

§ 1.º

ÂMBITO DO ESTUDO

A EGSRA – Associação de Empresas Gestoras de Sistemas de Resíduos, doravante EGSRA, solicita a nossa opinião jurídica sobre as seguintes questões:

- a) Podem entidades privadas exercer as atividades de recolha e triagem de resíduos urbanos?

Caso se conclua que a lei consente o exercício destas atividades por entidades privadas, pretende-se saber:

- b) Em que condições poderão tais atividades ser exercidas.
c) Em que medida serão, nessa hipótese, afetados os contratos de concessão celebrados e atualmente em vigor.

Para o caso de se concluir pela ilicitude do exercício dessas atividades por privados, pretende-se que opinemos sobre:

- d) Quais os meios de reação ao dispor dos serviços municipalizados ou dos atuais concessionários (empresas gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais) contra tal ilicitude.

A questão tem manifesta pertinência ante a incerteza introduzida pela redação, *inter alia* do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, alterado e republicado pelo DL n.º 73/2011, de 17 de junho, diploma que visou transpor para o ordenamento jurídico interno a Diretiva n.º 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de novembro¹.

¹ A referida Diretiva veio revogar as Diretivas 75/439/CEE, 91/689/CEE e 2006/12/CE que enquadraram a legislação nacional em matéria de resíduos até à recente transposição pelo DL n.º 73/2011. Como é sabido, neste domínio o direito comunitário não toma posição expressa quanto à titularidade pública ou privada das entidades que prosseguem atividades de gestão no âmbito do ciclo de resíduos. O objetivo da nossa disciplina visou fundamentalmente precisar conceitos e desclassificar na noção de resíduos os produtos que resultem da sua transformação, valorização ou reaproveitamento.

O referido preceito que não sofreu alterações por via da transposição, visa definir os diferentes parâmetros da responsabilidade pela gestão dos resíduos. Fá-lo nos seguintes termos:

- a) *A responsabilidade pela gestão dos resíduos, incluindo os respetivos custos, cabe ao produtor inicial dos resíduos, sem prejuízo de poder ser imputada, na totalidade ou em parte, ao produtor do produto que deu origem aos resíduos e partilhada pelos distribuidores desse produto se tal decorrer de legislação aplicável.*
- b) *Excetuam-se do disposto no número anterior os resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1100 litros por produtor, caso em que a respetiva gestão é assegurada pelos municípios.*
- c) *Em caso de impossibilidade de determinação do produtor do resíduo, a responsabilidade pela respetiva gestão recai sobre o seu detentor.*
- d) *Quando os resíduos tenham proveniência externa, a sua gestão cabe ao responsável pela sua introdução em território nacional, salvo nos casos expressamente definidos na legislação referente à transferência de resíduos.*
- e) *O produtor inicial dos resíduos ou o detentor devem, em conformidade com os princípios da hierarquia da gestão dos resíduos e da proteção da saúde humana e do ambiente, assegurar o tratamento dos resíduos, podendo para o efeito recorrer:*
 - a) *A um comerciante;*
 - b) *A uma entidade licenciada que execute operações de recolha ou tratamento de resíduos;*
 - c) *A uma entidade licenciada responsável por gestão de fluxos específicos de resíduos.*
- f) *A responsabilidade pela gestão dos resíduos, conforme definido nos n.ºs 1 e 3 do presente artigo, extingue-se pela transferência para uma das entidades referidas nas alíneas b) e c) do número anterior.*

g) As pessoas coletivas ou individuais que procedem, a título profissional, à recolha ou transporte de resíduos devem entregar os resíduos recolhidos e transportados em operadores, licenciados para o tratamento de resíduos.

A indicação dada na lei, na esteira do direito comunitário, é clara no que respeita à imputação da responsabilidade pela gestão dos resíduos seguindo a máxima poluidor-pagador: quem produz é em primeira linha responsável pelos custos das atividades que constituem o ciclo da gestão dos resíduos. Se for indeterminado (ou indeterminável) o produtor, a lei aponta o detentor como sucedâneo na responsabilidade.

No entanto, o pedido que nos é feito não tem que ver com esta responsabilidade primária, mas sim com a que decorre do n.º 5 do artigo 5.º que extingue aquela nos termos do n.º 6 deste mesmo preceito – a responsabilidade repassada a entidades que se dediquem à *recolha e tratamento*² de resíduos, ou aos que desenvolvam atividades de gestão de fluxos específicos de resíduos.

A dúvida sobre o exercício privado da recolha (e triagem) de resíduos urbanos pode ainda resultar do facto de se tratar de atividades não sujeitas a licenciamento nos termos do artigo 23.º do referido diploma, uma vez que o controlo prévio só é exigido para as operações de tratamento.

O estudo que em seguida desenvolveremos destina-se a fundamentar a opinião a final formulada sobre se as concretas atividades de recolha e triagem de resíduos, parte do ciclo da gestão dos resíduos, podem constituir escopo social de empresas ou de pessoas singulares privadas.

Excluído do âmbito deste estudo estão as atividades de recolha dos resíduos urbanos cuja razão 1,1m³/produtor seja excedida, alocadas na esfera de responsabilidade dos municípios.

² Por *tratamento* de resíduos entende a lei qualquer operação de valorização ou eliminação de resíduos, incluindo a preparação prévia à valorização ou eliminação e as atividades económicas referidas no anexo IV do DL n.º 178/2008, de 5 de setembro.

§ 2.º

RAZÃO DE ORDEM

Pese embora a consulta se atenha a parte do ciclo gestor dos resíduos – em concreto à *recolha e triagem*³ – e aos provenientes de habitações ou assimilados (*resíduos urbanos* na nomenclatura legal), importa, ainda que sem carácter exaustivo, enquadrar a temática naqueles que são os momentos característicos do direito administrativo especial dos resíduos.

§ 3.º

O DIREITO DOS RESÍDUOS – VISÃO GERAL

As normas ordenadoras do ciclo de gestão de resíduos, desde a disciplina da sua produção até à sua transformação ou eliminação, são essencialmente de direito administrativo. Regem relações jurídicas entre produtores ou detentores e a Administração Pública, destinadas a definir direitos e deveres de cada um dos intervenientes ou responsáveis pelos momentos ou operações em que se desdobra esse ciclo.

O direito dos resíduos, tal como as subespécies do direito ambiental, deixaram de ser direitos menores para passarem a constituir parte importante do sistema jurídico, em especial a partir da consciência de que os recursos são, afinal, finitos e que a finitude dos recursos de que depende a existência humana impõe que o Direito dê respostas cabais no que respeita à prevenção de impactes graves sobre o meio ambiente, mas também soluções de *dever ser* a par dos contributos dados pela ciência, pela técnica e pela tecnologia na eliminação dos fatores de degradação ambiental.

³ Sendo certo que o conceito legal de recolha abrange também a triagem (vd. artigo 3º ee) do DL nº 178/2006, de 5 de setembro.

Particularmente após os anos 60-70 do século passado, foi-se abandonando a velha ideia de que o Direito regula, sobretudo, relações sociais e coisas, substituída paulatinamente por esta outra que nele vê um sistema de valores, onde se regulam relações essencialmente plurisubjectivas de alcance muitas vezes imaterial⁴.

São parte do direito do ambiente, subsistema jurídico organizado em redor de princípios próprios, nos quais a doutrina faz assentar a sua relativa autonomia, relevando, atento o objeto do presente estudo, os princípios específicos da prevenção, da procura do nível mais adequado de ação, da recuperação e da responsabilização, expressos no artigo 3º da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de abril).

Mas são também normas de direito administrativo, enquadradas por princípios fundamentais, transversais à gestão do que é de interesse público, como são os casos do princípio do desenvolvimento sustentável ou o princípio da igualdade, do qual se extrai o princípio do poluidor-pagador.

Estes princípios obtêm a sua juridicidade das normas dos artigos 64º/2/b) e 66º da Constituição da República Portuguesa que asseguram como direitos fundamentais a saúde, o ambiente e a qualidade de vida.

O conjunto de princípios gerais do direito administrativo e de princípios específicos do direito do ambiente, precipita-se nos diferentes regimes jurídicos – do ar, do solo, da água, dos resíduos, dos patrimónios naturais, da conservação da natureza ou da proteção da diversidade biológica....

No caso do ordenamento jurídico dos resíduos, vêm elencados na chamada *Lei dos Resíduos*, o Decreto-lei nº 178/2006, de 5 de outubro, na redação dada pelo Decreto-lei nº 73/2011, de 17 de junho, diploma que procedeu à transposição da Diretiva 2008/98/CE do Parlamento e do Conselho, de 19 de novembro. A par do princípio da responsabilidade pela gestão antes

⁴ Cfr. Carla Amado Gomes, *Introdução ao Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2012, pp. 20-23.

referido e afirmado no art. 5º, a lei enuncia e densifica os princípios da autossuficiência e da proximidade das operações de tratamento dos resíduos (art. 4º), o princípio da proteção da saúde humana e do ambiente (art. 6º), o princípio da hierarquia dos resíduos (art. 7º), o princípio da responsabilização do cidadão (art. 8º), da regulação da gestão (art. 9º), da equivalência (art. 10º) e da responsabilidade alargada do produtor (art. 10º-A)⁵.

Seria excessivo, atento o propósito do presente estudo, discorrer sobre o alcance destes princípios. Bastará, contudo, compulsar a formulação legal de cada um para imediatamente se perceber que as atividades de gestão dos resíduos são de interesse geral, sendo claramente identificáveis características de serviço público⁶. De resto, o Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime em vigor dos serviços municipais de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos afirma enfaticamente no preâmbulo que *"as atividades de abastecimento público de água às populações, de saneamento de águas residuais e de **gestão de resíduos urbanos** constituem serviços públicos de caráter estrutural, essenciais ao bem-estar geral, à saúde pública e à segurança coletiva das populações, às atividades económicas e à proteção do ambiente. Estes serviços devem pautar-se por princípios de universalidade no acesso, de continuidade e qualidade de serviço e de eficiência e equidade dos tarifários aplicados"* obtendo credencial normativa do preceituado no artigo 3º do diploma.

Porém, o interesse geral das operações de gestão de resíduos não é em si mesmo fator que permita responder a uma das questões da consulta, a de saber se alguma ou algumas dessas atividades podem ser executadas por

⁵ Sobre o alcance e significado destes princípios, vd. Alexandra Aragão, *Direito Administrativo dos Resíduos*, in Tratado de Direito Administrativo Especial, I, Coimbra, 2009, pp 11 a 158.

⁶ Matéria controversa na doutrina, podem ver-se em Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, as diversas colocações e matizes do conceito.

privados ou são exclusivo do setor público, administrativo ou empresarial. Para além de não ser essencial ao conceito de serviço de interesse geral a reserva pública da atividade⁷, nada impede que funções públicas possam ser desempenhadas por particulares, ainda que essas funções públicas sejam específicas de verdadeiro e próprio serviço público de características universais quanto à sua prestação, como é o caso da gestão de resíduos.

De resto, nem a Diretiva nem a Lei dos Resíduos tomam partido sobre esta questão, pelo que a resposta terá de ser encontrada pela conjugação com outros regimes jurídicos, designadamente o que regula o acesso da iniciativa privada a determinadas atividades económicas, mais conhecido por Lei dos Setores, que analisaremos adiante.

Desta visão geral sobre o regime jurídico dos resíduos, que serve de pano de fundo para as respostas às concretas questões colocadas, importa somente sublinhar dois aspetos. O primeiro tem que ver com a "estrutura" do ciclo de gestão dos resíduos, em especial dos resíduos urbanos, isto é, a forma como a lei desdobra as diferentes operações; o segundo, com o tratamento normativo dado a cada uma dessas fases, no que respeita, designadamente, a condicionamentos administrativos de controlo prévio de algumas das operações.

Adotando a tipologia proposta pela Doutora Alexandra Aragão, a lei agrupa as operações de gestão de resíduos em duas grandes categorias: (i) as *operações de gestão intermédia*; (ii) as *operações finais*⁸. A primeira corresponde às atividades intercalares, mas necessárias à condução dos resíduos ao seu destino final. À segunda categoria se referem as normas

⁷ Cfr., Rodrigo Gouveia, *Os Serviços Públicos de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra, 2001.

⁸ Poderiam acrescentar-se, como categoria autónoma, as *operações integradas* que consideram a gestão de produtos específicos "do berço ao caixão" na expressiva locução da Doutora Alexandra Aragão, com o objetivo de obter a valorização de materiais contidos nos resíduos com poupança de recursos (Vd. aut. cit., op. cit., pp. 118-119).

relativas aos processos destinados a promover o reaproveitamento ou a eliminação dos resíduos⁹.

Nas *operações de gestão intermédia* inserem-se a recolha e triagem, a armazenagem e o transporte. Trata-se de ações preparatórias mas indispensáveis ao destino final dos resíduos. Nenhuma delas visa alterar o estado dos resíduos, não existe nesta fase qualquer valorização, aproveitamento ou eliminação, mas unicamente a deslocação do sítio onde são produzidos até uma estação de armazenagem, aterro ou unidade de transformação. Quando muito, nesta fase, os resíduos podem ser alvo de operação de separação em função das características dos resíduos mas sem alteração dessas características, isto é, podem ser objeto de *triagem* para facilitação do processo de deposição, de reciclagem ou valorização dos resíduos¹⁰. A Lei dos Resíduos, na sua última formulação, incorpora a *triagem* na definição de *recolha*, a despeito de se referir ao longo do articulado, com autonomia, àquela operação. Como se verá melhor adiante, pese embora nestas atividades estarem especialmente em causa princípios tão importantes como o da proteção da saúde e do ambiente e da equivalência económica dos serviços que nelas se consubstanciam, a lei submete as operações da gestão intermédia a um regime comum, designadamente quanto ao controlo prévio destas atividades (*recte*, à dispensa de processo formal de controlo prévio).

⁹ Aut. cit, op. cit, p.85.

¹⁰ Alguns resíduos podem ainda ser sujeitos a processos biológicos, físicos ou químicos (compostagem, secagem, evaporação, acumulação, etc..). Em qualquer caso não se verifica uma substancial alteração da natureza e características dos resíduos mas unicamente do seu estado. E é seguro afirmar-se que estas operações não promovem a transformação do resíduo num outro produto nem a sua eliminação, pelo que são ainda operações de gestão intermédia, não se confundindo, por exemplo, com a inertização que constitui uma forma de eliminação de resíduos por alteração das suas características, neutralizando substâncias perigosas ou de risco para a saúde humana ou de contaminação do meio.

As *operações de gestão final* são as ações que, devidamente enquadradas por um conjunto de normas e pela atuação da entidade reguladora, visam dar solução "definitiva" aos resíduos¹¹.

A disciplina da gestão final é bem mais exigente do que aquela que a lei dedica à gestão intermédia. Desde logo porque os fatores de risco ambiental pela manipulação dos resíduos são maiores do que nas atividades que visam a apanha e separação, transporte e, eventualmente, a armazenagem. Por outro, porque as exigências técnicas e a necessidade de cumprimento das *boas regras de arte* em qualquer das modalidades de gestão final segundo o princípio da hierarquia afirmado no artigo 7º da Lei dos Resíduos.

Essa maior exigência manifesta-se, desde logo, na necessidade de licenciamento. Quer a deposição em aterro, a incineração (ou co-incineração), a valorização agrícola, pecuária, energética ou a eliminação, constituem atividades sujeitas a controlo prévio destinado a aferir as condições para a competente solução de destino final aos resíduos, em razão, designadamente, dos tipos de resíduos em causa.

¹¹ Sendo de salientar que a lei mais importante nesta matéria é uma lei da física que nos demonstra que a matéria se conserva ainda que assumindo outras formas ou composições. Na natureza nada se perde, tudo se transforma, como ensinou Lavoisier. Tudo quanto é rejeitado e não aproveitado como tal não desaparece da natureza, pelo que quando as normas jurídicas se referem à *eliminação*, do que se trata é da **eliminação enquanto resíduo**. A queima de resíduos, por exemplo, é um processo físico-químico que por ação do calor transforma os elementos constituintes dos resíduos noutros elementos químicos, desaparecendo os primeiros e surgindo os segundos. Ao Direito, o que se pede, é que organize as normas de modo a assegurar que este processo não atenta contra os mesmos valores que se visam proteger com a regulamentação das operações de destino final dos resíduos, isto é, que não se incrementem os níveis de poluição ou se agravem os riscos sobre o ambiente e a saúde humana (cf. artigo 6º da Lei dos Resíduos), razão pela qual se enuncia o princípio da hierarquia, no final da qual vem colocada, precisamente, a eliminação (vd. artigo 7º da mesma lei).

Note-se, porém, que com a transposição da Diretiva 2008/98/CE, ficaram definitivamente fora do alcance da lei todas as operações resultantes da transformação dos resíduos em produtos (os muitas vezes chamados subprodutos), através designadamente de operações de reciclagem.

Por outro lado, a maior exigência da lei resulta também de a regulação do setor ter sido configurada para se centrar no tratamento dos resíduos, exatamente pelo fator de maior risco que decorre das respetivas operações.

Para a resposta à consulta, relevam somente as ações de *gestão intermédia*. No entanto, e como veremos, quanto ao direito de explorar atividades de gestão de resíduos, a lei não distingue as operações de gestão intermédia das operações de gestão final do ponto de vista da natureza de serviços de interesse geral que ambas configuram, nem faz assentar na divisão assinalada nada que permita chegar á conclusão sobre se podem ou não entidades privadas prestar esses serviços.

O que significa que a menor exigência do regime legal quanto à recolha e triagem não equivale, só por si, a permissão de exercício dessas atividades por particulares, assumindo como já assumimos, que se trata de prestações de serviço público.

§ 4.º

OS MODELOS INSTITUCIONAIS DE GESTÃO DE RESÍDUOS URBANOS

A gestão de resíduos urbanos assenta num modelo dual. A exploração das atividades do ciclo do resíduos fazer-se através dos municípios os quais, que nos termos dos artigo 13º/l e 26º/1/c) da Lei nº 159/99, de 14 de setembro, dispõem de atribuições e de competências para as operações de recolha e tratamento, designados por *sistemas municipais*; ou assumem-se como incumbência do Estado através dos chamados *sistemas multimunicipais*.

Os *sistemas municipais* podem resultar da organização de meios de um só município ou assentar na associação de vários municípios, dando origem aos *sistemas intermunicipais*.

O desempenho destas atividades pode decorrer de prestação direta através de serviços municipais ou municipalizados¹², delegação de serviço em parceria pública-pública entre o(s) município(s) e o Estado¹³, delegação de serviço em empresas do setor empresarial local¹⁴ ou, após a entrada em vigor do Decreto-lei nº 372/93, de 29 de outubro, prosseguidas por particulares mediante contrato de concessão¹⁵ cujas bases a lei predetermina (Cfr. artigo 7º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto)¹⁶.

Já os *serviços multimunicipais* vêm o seu regime jurídico no essencial traçado pelos Decretos-lei nºs 379/93 de 5 de novembro e 294/94, de 16 de novembro, definidos como os que "*exijam um investimento predominantemente a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional*" (cfr. artigo 1º/2 do primeiro destes diplomas), tendo os municípios abrangidos como utilizadores dos sistemas.

Nos termos do artigo 3º do Decreto-lei nºs 379/93, a criação dos sistemas multimunicipais é feita por ato legislativo do governo e a exploração pode ser feita diretamente pelo Estado ou por via de concessão atribuída a entidade pública de natureza empresarial, a empresa que resulte de associação de entidades públicas com entidades privadas tendo as

¹² Cfr. artigos 14º e 15º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto.

¹³ Cfr. artigo 16º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto e Decreto-lei nº 90/2009, de 9 de abril.

¹⁴ Cfr. artigos 17º a 30º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto.

¹⁵ Cfr. artigos 31º a 58º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto

¹⁶ Transitoriamente (até 1 de janeiro de 2015) admite-se a manutenção da gestão de resíduos efetuada por freguesias ou associação de utilizadores (Cfr. artigo 78º do Decreto-lei nº 194/2009, de 20 de agosto)

entidades públicas participantes no entanto que subscrever a maioria do capital¹⁷.

Em qualquer caso, por força do disposto no artigo 1º do Decreto-lei nº 294/94, os sistemas têm como objeto as operações de *tratamento* de resíduos – i.e., as operações de valorização ou eliminação, segundo a definição da alínea oo) da Lei dos Resíduos – sendo estas atividades exercidas em regime de exclusivo.

A articulação com as atividades de gestão intermédia, designadamente a recolha, faz-se, nos termos da lei, por via de contratos celebrados entre a entidade gestora dos sistemas multimunicipais e os municípios.

§ 5.º

A NATUREZA PÚBLICA DA ATIVIDADE DE GESTÃO DE RESÍDUOS URBANOS

A Constituição portuguesa assegura a liberdade de iniciativa económica privada, embora esta deva exercer-se nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e em subordinação ao interesse geral (artigo 61.º, n.º 1), o que significa a admissibilidade de existência de restrições implícitas a este direito fundamental em homenagem a outros valores constitucionais protegidos.

E no âmbito da denominada *Constituição económica*, encontramos uma tradução deste mesmo princípio constitucional, uma vez que se estabelece no n.º 3 do artigo 88.º que “a lei pode definir setores básicos nos quais seja vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza”.

Presentemente, a Constituição encontra-se desnatada do seu conteúdo ideológico inicial¹⁸, pelo que a possibilidade de vedação de um setor de

¹⁷ Podendo as entidades públicas participantes serem os municípios.

atividade económica à iniciativa privada revela-se excepcional, quer por causa do princípio da coexistência do setor público com os setores privado e cooperativo (artigo 82.º), quer ainda porque o direito da união europeia impõe a existência de uma economia de mercado, sujeita a um princípio de livre concorrência.

Assim se compreende que o elenco legal de atividades económicas hoje vedadas a empresas privadas e a entidades da mesma natureza, que consta do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, se revele escasso:

"a) 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;

b) Comunicações por via postal que constituam o serviço público de correios;

c) Transportes ferroviários explorados em regime de serviço público;

d) Exploração de portos marítimos".

A vedação do acesso da iniciativa privada aos setores de atividade referidos não significa, no entanto, a sua impermeabilidade a formas de colaboração de entidades privadas no exercício dessas atividades. Pelo contrário, as entidades privadas podem aceder aos serviços através da figura da *concessão administrativa*, a qual reveste a dupla virtualidade de permitir limitar o esforço de investimento público em tempos de contenção da despesa pública¹⁸, com a manutenção da natureza jurídico-pública da atividade, pois a entidade privada que desempenha uma determinada tarefa

¹⁸ Sobre o debate relativo ao âmbito do setor público e à vedação de setores à iniciativa privada, e bem assim a evolução constitucional, v., por todos, PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, Lisboa, 2001, pp. 194 e ss.

¹⁹ Cfr. PAZ FERREIRA, *op. cit.*, pp. 205-206.

o faz com base num regime de direito administrativo. Exemplo desta última realidade é a atribuição de poderes de autoridade aos concessionários.

Tendo em vista assegurar a proibição do acesso da iniciativa privada às mencionadas atividades, o artigo 3.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, "*impede a apropriação por entidades privadas dos bens de produção e meios afetos às atividades aí consideradas, bem as respetivas exploração e gestão(...)*".

No seio dos diplomas respeitantes aos sistemas municipais e multimunicipais de gestão de resíduos urbanos, atribui-se, como já vimos, às atividades assim desenvolvidas a natureza, respetivamente, de *serviços de interesse geral* (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto) ou de *serviços públicos* (artigo 4.º-A, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto).

No caso dos **sistemas municipais**, estabelece-se expressamente um regime de exclusividade territorial, que impede a intervenção de terceiras entidades que façam concorrência à entidade gestora do serviço (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

Ao nível dos **sistemas multimunicipais**, poder-se-ia considerar, numa primeira análise, que o legislador não se revelou tão exigente, uma vez que remeteu para um decreto-lei subsequente a atribuição de direitos especiais ou exclusivos às entidades incumbidas da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais (artigo 4.º-A, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto). Sucede, todavia, que, a existir algum tipo de concorrência neste campo, será sempre entre entidades do setor público. Com efeito, o n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, estabelece uma limitação relevante ao nível da gestão de resíduos urbanos no quadro de sistemas multimunicipais: **as concessões são outorgadas pelo Estado e só podem ser atribuídas a empresas cujo capital social seja**

maioritariamente subscrito por entidades do setor público, nomeadamente autarquias locais.

Portanto, no âmbito de sistemas municipais e multimunicipais, **a atividade de gestão de resíduos urbanos constitui uma tarefa pública, vedada ao setor privado, sem prejuízo da colaboração que entidades privadas concessionárias possam prestar no primeiro tipo de sistemas e da participação (minoritária) de entidades privadas em entidades concessionárias de sistemas multimunicipais.**

§ 6.º

A POSIÇÃO JURÍDICA DO CONCESSIONÁRIO DE GESTÃO DE RESÍDUOS URBANOS

Como se atrás se disse, a Lei dos Resíduos (artigo 5º) define quem são os responsáveis pelos resíduos. Porém, na presente consulta interessa saber qual a natureza dos sujeitos responsáveis pelo exercício da atividade de gestão de resíduos urbanos, resposta que não se encontra nas disposições do citado artigo.

Estes sujeitos podem assumir várias vestes.

No caso dos **sistemas municipais**, recorda-se, o serviço pode ser assegurado de modo direto pelo município, ser delegado numa empresa formada em parceria com o Estado ou numa entidade empresarial local, assim como pode ser atribuída a um concessionário. Diferentemente, nos **sistemas multimunicipais**, o serviço apenas pode ser prestado pelo Estado ou por um concessionário por ele escolhido.

Como nos casos em que o serviço é prestado diretamente pela Administração direta ou indireta do Estado e dos municípios não se levantam especiais dúvidas quanto ao monopólio (público) no exercício da atividade de gestão de resíduos, iremos centrar a nossa atenção na hipótese de concessão da atividade a uma outra entidade, que pode ser

exclusivamente privada no caso dos sistemas municipais, mas que terá de possuir capital maioritariamente público se se tratar de sistemas multimunicipais como *supra* se registou.

A principal questão a indagar é a seguinte: **o contrato administrativo de concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de recolha e triagem de resíduos urbanos é oponível a terceiros, nomeadamente a outras entidades privadas que têm vindo a desenvolver também essas atividades?**

Os contratos administrativos, muito mais do que os contratos de direito privado, não se regem, em termos dos seus efeitos contratuais, pelo *princípio da relatividade desses efeitos contratuais*²⁰, desde logo porque os contratos celebrados pela Administração visam a prossecução do interesse público, o que implica um alargamento do conjunto das pessoas afetadas pelo seu conteúdo.

De resto, mesmo no Direito Privado, a maioria dos Autores considera que a *relatividade* não é uma característica dos direitos de crédito, assim se explicando o surgimento da teoria *da eficácia externa das obrigações* e a diferenciação entre os conceitos de “oponibilidade fraca”, “oponibilidade média” e “oponibilidade forte”, ao nível da produção de efeitos perante terceiros²¹.

Assim, qualquer tipo de cláusula contratual é suscetível de produzir efeitos perante terceiros, embora isso seja mais comum relativamente a certos tipos de cláusulas, como acontece nos contratos de concessão de serviços públicos, que contêm cláusulas de regulamentação do serviço prestado.

²⁰ Cfr., por todos, ALEXANDRA LEITÃO, *A Proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 238 e 239.

²¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito Civil português*, II, tomo I, Coimbra, pp. 353 e ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA E COSTA, *Direito das Obrigações*, 11^a Edição, Coimbra, 2008, pp. 309 e seguintes.

Na verdade, embora os terceiros não sejam partes no contrato, eles são sujeitos na relação jurídica de Direito Público originada por aquele contrato, que não é *res inter alios acta* face a eles²².

Em geral, as cláusulas contratuais com eficácia perante terceiros podem criar direitos ou impor deveres.

As primeiras dão origem a contratos a favor de terceiros e a contratos com eficácia protetora de terceiros. Os contratos a favor de terceiros criam diretamente direitos para outrem que não os que estão direta e imediatamente envolvidos na relação contratual, na medida em que as prestações contratuais, ou pelo menos parte delas, são estipuladas em seu favor (artigo 443.º, n.º 1, do Código Civil). Já os contratos com eficácia protetora de terceiros resultam especiais deveres de cuidado e de informação relativamente a sujeitos alheios à relação contratual estabelecida.

No entanto, as cláusulas com mais relevância para a presente consulta **são aquelas que impõem deveres a terceiros para proteção da posição jurídica do concessionário**, em especial da sua garantia de exclusividade sobre o serviço público, a obra pública ou o bem do domínio público.

Mercê do contrato, o concessionário fica investido numa posição jurídica e economicamente favorável da qual só ele pode beneficiar²³ e que, por lhe confere um *direito de oposição* contra quem surja a explorar a mesma atividade no âmbito geográfico do seu exclusivo²⁴. O direito à exclusividade do concessionário pode, pois, ser aferido sob dois prismas: o primeiro de natureza territorial, que corresponde à área na qual aquele beneficia do direito; o segundo, sob uma vertente material, que permite determinar a atividade económica gerida pelo concessionário de forma exclusiva.

²² Neste sentido, v. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, *El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados. La Responsabilidad del Estado por su Accionar*, Buenos Aires, 1997, pág. 21

²³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 263.

²⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 266.

O privilégio assim conferido ao concessionário tem de compreender-se ainda na perspectiva de permitir ao concessionário o ressarcimento do investimento inicial, normalmente muito significativo, o que implica uma determinada duração do contrato de concessão e um direito de exclusividade durante a sua vigência.

Daqui decorre a obrigação de a Administração não conceder a outras empresas a possibilidade de exercer essas atividades concorrentes (*pactum de non licitando*) e de reprimir as atuações de terceiros que ponham em causa a garantia de exclusividade do concessionário.

Isto mesmo está corporizado no artigo 291.º do Código dos Contratos Públicos, em que se estabelece que “*o contraente público deve exercer as respetivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo cocontratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito*”.

Do referido preceito legal extrai-se um *princípio de proteção do cocontratante pelo contraente público* que a doutrina tem interpretado como uma obrigação de intervenção do contraente público para auxílio ou assistência ao cocontratante na defesa dos seus direitos e para proteção dos respetivos interesses económicos, em especial do direito à obtenção de determinadas receitas económicas²⁵.

Em suma, a exclusividade constitui uma das dimensões fundamentais da posição jurídica substantiva do concessionário, incumbindo ao concedente o respeito dessa posição e a prevenção e repressão de comportamentos de terceiros que a possam pôr em causa.

²⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos públicos em tempos de crise*, in *Estudos da Contratação Pública*, III, obra coletiva, Coimbra, 2010, p. 30.

Mas não é apenas ao concedente que cabe tutelar a posição do concessionário.

Com efeito, igualmente a entidade pública com poderes de regulação na área dos resíduos pode ser chamado a pôr cobro à violação da garantia de exclusividade dos concessionários que atuam neste setor da atividade administrativa.

No direito português, esse sujeito público é a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e de Resíduos (ERSAR), cuja orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro.

Compulsando o referido diploma, vislumbra-se que constituem, entre outras, atribuições da ERSAR:

- a) A regulação dos serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos [artigo 5.º, n.º 1, alínea a)];
- b) O exercício de funções de autoridade reguladora dos serviços públicos de gestão de resíduos urbanos, aprovando regulamentos com eficácia externa e exercendo poderes sancionatórios [artigo 5.º, n.º 2, alínea a)];
- c) A salvaguarda da viabilidade económica das entidades gestoras [artigo 5.º, n.º 2, alínea b)];
- d) A monitorização do cumprimento contratual, legal e das demais normas aplicáveis às atividades das entidades gestoras, nomeadamente emitindo recomendações, utilizando os meios procedimentais e processuais que se revelem mais adequados para a garantia do interesse público e da legalidade, designadamente providências cautelares, e cooperando com outras entidades públicas [artigo 5.º, n.º 2, alínea f)]

Para a prossecução destas atribuições, o legislador conferiu à ERSAR uma vasta panóplia de poderes de autoridade, nomeadamente *"no que respeita a acesso a locais vistoriados, solicitação de documentação, solicitação de*

colaboração de outras entidades, suspensão ou cessação de atividades e encerramento de instalações, nos termos e com a extensão definidos nos regimes jurídicos dos serviços de abastecimento públicos de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e no regime da qualidade de água destinada ao consumo humano”(artigo 18.º, n.º 1)²⁶.

Em conclusão, a atuação de particulares lesantes da exclusividade dos concessionários da gestão de resíduos urbanos pode – e deve – ser reprimida pelas entidades administrativas competentes, isto é, pelos concedentes (Estado e municípios) e pela ERSAR na qualidade de entidade reguladora dos serviços de resíduos.

²⁶ Encontra-se presentemente em discussão na Assembleia da República uma iniciativa legislativa do Governo (a Proposta de Lei n.º 125/XII), que contempla um alargamento dos poderes de regulação da ERSAR, em especial mediante o aprofundamento dos respetivos poderes de autoridade instrumentais à prossecução das suas atribuições, explicitando-se agora que tal pode envolver a realização de ações de inspeção, fiscalização e auditoria (artigo 10.º, n.º 1) e que os trabalhadores daquela entidade gozam das seguintes prerrogativas de autoridade:

- a) Aceder livremente a todas as instalações, infraestruturas e equipamentos das entidades gestoras, e aí permanecer pelo tempo necessário;
- b) Utilizar instalações disponibilizadas pela entidade gestora, que devem ser adequadas ao exercício das suas funções em condições de dignidade e eficácia;
- c) Requisitar e reproduzir documentos, bem como recolher amostras, equipamentos e materiais para a realização de análises e testes, consulta, suporte ou junção aos relatórios, processos ou autos e, ainda, proceder ao exame de quaisquer elementos pertinentes;
- d) Promover, nos termos legais, a selagem de quaisquer instalações, dependências, cofres ou móveis e a apreensão de documentos e objetos de prova, lavrando o correspondente auto, dispensável caso apenas ocorra simples reprodução de documentos;
- e) Determinar a suspensão ou a cessação de atividades e o encerramento de instalações;
- f) Requerer a colaboração das entidades competentes, nomeadamente às autoridades policiais e administrativas, quando necessário ao desempenho das suas funções” (artigo 10.º, n.º 2).”

§ 7.º

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO CONCESSIONÁRIO DE GESTÃO DE RESÍDUOS URBANOS

A derradeira questão que cumpre enfrentar na presente consulta prende-se com o levantamento dos meios da reação ao dispor dos SMAUT para sustentar o exercício da atividade de recolha e de triagem de resíduos urbanos por terceiros. Também aqui iremos centrar a nossa atenção na hipótese de a entidade integrada nos SMAUT revestir a natureza jurídica de concessionário.

A resposta à questão assim colocada não pode ser divorciada do que acima foi referido a propósito do exclusivo da atividade de que gozam os concessionários do serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos. Na verdade, como aí mencionámos, cabe ao concedente e à ERSAR adotar as condutas necessárias à proteção da garantia da exclusividade do concessionário.

Ora, *quid juris* se as referidas entidades administrativas omitirem a adoção das condutas em causa?

O problema em causa possui uma especificidade relativamente à esmagadora maioria dos litígios que são dirimidos na jurisdição administrativa e fiscal. Com efeito, na maior sorte de pleitos, encontramos do lado ativo um particular a demandar um sujeito público.

Ora, na situação em causa, atenta a natureza privada dos concessionários e dos terceiros que têm infringido o exclusivo daqueles, deparamo-nos com uma relação jurídico-administrativa entre particulares, cujos litígios aí emergentes são da competência dos tribunais administrativos.

No que tange em concreto aos meios de reação, entendemos que a proteção judicial dos concessionários tem de ser encarada numa dupla perspetiva: tutela cautelar; e tutela principal.

Quanto à tutela cautelar, a providência cautelar mais adequada é a intimação para abstenção de uma conduta por parte dos terceiros que estão a pôr em causa a garantia de exclusividade dos concessionários resultante da violação das normas de direito administrativo constantes dos Decretos-Leis n.ºs 194/2009 e 195/2009, ambos de 20 de agosto, já acima referidas.

Esta providência cautelar encontra-se prevista no artigo 112.º, n.º 2, alínea f) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e é instrumental de um processo principal que segue a forma de ação administrativa comum, cuja regulação jurídica está contemplada no artigo 37.º, n.º 3, do mesmo Código.

A presente intimação revela-se particularmente apropriada para casos de relações jurídico-administrativas interprivados, sendo aceite pela doutrina²⁷ que um dos seus campos privilegiados de aplicação é precisamente o das atividades de interesse económico geral que sejam objeto de concessão²⁸.

É de assinalar a respeito do aludido pedido de intimação para abstenção de comportamentos pelos terceiros que a respetiva formulação tem de observar a exigência da *provisoriedade*, isto é, que a regulação obtida pela decretação da providência cautelar não pode ter o condão de envolver logo uma decisão de fundo sobre o mérito da causa, pois, se assim fosse, inutilizar-se-ia totalmente o alcance da sentença judicial a proferir na ação principal.

Donde que no pedido de intimação não pode ser solicitada, sem mais e sem limite de prazo, a cessação das atuações lesivas levadas a cabo por terceiros. Na verdade, apenas pode ser solicitado ao Tribunal que regule

²⁷ Cfr. AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição, 2010, p. 759.

²⁸ Entendemos que, do ponto de vista processual, o artigo 4.º do CPTA admite a cumulação do pedido de intimação para abstenção da conduta pelo infrator da norma administrativa com a intimação das entidades administrativas competentes (concedente e ERSAR) no sentido da adoção dos comportamentos destinados a assegurar a proteção da posição jurídica do cocontratante, dado que a relação material controvertida é a mesma..

provisoriamente a situação, mediante o estabelecimento de uma disciplina destinada a vigorar durante a pendência do processo principal e, portanto, com efeitos até ao momento em que vier a ser proferida uma sentença neste processo.

Como já antecipámos anteriormente, o processo principal do qual a providência cautelar de intimação dos terceiros a agir segue a forma de ação administrativa comum.

Também nesta ação administrativa comum deve ser demandado o sujeito privado que tem afetado a garantia de exclusividade dos concessionários, mediante a formulação de um pedido de condenação dos terceiros lesantes a absterem-se de prosseguir a sua atuação violadora dos direitos daqueles (artigo 37.º, n.º 3, do CPTA)²⁹.

Cumpra advertir que constitui pressuposto da propositura de uma ação com este conteúdo a prévia solicitação efetuada pelo Autor às autoridades administrativas competentes para que adotem as medidas adequadas à cessação da violação dos direitos e dos interesses dos concessionários.

Por outras palavras, antes de propor a ação em causa, os concessionários devem previamente solicitar a intervenção do concedente e da ERSAR e apenas em face da inércia destes poderão avançar com a ação judicial.

Em síntese, perante a persistência da atuação lesiva dos terceiros e da omissão de exercício dos poderes de autoridade destinados a pôr cobro a essa situação pelas autoridades administrativas competentes para o efeito, os concessionários podem requerer em juízo, a título de tutela urgente, uma providência cautelar de intimação para abstenção de conduta daqueles particulares

²⁹ Sem prejuízo de também aqui se poder equacionar a cumulação nesta mesma ação de um pedido de condenação da Administração à adoção das condutas necessárias a reprimir a violação dos direitos e interesses dos concessionários violados, embora nesse caso, por via do disposto no artigo 5.º do CPTA, o processo siga a forma de ação administrativa especial. No mesmo sentido, AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *op. cit.*, p. 253.

lesantes, providência cautelar especificada no artigo 112.º, n.º 2, alínea f) do CPTA. Para além disso, no âmbito de um processo principal que segue a forma de ação administrativa comum, poderão demandar esses mesmos particulares para obter a sua condenação à abstenção das condutas acima referidas (artigo 37.º, n.º 3, do CPTA).

§ 8.º

CONCLUSÕES

O estudo efetuado permite retirar as seguintes conclusões:

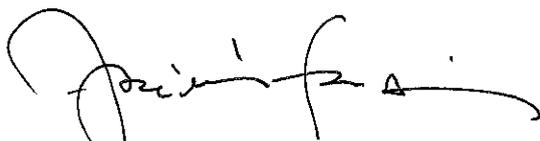
- 1.ª) A gestão de resíduos urbanos assenta num modelo dual – sistemas municipais e multimunicipais –, no seio do qual as atividades podem ser prestadas de forma direta pelas entidades titulares da tarefa pública (municípios e Estado), em regime de delegação de serviço em parceria pública-pública entre os municípios e o Estado ou por entidade empresarial local ou ainda por particulares em regime de concessão;
- 2.ª) A atividade de gestão de resíduos urbanos constitui reveste uma natureza pública e, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, está vedada ao setor privado, sem prejuízo da colaboração que entidades privadas concessionárias possam prestar no primeiro tipo de sistemas e da participação (minoritária) de entidades privadas em entidades concessionárias de sistemas multimunicipais;
- 3.ª) O contrato administrativo de concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de recolha e triagem de resíduos urbanos é oponível a terceiros, nomeadamente a outras entidades privadas que têm vindo a desenvolver também essas atividades, que, dessa forma, têm lesado a garantia de exclusividade do concessionário;
- 4.ª) A exclusividade constitui uma das dimensões fundamentais da posição jurídica substantiva do concessionário, incumbindo, nos termos do artigo 291.º do CCP, ao concedente (Estado e municípios) o respeito dessa posição e a prevenção e repressão de comportamentos de terceiros que a possam pôr em causa;
- 5.ª) Compete também à ERSAR, no quadro da prossecução de atribuições de regulação do setor dos resíduos, exercer os necessários poderes de autoridade destinados a reprimir a atividade lesiva praticada por outras

entidades (artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro);

6.ª) Para tutela das suas posições jurídicas subjetivas, o concessionário deve previamente solicitar a intervenção das entidades concedentes e da ERSAR e, em caso de inércia destas, intentar uma providência cautelar e um ação principal no âmbito da jurisdição administrativa, dirigida contra as referidas entidades administrativas e contra os particulares lesantes do direito em causa;

7.ª) A providência cautelar mais adequada será uma intimação para abstenção de um comportamento contra o particular lesante (artigo 112.º, n.º 2, alínea f) do CPTA) e o meio processual principal será uma ação administrativa comum de condenação desse mesmo demandado a abster-se de prosseguir a sua atuação violadora dos direitos dos concessionários (artigo 37.º, n.º 3, do CPTA).

Tudo salvo melhor opinião.



J.M. Ferreira de Almeida
Mestre em Direito
Advogado Especialista em Direito
Administrativo



João Miranda
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito de
Lisboa