ao serviço prestado e representar uma dupla tributação, face ao pagamento por cada condómino de uma taxa por cada contador individual*”; no entanto, e tal como consta da decisão do P. n.º 045/13, “*a apreciação da competência dum tribunal tem de resolver-se face aos termos em que a ação é proposta, aferindo-se portanto pelo “quid disputatum”, ou seja pelo pedido do Autor e respetiva causa de pedir, sendo irrelevantes as qualificações jurídicas alegadas pelas partes ou qualquer juízo de prognose que possa fazer-se quanto à viabilidade ou inviabilidade da pretensão formulada pelo Autor*”. Assim, e ainda que outras questões se coloquem, será a partir da forma como a causa se mostra estruturada na petição inicial que será atribuída competência para a resolução dos litígios aos tribunais judiciais. Foi também neste sentido que se firmou jurisprudência, podendo ler-se no acórdão do STJ de 14 de maio de 2009 (P. 09S0232) que “*a competência material do tribunal afere-se pelos termos em que a ação é proposta e pela forma como se estrutura o pedido e os respetivos fundamentos. Daí que para se determinar a competência material do tribunal haja apenas que atender aos factos articulados pelo autor na petição inicial e à pretensão jurídica por ele apresentada, ou seja à causa de pedir invocada e aos pedidos formulados*”. Conforme explica Miguel Assis RAIMUNDO (*cit.*, p. 157), também este Tribunal de Conflitos tem vindo a sustentar a tese segundo a qual *thema decidendum* para aferir da jurisdição competente para julgar as matérias é constituído pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na ação, sem vinculação, contudo, às qualificações jurídicas efetuadas pelo autor. Neste sentido, *cf.* as decisões do Tribunal de Conflitos de 5 de maio de 2004 (P. 0374), de 13 de maio de 2003 (P. n.º 011/02) e de 8 de julho de 2003 (P. n.º 01/03).

com objetividade e rigor concetual, teve a ousadia de contrariar a posição normalmente sufragada e de admitir a competência dos tribunais judiciais para o conhecimento destes litígios. Apesar de essa posição não ter vingado, por contrariar a jurisprudência firmada do Tribunal de Conflitos, parece-nos que deveria ser cuidadosamente analisada e ponderada, já que isso conduziria, certamente, a uma reapreciação dos fundamentos que têm levado o Tribunal de Conflitos a atribuir a competência aos tribunais tributários.

É certo que as razões de segurança e certeza jurídica que serviram de justificação para a resolução do conflito n.º 031/13 não podem ser negadas perante a importância da segurança jurídica que encontra consagração no art. 8.º, n.º 3, do CC – ao impor ao julgador o dever de considerar todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito – e que impõe aos juízes um esforço no sentido de procurar a uniformidade possível, por não haver nada pior que uma jurisprudência flutuante, instável e inconstante. Todavia, essas razões não podem impedir que se continue a refletir e a buscar novos e decisivos argumentos jurídicos para o aperfeiçoamento e a renovação da jurisprudência e para a sua adaptação às novas exigências da sociedade.

Conclusão

“Ultimately both public and private entities will have to work together. And soon. Unless we manage our water better now, we will run out. When that happens, no pricing or management scheme in the world will save us”³⁷⁴.

O setor da água, que se reconduz a um serviço público de interesse geral, tem de ser observado e compreendido na sua dimensão de setor essencial para o bem-estar geral, para a saúde pública e segurança coletiva das populações, e as questões que nele se colocam exigem uma base de conhecimentos sólidos sobre a organização do setor, sobre os modelos de prestação do serviço e sobre o enredo das entidades que atuam neste domínio e que devem garantir a realização efetiva do serviço numa lógica de eficiência e sustentabilidade económica e social.

Esta dissertação evidencia a complexidade do serviço público de abastecimento de água e dá a compreender a necessidade de aprofundar o estudo das questões jurídicas que se colocam não só ao nível da relação de concessão como ao nível da própria relação de consumo estabelecida. Partindo de um domínio tão específico como é o das concessões municipais de serviço de água, expõem-se e equacionam-se as diferentes facetas dessa atividade, de modo a tornar clara a associação entre as entidades do setor público (ente concedente e regulador) e as entidades do setor privado (entidade concessionária e utente do serviço).

Chegados ao termo do estudo, podemos concluir que o serviço público de água é um serviço dotado de novas regras, onde os regimes não se encontram ainda sedimentados. Do ponto de vista de relação entre entidade concedente e concessionário, os contratos de concessão municipal são considerados contratos fechados, em que a intervenção da ERSAR, enquanto entidade reguladora, tem de ser feita de forma cautelosa, de modo a não entrar em conflito com o regime contratual estipulado. Se até aqui tivemos uma atuação essencialmente *ex post* por parte desta entidade, o certo é que, cada vez mais, se revela

³⁷⁴ INTERLANDI, Jeneen, *Liquid Asset*, in *Newsweek*, n.º 8, outubro de 2010, p. 46

fundamental uma intervenção regulatória numa fase anterior à atuação dos operadores económicos e um maior acompanhamento da relação contratual.

O contrato de concessão municipal de serviço de abastecimento de água deve, por conseguinte, ser pensado e concebido com especial atenção ao papel essencial da ERSAR, aos seus novos Estatutos e ao reforço dos seus poderes regulatórios. E tendo em conta que a universalização regulatória da ERSAR é portadora de “*perspetivas de introdução de racionalidades nas tarifas e no desempenho dos diversos tipos de operadores*”³⁷⁵, defendemos que a posição desta entidade necessita de ter em conta os diversos modelos de gestão do serviço, devendo ser-lhe dada capacidade para zelar pela promoção da qualidade de conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas, defendendo os direitos dos consumidores e a promoção da sustentabilidade económica.

Neste contexto, parece-nos adequada uma reestruturação do setor das águas e dos resíduos, com prioridade para a sua sustentabilidade económico-financeira, assumindo o fortalecimento do regulador um papel essencial. E as respostas para as principais questões colocadas exigem uma abordagem ampla, profunda, informada e politicamente esclarecida da situação do setor, bem como a tomada de decisões coerentes e articuladas sobre os novos desafios para os serviços de águas em Portugal.

Já no domínio da relação que se estabelece entre concessionária e utente do serviço, evidencia-se a necessidade de esclarecer qual a jurisdição competente para decidir os litígios relativos à cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal. Neste circunscrito aspeto, mais do que repetir a fundamentação já avançada nos acórdãos do Tribunal de Conflitos, procedemos à análise da argumentação jurídica que constitui o seu suporte fundamentador e apresentámos a nossa posição face ao enquadramento legal em que os contratos de concessão se inserem atualmente, com vista a questionar a bondade da solução encontrada por esse Tribunal – quer do ponto de vista do direito constituído, quer do direito a constituir.

Se tradicionalmente a relação que se estabelecia entre o prestador e o utente do serviço era tida como uma relação de subordinação de direito público – baseada na supremacia da organização prestadora do serviço, na exclusão da vontade do utente na definição do conteúdo do negócio e na natureza fiscal ou tributária da contraprestação – já

³⁷⁵ GODINHO, Rui, *cit.*, p. 35.

atualmente o estatuto do utente não pode deixar de levar a uma nova compreensão desta relação, com consequências relevantes ao nível da contraprestação devida pelo serviço prestado e que perdeu a sua natureza tributária.

Neste contexto, concluímos que a relação que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço público é uma relação de direito privado e que a quantia devida pelo serviço prestado reveste a natureza de preço, não podendo, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal. Assumimos, assim, uma posição consonante com a adotada pela doutrina maioritária mas que, todavia, diverge da posição postulada pelo Tribunal de Conflitos: ainda que a relação entre prestador e utente não seja uma relação de direito privado pura, por existirem diversos aspetos que podem ser regulados por normas de direito público, ainda assim, face ao quadro legal que atualmente disciplina a utilização do processo de execução fiscal, não é legalmente admissível que tal entidade privada possa obter a cobrança do seu crédito através daquele meio judicial exclusivo dos tribunais tributários, já que, por um lado, não dispõe de título executivo e, por outro, o contrato celebrado entre o concessionário e o utente não se subsume na norma do art. 4.º, n.º 1, al. f) do ETAF que define o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal.

Bibliografia e Documentos Consultados

Obras

ALESSI, Renato, *Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946

ALFEN, Hans Wilhelm, *Les PPP: de quoi parle-t-on? Essai de définition et de cadrage des PPP comme mode alternatif de fourniture de biens et de services publics*, in *Évaluer les Partenariats Public-Privé en Europe: quelles conséquences pour la commande et le projet? Quels impacts sur la qualité des bâtiments et des services? Quelles méthodes d'évaluation?*, Réseau Ramau, Latts; direção de Élisabeth Campagnac, Paris: Presses de l'école Nationale des Ponts et Chaussées, 2009

ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002

ALMEIDA, José Nunes, *Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Porto: Vida Económica, 2014

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2012

AMARAL, Diogo Freitas do, e TORGAL, Lino, *Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., 2006

AMARO, António Leitão, *Perspectivas de Reorganização Institucional dos Serviços de Água*, in *Direito da Água*, Série Estudos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica em baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XIV, 1989, tomo I
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa: lições*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2014
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *Autonomia e Atribuições das Autarquias Locais*, in *Manual do Eleito Local*, vol. I, CEFA, 1994
- ARAGÃO, Alexandre Santos, *Agências Reguladoras e a Evolução no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002
- AYRES, Ian, e BRAITHWAITE, John, *Responsive regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O Método de Escolha do Co-contratante da Administração nas Concessões de Serviços Públicos – Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000*, in *CJA*, n.º 26
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo com Regime de Project Finance*, in *RCP*, n.º 2, 2011
- AZEVEDO, Eduarda, *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*, Dissertação de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012
- BAPTISTA, Jaime Melo, *A Regulação e os Tarifários dos Serviços de Águas*, in <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/8cigpa>
- BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória Integrada (ARIT-ERSAR) para os Serviços de Águas e Resíduos*, *Série Estudos Técnicos*, n.º 3, ERSAR, 2014

BAPTISTA, Jaime Melo, PÁSSARO, Dulce Álvaro, e SANTOS, Rui Ferreira, *O impacte da nova lei da água nos serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas*, in IRAR, *Série Textos sobre Regulação*, vol. I, 2007

BELLANTUONO, Giuseppe, *Contratti e Regolazione nei Mercati Dell'energia*, Bologna: Società Editrice il Mulino, 2009

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *La Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre los Usuarios de los Servicios Públicos y los Concessionários*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponível online em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/6.pdf>>

BOVIS, Christopher H., *Risk and Public-Private Partnerships*, in *EPPPL*, n.º 1, 2012

BREYER, Stephen, *Regulation and its Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1982

CABRAL, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1980

CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consummation*, 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1992

CALVETE, Vitor, *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in *Julgar*, n.º 9, 2009

CAMPBELL, David, e COLLINS, Hugh, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, ed. por CAMPBELL, David, COLLINS, Hugh, e WIGHTMAN, John, Bloomsbury Publishing, 2003

CAMPOS, Diogo Duarte de, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas: a Adjudicação In House em Particular*, série PLMJ, n.º 1, Coimbra: Coimbra editora, 2010

- CAMPOS, Diogo Duarte de, *Parcerias Público-Privadas Institucionais e o duplo (triplo) concurso*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica de baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XIII, 1988, tomo V
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *O Princípio Democrático sob a Pressão dos Novos Esquemas Regulatórios*, in *RDPR*, n.º 1, CEDIPRE, 2009
- CARBAJO, Joel, *Droit des Services Publics*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1997
- CARVALHO, Raquel, *As Concessionárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994
- CASTRO, João Canto e, *A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos*, in *RCP*, n.º 4, 2012
- CATARINO, Luís Guilherme, *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos Instituto dos Valores Mobiliários*, 2012, disponível online em:
http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf.
- CATELA, Miguel, *Contratação Pública nos Setores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações: DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, Anotado e Comentado*, Lisboa: Fórum Mercados Públicos, 2002
- CHADWICK, Edwin, *Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe: of Competition for the Field, as compared with the Competition within the Field of Service*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 22, n.º 3, 1859
- COLAÇO, João de Magalhães, *Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914

- COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2002
- COLLINS, Hugh, *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, ed. por CAMPBELL, David, COLLINS, Hugh, e WIGHTMAN, John, Bloomsbury Publishing, 2003
- CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência: Desafios do Século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011
- CORREIA, Sérvulo, *Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002
- COSSALTER, Philippe, *Les Délégations d'Activités Publiques dans l'Union Européenne*, Paris: L.G.D.J., 2007
- CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- DANA, David e KONIAK, Susan, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol 148, 1999
- DECKER, Christopher, *Modern Economic Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015
- DEMSETZ, Harold, *Why Regulate Utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 11, n.º 1, 1968
- DIAS, Gabriela Figueiredo, *Project Finance: Primeiras Notas*, in *Miscelâneas* n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra: Almedina, 2004
- DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *Análise das Parcerias Público-Privadas: Serviços Municipais de Água e Águas Residuais*, Lisboa: AEPSA, 2010
- DROMI, Roberto, *Derecho Telefónico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998
- DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public*, Le Moniteur: Paris, 1979

- ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El servicio público. Los derechos del usuário. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, Editorial Júris, n.º 4, 1994
- EISENBERG, Melvin, *Why There is No Law of Relational Contracts*, in *Northwestern University Law Review*, n.º 94, 2000
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El usuário ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *RAP*, n.º 82, 1997
- ESTORNINHO, Maria João, *Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in *Direito e Justiça*, volume especial (VI Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo), 2005
- ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012
- FALLA, Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992
- FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario com el concessionário de servicios públicos*, in *Los Servicios Públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994
- FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*, Madrid: Marcial Pons, 1995
- FERREIRA, Bruno, *Mecanismos de Garantia em Project Finance*, in *Cadernos O Direito*, n.º 4, 2009
- FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001
- FERREIRA, Eduardo Paz, e MORAIS, Luís Silva, *A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009
- FILHO, José Soares, *Serviço Público: Conceito, Privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002

- FISHER, Eleanor, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*, in *EPPPL*, n.º 1, 2013
- FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios: Condicionalismos Constitucionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- FREEMAN, Jody, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law Annual Regulation of Business Focus: Privatization*, in *Administrative Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000
- FREEMAN, Jody, *The Contracting State*, in *Florida State University Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000
- FRISON-ROCHE, *Contrat, Concurrence, Regulation*, in *RTDC*, n.º 7, 2004
- GARCIA, Nuno de Oliveira, *Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 17, 1955
- GARRET, Almeida, *Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989
- GODINHO, Rui, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: O Caso Português*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, vol. 67, n.º 6, 1981
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, London, 2003
- GÓMEZ-LOBO, Andrés, *La Regulación y privatización del Sector de Agua Potable y Saneamiento en Chile*, Departamento de Economía, Universidad de Chile, disponível online em: www.cap-net-esp.org

- GONÇALVES, Pedro Costa, *O Utente do Serviço Público de Telecomunicações*, Coimbra, 1995
- GONÇALVES, Pedro Costa, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, Coimbra: CEFA, 1997
- GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão de Serviços Públicos: uma Aplicação da Técnica Concessória*, Coimbra: Almedina, 1999
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, coord. Jorge Miranda, vol. II, 2006
- GONÇALVES, Pedro Costa, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in *CJA*, n.º 64, 2007
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Regulação Administrativa e Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Jurisdição Competente para apreciar Ações sobre Contratos de Fornecimento de Água*, Parecer Jurídico, Coimbra, Novembro de 2012
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo Público Prévio de Atividades Privadas: Comunicação Prévia e Autorização Administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusion sobre consumidores y usuarios*, Salamanca: Ratio Legis, 2013
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- GONÇALVES, Pedro Costa, e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

- GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de regulação pública* (organização de Vital Moreira), Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- HELM, Dieter e JENKINSON, Tim, *Competition in Regulated Industries*, Oxford: Oxford University Press, 1998
- HILL, Andrew, *Foreign Infrastructure Investment in Chile: The Success of Public–Private Partnerships through Concessions Contracts*, in *Northwest Journal of International Law and Business*, vol. 32, n.º 1, 2011
- HILLON, Sandie, *De L'Usager au Consommateur: une évolution de l'ouverture du servisse public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002
- HUERGO LORA, Alejandro, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Madrid: Editorial Civitas, 1998
- INTERLANDI, Jeneen, *Liquid Asset*, in *Newsweek*, n.º 8, outubro de 2010
- KIRKBY, Mark, e ANDRADE, Gisela, *O Novo Regime das Parcerias Público-Privadas: Visão Geral*, in *Observatório da Contratação Pública*, Maio de 2012, disponível online em: www.contrataçãopública.pt.
- LAUBADÈRE, André de, *Traité des Contrats Administratifs*, vol. I, 2.^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983
- LIMA, Sónia Chin Ah, *Os Sistemas de Abastecimento de Água e Saneamento em Portugal: Reflexões sobre a sua reestruturação*, in *Tecnologias do Ambiente*, n.º 93, janeiro - fevereiro 2010

LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência: Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das redes virtuais*, Coimbra: Almedina, 2009

LOUREIRO, Joana, *A Regulação do Mercado da Contratação Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito, FDUC, 2013

MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão do Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MAÇÃS, Fernanda, *São os Municípios Utentes de Serviços Públicos Essenciais?*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 4, 2008

MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009

MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in *RCP*, n.º 3, 2011

MACHO, Luis Miguel, *Nuevas Tendências en la Tutela de los Usuários de los Servicios Públicos en Italia*, in *RAP*, n.º 142, 1997

MAGALHÃES, António Malheiro de, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Coimbra: Almedina, 2012

MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *Revisiting the strenghts and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries*, Munich Personal RePEc Archive, 2010, disponível online em: <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/32890/>.

MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos Serviços de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais: uma Perspectiva Internacional*, Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos: Centro de Sistemas Urbanos e Regionais, 2011

MARTELO, Bruno, *Descalça vai para a Fonte: a ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, in *Cedipre Online*, n.º 23, 2014 disponível online em: http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_23.pdf.

MARTINS, António, *Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Acionista: uma Perspetiva Económica*, in *RCP*, n.º 5, 2011

MARTINS, Joaquim Poças, *Management of Change in Water Companies: In Search of Sustainability and Excellence*, IWA Publishing, 2014

MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação Económica no Sector das Águas: Promoção da Concorrência e Sustentabilidade Tarifária*, Tese de Doutoramento em Economia, 2007

MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores 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*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004

MEDEIROS, Rui, *Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013

MÉNARD, Claude, *From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009

MESQUITA, Amélia, *Relação das Entidades Gestoras com os Utilizadores dos Serviços de Águas e Resíduos*, Lisboa: ERSAR, 2012

MIRANDA, Jorge, *As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa: Cognition, 1985

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

MONCADA, Luís Cabral de, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: uma Perspetiva Luso-Brasileira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

- MOREIRA, Vital, *A Auto-Regulação Profissional*, Coimbra: Almedina, 1997
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997
- MOREIRA, Vital, “*Serviços de Interesse Económico Geral*” e Mercado, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques/Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003
- MOREIRA, Vital, *Os Preços dos Bens e Serviços Públicos*, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques/Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003
- MOREIRA, Vital, *Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Concessão de Sistemas Multimunicipais e Municipais de Abastecimento de Água, de Recolha de Efluentes e de Resíduos Sólidos*, in *Estudos de Regulação Pública*, org. de Vital Moreira, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MOREIRA, Vital, e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4ª ed., revista, 2014
- NABAIS, José Casalta, *O Regime das Finanças Locais em Portugal*, Separata do *BFD*, n.º 80, 2004
- NABAIS, José Casalta, *A Autonomia Financeira das Autarquias Locais*, Coimbra: Almedina, 2007
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010
- OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- OLIVEIRA, Diogo Faria de, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013

- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003
- PATO, João, *Políticas Públicas da Água em Portugal: do Paradigma Hidráulico à Modernidade Tardia*, in *Análise Social*, n.º 206, xlviii, 2013
- PEDERSEN, William F., *Contracting with the Regulated for Better Regulations*, *Administrative Law Review*, vol. 53, n.º 4, 2001
- PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Fórum, 2006
- PINTO, Bilac, *Regulamentação Efectiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2ª ed., actualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2002
- PIRES, João Simão, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: Experiências Internacionais*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013
- PIZZOLATO, Filippo, *Autorità e Consumo: Diritti dei Consumatori e Regolazione del Consumo*, Milano: Giuffrè Editore, 2009
- PORTO, Manuel, *Uma nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços Públicos: a Experiência Portuguesa nos Sectores das Energias, Comunicações, Transportes, Abastecimento de Água e Saneamento*, in *RDPR*, n.º 2, 2009
- PROSSER, Tony, *Theorising Utility Regulation*, in *The Modern Law Review Limited*, 1999
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: Contributo para a Delimitação do Âmbito da Jurisdição Administrativa face às Entidades Empresariais Instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007
- REIS, Alberto dos, *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1933
- RIBEIRO, Teixeira, *Noção Jurídica de Taxa*, in *RLJ*, n.º 3727, Coimbra, 1985

- RICHER, Laurent, *Service Public et Intérêt Privé*, Archives de Philosophie du Droit, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3ª ed., Coimbra:Coimbra Editora, 2009
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988
- SANTIAGO, Ana, *ERSAR vai apresentar versão melhorada do Regulamento Tarifário da Água*, in *Ambiente Online*, disponível em: <http://www.ambienteonline.pt/canal/detalhe/ersar-vai-apresentar-a-consulta-publica-versao-melhorada-do-regulamento-tarifario-da-agua-exclusivo>.
- SAVAS, Emanuel, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York: Seven Bridges Press, 2000
- SELZNICK, Philip, *Focusing Organisational Research on Regulation*, in *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985
- SEIDENFELD, Mark, *An Apology for Administrative Law in the Contracting State*, *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000
- SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral*, in *Temas de Integração*, n.º 20, Coimbra: Almedina, 2005
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, in *BFD*, vol. 85, Coimbra, 2009
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- SOARES, Rogério, *O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *BFD*, 1981

SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª ed., Áreas Editora, 2007

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Distribuição pelos municípios da energia elétrica de baixa tensão*, in *CJ*, ano XII/V, 1988

SPILLER, Pablo T., *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009

STEWART, Richard, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, *New York University Law Review*, vol. 78, n.º 2, 2003

TONOLETTI, Bruno, *Beni Pubblici e Concessioni*, Padova: CEDAM, 2008

VALDEZ, Oscar Aguilar, *El Acto Administrativo Regulatorio*, in *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002

VASQUES, Sérgio, *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2008

VIBERT, Frank, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007

VIEIRA, Pedro Siza, *Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviço Público*, in *CJA*, n.º 64, 2007

VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E., e VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., Cambridge: MIT Press, 2005

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1985

Documentos da União Europeia e Relatórios

COMISSÃO EUROPEIA, Comunicações Interpretativas 2000/C 121/02, 2006/C 179/02 e 2008/C 91/02

COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, COM/2004/0327, 2004

COMISSÃO EUROPEIA, *Water is for life: How the Water Framework Directive helps safeguard Europe's resources*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

COMISSÃO EUROPEIA, *Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua - Juntos para um novo crescimento*, abril de 2011

COMISSÃO EUROPEIA, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha o documento *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, 2011

ERSAR, *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, Lisboa: ERSAR, 2012

ERSAR, RASARP 2012, vol. I, *Caracterização geral do sector*, ERSAR, 2012

ERSAR, RASARP 2013, vol. II, *Caracterização Económica e Financeira dos Serviços*, ERSAR, 2014

ERSAR, *Novo Regulamento Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos Urbanos*, Nota à Imprensa, 7 de março de 2014

ERSAR, *Série textos sobre regulação*, vol. III, janeiro de 2011

INSAAR, *Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais*, 2010, disponível online em: <http://insaar.apambiente.pt/bo/contents/resultadosrelatorios/13710420362551.pdf>

IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, coord. de Jaime Melo Baptista e Helena Escudeiro, julho de 2007

IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. II, coord. de Jaime Melo Baptista e Helena Escudeiro, abril de 2008

IRAR, *Recomendação IRAR n.º 01/2009*, Formação de tarifários aplicáveis aos utilizadores finais dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos (“*Recomendação tarifária*”)

OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, disponível em: <http://www.oecd.org/tad/sustainable-agriculture/44476961.pdf>.

ONU, *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment*, n.º 15, 2002

ONU, Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010

PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. I, maio de 2014

PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. II, maio de 2014

PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. III, maio de 2014

PORTUGAL, *Conferência: regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, Lisboa, 15 de outubro de 2001: intervenções, Associação Portuguesa do Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral, 2001

PORTUGAL, Comentário do Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável sobre a Proposta de Lei 125/XII-GOV que “*Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos*”

PORTUGAL, Proposta de Lei n.º 125/XII, Exposição de Motivos da Presidência do Conselho de Ministros

PORTUGAL, Presidência do Conselho de Ministros, *Proposta do XIX Governo Constitucional*, disponível online em:
http://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf

TRIBUNAL DE CONTAS, *Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa)*, Volume I do Relatório Síntese, Relatório n.º 03/2014 - 2.ª Secção

Jurisprudência³⁷⁶

Acórdão do TJUE *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000, P. C-324/98

Acórdão do TJUE *Bent Moustén Vestergaard*, de 3 de dezembro de 2001, P. C-59/00

Acórdão do TC, de 22 de setembro de 1999, P. n.º 61/95

Acórdão do STA, de 3 de novembro de 2004, P. n.º 033/04

Acórdão do STA, de 27 de fevereiro de 2013, P. n.º 01242/12

Acórdão do STA, de 10 de abril de 2013, P. n.º 015/12

Acórdão do STA, de 25 de setembro de 2014, P. n.º 0799/14

Acórdão do TCAS, de 19 de janeiro de 2012, P. n.º 06933/10

Acórdão do STJ, de 14 de maio de 2009, P. n.º 09S0232

Acórdão do TRC, de 16 de setembro de 2008, P. n.º 328/07

Acórdão do TRG, de 23 de outubro de 2012, P. n.º 103543/08

Acórdão do TRG, de 19 de fevereiro de 2013, P. n.º 353418/10

Acórdão do TRG, de 23 de abril de 2013, P. 45692/12 P. n.º 353418/10

Acórdão do TRG, de 23 de janeiro de 2014, P. n.º 346/13

Acórdão do TRP, de 7 de novembro de 2013, P. n.º 2338/12

Acórdão do TRP, de 6 de fevereiro de 2014, P. n.º 65542/12

Acórdão do TRP, de 29 de maio de 2014, P. n.º 167178/12

³⁷⁶ Os acórdãos proferidos pelos tribunais nacionais foram consultados em www.dgsi.pt, excepto os acórdãos do Tribunal Constitucional, que foram consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 5 de maio de 2004, P. n.º 0374

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de maio de 2003, P. n.º 011/02

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 8 de julho de 2003, P. n.º 01/03

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 25 de junho de 2013, P. n.º 033/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 26 de setembro de 2013, P. n.º 030/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 5 de novembro 2013, P. n.º 039/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 9 de dezembro de 2013, P. n.º 024/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18 de dezembro de 2013, P. n.º 038/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18 de dezembro de 2013, P. n.º 053/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21 de janeiro de 2014, P. n.º 044/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 29 de janeiro de 2014, P. n.º 045/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 15 de maio de 2014, P. n.º 031/13

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 2014, P. n.º 022/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 26 de junho de 2014, P. n.º 021/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 30 de outubro de 2014, P. n.º 047/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 041/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 044/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 043/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 25 de novembro de 2014, P. n.º 040/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 29 de janeiro de 2015, P. n.º 026/14

Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, disponible en ligne sur : <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-.html>