

**Licínio Lopes Martins**  
**Docente da Faculdade de Direito de Coimbra**  
**Jurisconsulto**



**LICÍNIO LOPES MARTINS**  
Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra  
Jurisconsulto

**Análise de algumas das consequências/projecções (negativas)**  
**do regime da Proposta de Lei n.º 140/XII no quadro da**  
**relação entre as entidades gestoras dos serviços municipais e**  
**multimunicipais de abastecimento público de água e de**  
**recolha de resíduos e nos contratos de concessão em vigor**  
Parecer Jurídico

Faculdade de Direito de Coimbra  
Julho de 2013

## **Consulta**

A Associação das Empresas Portuguesas para o Sector do Ambiente – AEPSA, solicita o nosso Parecer sobre alguns aspectos do regime da Proposta de Lei n.º 140/XII, que procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, modificando os regimes de facturação e contra-ordenacional.

Consulta-nos, designadamente, sobre o impacto do regime proposto nos seguintes segmentos:

*i)* Apreciação, na generalidade, de alguns dos aspectos do regime constante da Proposta;

*ii)* Sobre o facto de a componente da factura correspondente à tarifa dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais constituir receita própria das entidades gestoras destes sistemas, independentemente da entidade responsável pela cobrança aos utilizadores finais;

*iii)* Impactos possíveis dos pontos anteriores nos contratos de

**Licínio Lopes Martins**  
**Docente da Faculdade de Direito de Coimbra**  
**Jurisconsulto**



concessão de água e saneamento “em baixa” em vigor, em especial quanto à salvaguarda do respectivo equilíbrio económico-financeiro.

## **Parecer**

### **1. Nota prévia**

A problemática suscitada pelas questões colocadas na Consulta convocaria uma análise do processo de criação dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água e de recolha e tratamento de resíduos urbanos e a sua delimitação face aos sistemas municipais, bem como dos respectivos modos de gestão, a que acrescia uma indagação sobre os possíveis modelos de organização e gestão do serviço (municipal) de distribuição de água e de recolha e tratamento de resíduos urbanos, compreendendo-os no contexto da sua caracterização como serviços públicos municipais. Seria igualmente convocado o enquadramento destes aspectos no âmbito dos princípios jurídico-constitucionais relevantes, extraindo deles as possíveis projecções jurídico-normativas com relevância directa para as questões colocadas na Consulta.

No entanto, numa perspectiva mais pragmática e atendendo à brevidade da emissão do Parecer, a nossa análise será metodicamente centrada nas questões colocadas, sem prejuízo de, quando necessário, fazer apelo a algumas daquelas dimensões, em especial no que relevem para o esclarecimento de alguns problemas jurídico-constitucionais e jurídico-fiscais que o Regime da Proposta suscita.

**2. Análise: apreciação, na generalidade, do regime proposto e da sua articulação com os contratos de concessão de água e saneamento “em baixa” em vigor**

**2.1. A problemática jurídico-financeira/fiscal suscitada pela imputação directa do “preço” dos serviços do sistema multimunicipal (ou intermunicipal) ao “utilizador final”: as suas diversas consequências ou implicações na relação entre os sistemas e nos contratos de concessão em vigor**

O Preâmbulo da Proposta de Lei n.º 140/XII testemunha a solução de regime que consta da respectiva parte dispositiva.

Refere-se aí que, na “definição desta estratégia - (“definição da estratégia e dos termos da reorganização dos sectores das águas e resíduos”) -, revela-se fundamental criar condições para a *resolução*, de forma estrutural e permanente, *do problema das dívidas aos sistemas multimunicipais de águas e resíduos que assume elevada criticidade para a sustentabilidade do grupo Águas de Portugal*, cuja robustez é fundamental para levar a cabo o esforço de reestruturação e os importantes desafios de índole ambiental que se colocam aos sectores das águas e resíduos.

A *insuficiência de alguns tarifários municipais para fazerem face aos custos devidos aos sistemas multimunicipais e intermunicipais, associada a elevados riscos de cobrança, assumem especial relevo no quadro da reestruturação do sector das águas e dos resíduos*, cujo sucesso será, em muito, credor da resolução destas questões.

Torna-se, pois, fundamental prever a intervenção do regulador nas situações em que os tarifários municipais não se tenham adaptado aos normativos em vigor e, por outro lado, *estabelecer regras que permitam que a componente da factura paga pelos utilizadores finais relativa aos custos com o serviço prestado pelas entidades gestoras dos sistemas multimunicipais e intermunicipais seja canalizada para a liquidação dessa dívida.*

Por isso, no âmbito da regulação económica, cabe à ERSAR *fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, incluindo as devidas directamente pelos utilizadores finais aos sistemas multimunicipais* (cfr. a alínea c), do n.º 3 do artigo 5.º da citada Proposta de Lei n.º 125/XII), *e para os sistemas de titularidade municipal* que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor (cfr. a alínea f) do n.º 3 do artigo 5.º da mesma Proposta de Lei), bem como exercer os demais poderes previstos na Proposta de Lei n.º 140/XII, a que já nos referimos no ponto anterior.

Na fixação das tarifas, a ERSAR deve observar, entre outros, os seguintes princípios:

- i)* A recuperação económica e financeira dos custos dos serviços;
- ii)* Estabelecer estruturas tarifárias que incorporem a dimensão do agregado familiar, para os utilizadores domésticos, privilegiando capitações de água mais justas e eficientes;
- iii)* Definir a tarifa social (cfr. as alíneas a), c) e d) do artigo 6.º da Proposta de Lei n.º 125/XII).

Igualmente por isso, estabelece-se no artigo 4.º da Proposta de Lei n.º 140/XII, o *princípio geral da obrigatoriedade, para os utilizadores, da ligação aos sistemas municipais respectivos*, sendo que, para o efeito, *são considerados utilizadores dos sistemas municipais qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada*, cujo local de consumo se situe no âmbito territorial do sistema (cfr. os n.ºs 3 e 5 da Proposta de Lei n.º 140/XII).

Por sua vez, no artigo 67.º da Proposta de Lei n.º 140/XII, determina-se que entidades gestoras de sistemas municipais devem emitir facturas detalhadas aos utilizadores finais, que incluam a decomposição das componentes de custo que integram a actividade em causa, seja de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais ou de gestão de resíduos urbanos (n.º 9). Esta obrigação de decomposição abrange apenas os principais custos agregados, incluindo, no caso de entidades gestoras de sistemas municipais vinculadas a sistemas multimunicipais ou intermunicipais, a *autonomização entre o valor da tarifa devido às entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais de abastecimento de água, saneamento de águas residuais ou recolha de resíduos urbanos e o valor da tarifa devido às entidades gestoras dos sistemas municipais* (n.º 10). Adiantando-se que *as componentes da tarifa correspondentes aos serviços prestados pelos sistemas multimunicipais ou intermunicipais aos sistemas municipais*, conforme fixada pela entidade reguladora, *constituem receita própria das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou*

*intermunicipais*, independentemente da entidade responsável pela cobrança aos utilizadores finais (n.º 12). Por último, estabelece-se que o não pagamento atempado pelos utilizadores finais das suas dívidas aos sistemas municipais, não afasta a responsabilidade destes perante as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais relativamente às importâncias que sejam devidas a estas (n.º 13), sendo que as transferências respeitantes à parte da tarifa devida a estes sistemas pelos sistemas multimunicipais determinam, no correspondente valor, a extinção parcial da dívida da entidade gestora do sistema municipal à entidade gestora do sistema multimunicipal ou intermunicipal (n.º 15).

Deste regime podem extrair-se algumas ilações, no que imediatamente releva para a Consulta.

Em primeiro lugar, no *conceito legal de utilizador* apenas são considerados com tal qualidade (legal) os utilizadores dos sistemas municipais (qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada), *adquirindo-a*, por regra, *coactivamente*, isto é, *ex vi legis* (*princípio-regra do utilizador coactivo*).

Em segundo lugar, impõe-se a regra da dupla tarifa: daí a *autonomização entre o valor da tarifa devido às entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais de abastecimento de água, saneamento de águas residuais ou recolha de resíduos urbanos e o valor da tarifa devido às entidades gestoras dos sistemas municipais*.



Em terceiro lugar, o valor da tarifa devido às entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais constitui a contrapartida dos serviços prestados por estes sistemas aos sistemas municipais e, por isso, é considerado receita própria das entidades gestoras daqueles sistemas.

Em quarto lugar, como, para a lei, a relação técnica e funcional de serviço esgota-se no quadro da relação bipolar estabelecida entre os sistemas multimunicipais ou intermunicipais e os sistemas municipais, o utilizador final, no conceito legal que lhe é dado, é sempre - e só - devedor deste sistema.

Eis porque, em quinto lugar, a lei introduz o “conceito de cobrador da tarifa” - o sistema municipal -; cobrador das tarifas ao consumidor final por conta (e em nome?) do gestor do sistema multimunicipal.

Eis porque, nesta sequência, em sexto lugar, o regime cria a figura do “credor legal” - o sistema municipal que, no regime, relativamente à componente da tarifa dos sistemas multimunicipais, é configurado como credor dos débitos do utilizador (final). Por isso, a lei fala em “não pagamento atempado pelos utilizadores finais das suas dívidas aos sistemas municipais”.

Contudo, e em sétimo lugar, tal facto - aquele incumprimento - não afasta a responsabilidade destes perante as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais (funcionando as

transferências dos montantes obtidos a título de tarifa como meio de extinção das dívidas dos sistemas municipais aos sistemas multimunicipais ou intermunicipais).

No essencial, no regime legal proposto tenta operacionalizar uma engenharia financeira, mobilizando uma técnica relacional que suscita (ou suscitará) possíveis ou previsíveis problemas jurídicos e práticos, designadamente para os sistemas municipais e/ou para as respectivas entidades gestoras, incluindo, naturalmente, os concessionários da gestão de serviço que, por via dos contratos celebrados (ou a celebrar) sub-rogam-se ao titular do sistema - o município -, incluindo nos respectivos riscos, por isso decorrer da utilização da técnica concessória; isto é, por fazer estruturalmente parte do conceito do tipo contratual da concessão, na medida em que esta implica, no seu próprio conceito, O uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário (artigo 413.º do Código dos Contratos Públicos - CCP).

E porque, no essencial, no regime legal proposto, está em causa operacionalizar uma engenharia financeira os sistemas municipais, na sua relação com os utilizadores finais, assumem uma dupla qualidade jurídica:

*i)* A qualidade de titulares originários de uma parte da tarifa - a parte correspondente aos serviços prestados por estes aos utilizadores;

*ii)* E a *qualidade de substituto ou sub-rogado legal coactivo nos créditos dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais em relação*

*aos mesmos utilizadores*, relativamente a parte da legalmente designada tarifa que seja devida a estes sistemas. Daí que, na lei, o sistema municipal surja, ante o utilizador final, como credor – credor legal – dos montantes relativos àquela tarifa e o utilizador surja como seu devedor. Daí, igualmente, que assuma também o estatuto legal de entidade responsável pela cobrança relativamente ao *real e originário titular do crédito* – os *sistemas multimunicipais ou intermunicipais* -, mas, simultaneamente, nunca perdendo a qualidade legal de devedor em relação a estes sistemas, por o regime proposto, não obstante, e afinal, não “perder de vista” uma espécie de relação de prestação de serviços, mas oculta na lei, dos sistemas multimunicipais aos municipais. E, então, nesta perspectiva, *o utilizador*, por via da legalmente designada tarifa, *aparece*, por sua vez, *convertido num substituto legal do sistema municipal num débito que por este seria devido àqueles*. Aliás, o facto de um município ter de pagar ao sistema multimunicipal no caso de os utilizadores ficarem em dívida em relação àquele sugere traduzir um *fenómeno jurídico-fiscal de solidariedade passiva*.

Ora, nesta outra fileira, e como se antevê na sequência do que se vem dizendo, a engenharia financeira da lei não consegue libertar-se de uma outra relação: a *relação jurídico-fiscal subjacente à dinâmica do financiamento dos serviços multimunicipais*.

No regime da lei, manejando a técnica sub-rogatória ou de substituição legal, tudo é equacionado como se se tratasse de estritas

relações tributárias de natureza tarifária, o mesmo é de dizer, de taxas ou de preços (públicos)/tarifas, autoritariamente fixados.

Mas a verdade é que, no caso, servindo-nos dos ensinamentos da doutrina jurídico-fiscal e das finanças públicas, não se descortina uma sinalamaticidade relacional entre o munícipe ou cada um dos municípios e o sistema multimunicipal concretamente considerado. O mesmo é dizer que não se reproduzem, *in casu*, algumas das notas típicas e identificativas do conceito de taxa, enquanto *preços autoritariamente estabelecidos pagos pela utilização individual de bens semipúblicos, tendo a sua contrapartida numa actividade do Estado especialmente dirigida ao respectivo interessado<sup>1</sup>; actividade dirigida especificamente a proporcionar utilidades individualizadas a certos determinados cidadãos*. E só a *prestação destas utilidades e nestes termos – isto é, porque é “individualizada” – é que se pode dizer que dá lugar a um mercado em sentido económico e à conseqüente possibilidade de recebimento de preços (preços públicos)*. E como preços que são, *o seu carácter deriva, pois, também das características de divisibilidade técnica e financeira que apresenta a utilidade (não colectiva) proporcionada pelos serviços públicos prestados*. Estes termos revelam, segundo a doutrina, as duas notas juridicamente caracterizadoras das taxas, enquanto preços públicos autoritária ou coactivamente fixados:

---

<sup>1</sup> Cfr. José Manuel M. Cardoso da COSTA, *Curso de Direito Fiscal*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 1972, pág. 11.

i) O facto de corresponderem a *bens tecnicamente divisíveis em unidades de venda*;

ii) E constituírem unidades *vendidas a preços inferiores aos que seriam praticados pelos particulares*, se fossem eles a produzir e vender os bens em causa. O que significa que o respectivo quantitativo não é um elemento essencial do conceito, embora, tal como os impostos, também tenham como função o financiamento dos (ou de) encargos públicos.

Mas, sem embargo deste elemento em comum, *as taxas*, como preços públicos autoritariamente fixados, *distinguem-se, na perspectiva financeira, dos impostos, em virtude da sua bilateralidade, por contraposição à unilateralidade dos impostos, pois, ao pagamento deste não corresponde nenhuma contraprestação específica por parte do Estado*. Como contrapartida do pagamento da *taxa recebe o utilizador-pagador uma contraprestação específica, uma utilidade individualizada, enquanto do pagamento do imposto, isto é, da relação jurídico-fiscal do imposto, resultará, para o contribuinte uma mera contraprestação genérica*. E desde que não haja troca, isto é, desde que nada haja especificamente em troca, já não temos preços; temos prestações impostas<sup>2</sup>. Mas como o faz tendo indistintamente em vista todos os membros da colectividade – paguem ou não paguem impostos, e seja qual for a medida em que os pagam – *não se dirige a este ou àquele*

---

<sup>2</sup> Cfr. José J. Teixeira RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 1997, pág. 30.

*contribuinte em particular, nem existe qualquer relação entre o montante do imposto exigido a cada um destes e o benefício que eventualmente o mesmo venha a auferir dos serviços públicos.* Tal benefício em nada influi no regime jurídico dos impostos, pelo que nele não pode ver-se o correspectivo da prestação tributária<sup>3</sup>. Pelo contrário, *nas taxas há obrigações unidas juridicamente por um vínculo de reciprocidade ou de interdependência, o que caracteriza o seu carácter sinalagmático. É, pois, inerente à cobrança de taxas a existência de uma relação obrigacional sinalagmática,* estabelecida entre o particular/utilizador e ente público prestador, que, por se basear, no plano funcional, numa procura e oferta individualizada de um bem ou de uma actividade pública, legitima a fixação (autoritária) de um preço público (por exemplo, taxas devidas pela ligação aos ramais de abastecimento público de águas).

Ora, no caso concreto, em sentido rigoroso, a relação obrigacional sinalagmática, correspondente a prestações e contraprestações específicas, só pode descortinar-se no quadro das relações entre o sistema municipal e o (seu) utilizador (coactivo)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. José Manuel M. Cardoso da COSTA, Curso de Direito Fiscal, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 1972, págs. 10 a 12.

<sup>4</sup> A Lei das Finanças Locais, aprovada pela Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, com as alterações que lhe foram introduzidas, por último, pela Lei 55-A/2010, de 31 de Dezembro de 2010, no seu artigo 16.º, n.º 3, alíneas b) e c), qualifica como “preços” - e não como “taxas”-, as receitas cobradas pelos municípios pela prestação de serviços de “saneamento de águas residuais” e de “gestão de resíduos sólidos”, tal como, aliás, já acontecia na anterior Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, não obstante a epígrafe do então artigo 20.º fizesse referência a “tarifas e preços”. Estabelecia também esta Lei, no n.º 2 do mesmo artigo, que os municípios podiam cobrar “tarifas” - e não “taxas” - pela

Nestes termos, e ainda que o legislador, quando classifica os “tributos”, integre nesta mesma categoria os impostos e “*outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e as demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*” (cfr. o n.º 2 do artigo 3.º da Lei Geral Tributária)<sup>5</sup>, *não pode* concluir-se que a mencionada tarifa, que constituiu receita dos sistemas multimunicipais, possa, nos modos referidos, *ser qualificada como uma taxa stricto sensu, ainda que constitua, lato sensu, uma receita financeira coactiva a favor de entidades públicas*, desde que preenchido um pressuposto: ser utilizador de um sistema municipal.

Estamos, no caso, sem dúvida, em face de uma receita coactiva, visto que está completamente fora de questão a hipótese de ser configurada como uma receita voluntária. A sua percepção por parte dos sistemas multimunicipais não depende, em nada, da vontade do sujeito passivo da obrigação, mas tão só da *verificação dos pressupostos normativamente fixados*, ou seja, *impõe-se, nos termos da lei. Trata-se, pois, de um tributo.*

Também não restam dúvidas que *não nos deparamos*, no caso, com uma receita ou com *tributo bilateral*. Desde logo, *não preenche as características da taxa stricto sensu*, na medida em que *não assume a natureza de um preço, mesmo que autoritariamente fixado na lei ou por força*

---

“*instalação ou renovação dos ramais domiciliários de ligação aos sistemas públicos de distribuição de água, e de drenagem de águas residuais*”, sendo certo que a ainda vigente Lei das Finanças Locais é omissa, pelo menos na sua letra, relativamente à faculdade/poder de os municípios procederem à cobrança destas receitas.

<sup>5</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 339/98, de 17 de Dezembro.

da lei. Para tanto, seria imperioso identificar na relação jurídica tributária um *específico sinalagma* ou *nexo de corresponsabilidade* entre a prestação pecuniária entregue pelo sujeito passivo e uma *contraprestação específica proporcional* da parte do sujeito activo.

Esta sequência impõe que se adiantem ainda mais algumas notas.

Como é sabido, os *tributos* podem assumir *diversas formas* e, entre as mais relevantes, contam-se os *impostos* e as *taxas*<sup>6</sup>, tal como decorre do preceituado no n.º 2 do artigo 3.º, da Lei Geral Tributária, nos termos do qual “Os *tributos* compreendem os *impostos*, incluindo os *aduaneiros* e *especiais*, e outras *espécies tributárias criadas por lei*, designadamente as *taxas* e *demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*”.

O *imposto* é, como se referiu, uma prestação pecuniária, coactiva e unilateral, sem o carácter de sanção, exigida pelo Estado com vista à prossecução de fins públicos. Partindo desta noção, o imposto, ao contrário da *taxa*, entendida como *preço autoritariamente fixado*, caracteriza-se pela sua natureza jurídica unilateral, isto é, pelo facto se tratar de uma *prestação pecuniária coactiva* à qual *não corresponde nenhuma contraprestação específica* por parte do Estado ou demais entidades públicas<sup>7</sup>.

Mas, nos termos da citada norma da Lei Geral Tributária, para além dos impostos e das taxas, *são ainda classificadas como tributos as*

---

<sup>6</sup> Cfr. Jónatas E. M. MACHADO e Paulo Nogueira da COSTA, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009, pág. 8, J. Casalta NABAIS e Suzana Tavares da SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 140, n.º 3965, Nov-Dez, págs. 93 e segs.

<sup>7</sup> Cfr. Casalta NABAIS e Suzana Tavares da SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 140, n.º 3965, Nov-Dez, pág. 94.



*“demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”*. Contudo, não obstante a lei fazer menção expressa a estes “tributos”, reproduzindo a alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, a verdade é que ainda não existe um diploma legal específico que estabeleça o enquadramento ou o “regime geral” das designadas “contribuições financeiras”, em conformidade com o previsto no n.º 3 do mesmo artigo 3.º da Lei Geral Tributária e que, nos termos daquela disposição constitucional, cai no *domínio da reserva relativa de competência legislativa* da Assembleia da República<sup>8</sup>.

Nesta medida, somos, pois, no caso, confrontados com a questão (prévia), que se coloca ao nível da *classificação dos tributos*, seja do ponto de vista jurídico-constitucional, seja no plano da legislação ordinária.

O problema reconduz-se em saber se vale, ainda hoje, uma *divisão “bipartida ou binária” dos tributos*, na linha doutrinária clássica e da jurisprudência do Tribunal Constitucional, ou se, designadamente após a 4.ª revisão da Constituição<sup>9</sup>, não assistimos à previsão (constitucional) e legal de uma *divisão “tripartida ou ternária” das receitas públicas coactivas*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4 ed., vol. I, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 103.º.

<sup>9</sup> Lei Constitucional n.º 1, de 1997.

<sup>10</sup> Cfr. José Manuel M. Cardoso da COSTA, *Sobre o Princípio da Legalidade das «Taxas» (e das «demais contribuições financeiras»)*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu vencimento* – vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 206, págs. 804 e segs.

E, neste domínio, pelo menos ao nível jurídico-constitucional ou para efeitos jurídico-constitucionais, tem-se entendido que continua a ser defensável a existência de uma “*summa divisio dos tributos*”, o que significa manter a clássica bipartição entre *impostos e/ou taxas*, conforme se apresentem como tributos unilaterais ou como tributos bilaterais. Ou seja, embora a Constituição e a Lei Geral Tributária se refiram a três figuras tributárias - impostos, taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas -, daí não surgiriam consequências juridicamente relevantes, desde logo ao nível jurídico-constitucional, pois, sem embargo da diversidade de designações e de figuras tributárias existentes, a Constituição apenas contempla dois regimes jurídicos distintos e autónomos: prevê um regime jurídico específico, formal e material, para os impostos (artigo 165.º, n.º 1, alínea i), 1.ª parte); e estabelece um outro - e bem diverso - aplicável às taxas (artigo 165.º, n.º 1, alínea i), 2.ª parte).

Efectivamente, a *criação dos impostos* obedece ao - *mais exigente* - *princípio da legalidade fiscal*, encontrando-se subordinada ao *princípio da reserva de lei formal* (artigo 165.º, n.º 1, alínea i), 1.ª parte, da Constituição) e *material* (artigo 103.º, n.º 2), sendo que a sua *medida* tem por base o *princípio da capacidade contributiva*. Já no que respeita à *criação de taxas*, a Constituição não é tão exigente como ali, bastando-se com uma *reserva relativa de lei parlamentar apenas para o respectivo regime geral*. O mesmo acontece com o processo de criação das “*demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas*” (artigo 165.º, n.º 1, alínea i), 2.ª parte, da Constituição), *baseando-se a sua*

*justeza ou medida no princípio da proporcionalidade*: taxa/prestação proporcionada ou taxa/custos específicos causados à respectiva comunidade.

Significa isto, na sequência do entendimento exposto, que todos os tributos que, eventualmente, venham a integrar a categoria das “*demais contribuições a favor das entidades públicas*”, apenas poderão subsumir-se num daqueles regimes. Pelo que a opção que venha a fazer-se, quanto à aplicação do regime constitucionalmente adequado, *dependerá da sua qualificação como impostos ou como taxas, em função da sua natureza jurídica essencial, “independentemente do nome que ostentam”*<sup>11</sup>.

Eventualmente, a previsão desta nova categoria de tributos poderá originar uma maior flexibilidade do princípio da reserva de lei no plano jurídico-tributário, permitindo que certos tributos, que antes, na doutrina e na jurisprudência constitucional eram (ou seriam) qualificados como impostos, passem agora a ser designados por “*contribuições financeiras*”.

Contudo, a questão poderá agudizar-se se se tiver em conta que *estas contribuições de carácter bilateral* reconduzem-se, afinal, ao *controverso conceito da parafiscalidade*, no qual se integram, por via de regra, *figuras híbridas* que, tradicionalmente, a jurisprudência do constitucional e a doutrina *têm vindo a qualificar como impostos*, para efeitos de submissão ao correspondente regime jurídico-constitucional.

---

<sup>11</sup> Cfr. José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2009, págs. 20 a 26.

Esta *terceira categoria tributária* corresponderá, assim, aos designados *tributos parafiscais* (artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Lei Geral Tributária), tais como as contribuições para a Segurança Social (*Taxa Social Única*), as quotas para as Ordens Profissionais e outros organismos de públicos de autodisciplina profissional e também as, em geral, designadas taxas dos organismos reguladores.

Todos *estes tributos parafiscais assumem uma natureza híbrida*, na medida em que, simultaneamente, *partilham de características próprias dos impostos e das taxas*. Aproximam-se dos *impostos*, na medida em que não é proporcionada qualquer contraprestação específica ou individualizada ao “contribuinte” que a suporta. Em paralelo, aparentam uma especial afinidade com as *taxas*, porque têm por escopo remunerar uma actividade ou serviço prestado colectivamente por um organismo público, a uma certa categoria ou círculo identificável de beneficiários.

Deste modo, a constitucionalização deste “*tertium genus*” vem, pois, legitimar uma figura – as *receitas parafiscais* – que, antes, por falta de reconhecimento constitucional, era reconduzida, doutrinal e jurisprudencialmente, à categoria dos impostos, com as inerentes consequências no plano do regime jurídico-constitucional aplicável. Significa isto, neste entendimento, que a institucionalização destas “*taxas colectivas*” fica a salvo da reserva relativa de lei formal e material da Assembleia da República, e, em consequência, tal como sucede com as *taxas em sentido estrito*, apenas o seu *regime geral* se mantém sujeito à

*reserva* parlamentar<sup>12</sup>. As demais contribuições financeiras são, pois, equiparadas, em termos do seu regime, às taxas.

Em todo caso, restam ainda as legalmente designadas “*contribuições especiais*”. *Figura tributária que não goza de verdadeira autonomia relativamente aos impostos, na medida em que é a própria Lei Geral Tributária que as considera como tal* (artigo 4.º, n.º 3). Nesta disposição, em que se densifica o *duplo pressuposto destes tributos especiais*, nos quais se baseia a distinção doutrinária entre “*contribuições de melhoria*” e “*contribuições por maiores despesas*”, cabem as contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumentos de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma actividade são considerados impostos<sup>13</sup>.

Em síntese, a classificação fundamental de tributos, resultante quer da Constituição, quer da lei, aponta para *duas grandes categorias* - os *impostos* e as *taxas* - atendendo que, em termos de regime jurídico-constitucional, “*as demais contribuições financeiras a favor das entidades*

---

<sup>12</sup> Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, vol. I, 2007, pág. 1095 e vol. II, 2010, pág. 318, e também Casalta NABAIS e Suzana Tavares da SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 140, n.º 3965, Nov-Dez, pág. 95.

<sup>13</sup> Sobre aquela espécie de tributos, Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 1974, págs. 57 e segs., José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Almedina, 2009, págs. 26-27, e Casalta NABAIS e Suzana Tavares da SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 140, n.º 3965, Nov-Dez, pág 94.

*públicas*” ou receitas parafiscais *são equiparadas às taxas e as contribuições especiais são consideradas impostos*, por força da lei.

No caso concreto que nos ocupa – pagamento de uma tarifa ao sistema multimunicipal pelo utilizador do sistema municipal, em regime de substituição legal/coactiva de sistema (ou de cada um dos municípios que o integrem) -, propendemos para aproximar uma tal técnica de financiamento de serviços públicos – os sistemas multimunicipais - a esta última hipótese, surgindo aquela tarifa como um *espécie de “imposto indexado”* ou como uma *“contribuição especial”*, porque legalmente criada, estabelecida e imposta como instrumento de financiamento de um serviço público de titularidade e responsabilidade estadual – o sistema multimunicipal ao qual se encontra vinculado o sistema municipal, sendo que o utilizador-pagador apenas tem uma relação sinalagmática com este e nunca, por regra, nos termos do regime legal, com aquele. O que significa, no plano jurídico-constitucional, estar, tal *espécie de “imposto indexado”* ou *“contribuição especial”*, sujeito ao princípio da legalidade fiscal, tanto na dimensão de princípio de reserva de lei (formal) ou “reserva de lei do parlamento”, como na dimensão de reserva de lei material incorporadora dos elementos essenciais dos impostos.

Na situação que nos ocupa, cabe à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, como se referiu, fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, incluindo as devidas directamente pelos utilizadores finais aos sistemas multimunicipais - alínea c), do n.º

3 do artigo 5.º da Proposta de Lei n.º 125/XII) -, o que não se afigura de acordo com as referidas exigências constitucionais.

### **2.1.1. Uma relação jurídico-fiscal autónoma: implicações contabilístico-financeiras**

Como se mencionou, no regime proposto passa a existir uma relação jurídico-fiscal e económica própria e autónoma entre o sistema multimunicipal e os utilizadores (os munícipes), que formalmente se apresenta como uma rúbrica financeira e contabilística própria, embora com a mediação jurídico-funcional da entidade gestora do sistema municipal (município, empresa municipal delegatária ou um concessionário).

Ora, esta engenharia financeira da lei, impõe um princípio de separação financeira e contabilística na estrutura de custos e na estrutura de receitas, a operacionalizar por aquelas entidades, incluindo naturalmente os concessionários, actuais e futuros, por a lógica da técnica concessória implicar, por natureza, uma sub-rogação global na gestão de um serviço, que, aliás, a proposta de novo regime configura expressamente ao determinar que a componente da factura correspondente à tarifa dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais constitui sempre receita própria das entidades gestoras destes sistemas, *independentemente da entidade responsável pela cobrança aos utilizadores finais.*

Esta operação irá necessariamente importar custos diversos de implementação, mas que a lei imputa integral e exclusivamente ao

gestor do sistema multimunicipal, incluindo também aqui os concessionários, até porque o mesmo regime que se propõe vir a ser adoptado, quando se refere aos sistemas multimunicipais, na sua relação com os utilizadores finais, apenas lhe (auto)referencia receitas e nunca custos, perdas e riscos.

Significa isto que, para o novo regime, o “subsistema” financeiro-contabilístico próprio e específico para os sistemas multimunicipais apenas deverá constituir um “centro de receitas” – de receitas fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais e, como tais ou enquanto tais, não comportam um paralelo centro de custos - custos de implementação, custos de manutenção e de gestão, custos de actualização, custos de cobrança, etc. -, uma rúbrica de perdas ou da verificação efectiva do risco de perdas – por exemplo, como se imputam as perdas de água/e ou os caudais pluviais de infiltração ao consumidor? Como tratar os clientes “consumo zero” Como tratar pontos de entrega de água gratuita (bombeiro, fontanários)?, etc. -, e da verificação efectiva de outros riscos, em especial o risco de incobráveis e, por último, nem integrará o custo da remuneração do prestador (legalmente coactivo) destes serviços (por exemplo, um concessionário actual ou futuro), que, também pela lei, se vê convertido no “estatuto” de cobrador de receitas fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais.

Para além disso, aquele “centro financeiro-contabilístico” terá, também, e necessariamente, de ser organizado e permanentemente actualizado em conformidade com as prescrições da Entidade



Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos (ERSAR), por, no âmbito da regulação económica, lhe caber *fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, incluindo as devidas directamente pelos utilizadores finais aos sistemas multimunicipais* (cfr. a alínea c), do n.º 3 do artigo 5.º da citada Proposta de Lei n.º 125/XII), e *para os sistemas de titularidade municipal* que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor (cfr. a alínea f) do n.º 3 do artigo 5.º da mesma Proposta de Lei), sendo que, na fixação das tarifas, a ERSAR deve observar, entre outros, os seguintes princípios que, naturalmente, devem igualmente ser reflectidos naquele “centro financeiro-contabilístico”:

- i)* A recuperação económica e financeira dos custos dos serviços;
- ii)* Estabelecer estruturas tarifárias que incorporem a dimensão do agregado familiar, para os utilizadores domésticos, privilegiando captações de água mais justas e eficientes;
- iii)* Definir a tarifa social (cfr. as alíneas a), c) e d) do artigo 6.º da Proposta de Lei n.º 125/XII).

Tudo, pois, dados que, na engenharia do regime proposto, se apresenta como uma repercussão funcional, económica, jurídica e financeira-contabilística na esfera do gestor do serviço municipal, conduzindo a que os actuais contratos de concessão devam ser (automaticamente) modificados - aliás, num prazo curto - pelos respectivos concessionários, sem que, para o efeito, se preveja qualquer contrapartida financeira e/ou de reequilíbrio económico-financeiro do

contrato, sendo certo que, por virtude de o “centro de receitas” do sistema multimunicipal ser apenas isso – um “centro de receitas” -, para além dos prejuízos patrimoniais efectivos e potenciais já referidos, poderá implicar outros tipo de prejuízos ou a impossibilidade legal de os minorar, designadamente a irrelevância, para efeitos fiscais, dos custos despesas empresariais que deveriam ser imputados ao “centro contabilístico-financeiro” criado para o sistema multimunicipal, *não sendo legítimo nem transparente, em todos os casos referidos, que se imputem, como custos, à contabilidade do gestor do sistema municipal.*

Este é o regime ou as imediatas consequências que, neste segmento, dele derivam. Contudo, tal não significa que, em face dele, seja suportável a sua legalidade, ou melhor, a sua constitucionalidade, se o mesmo não for interpretado no sentido da sua conformidade com a Constituição, em especial quando ponderado à luz do princípio do equilíbrio económico-financeiro da concessão, nas diversas valências em que se concretiza, sob pena de se aceitar, relativamente aos concessionários, uma espécie de expropriação de sacrifício, o que é jurídico-constitucionalmente inaceitável. É o que veremos de seguida.

## **2.1.2. As consequências para o equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão**

### **2.1.2.1. O gestor do sistema municipal como prestador (coactivo) de serviços de cobrança e devedor legal (coactivo): a imputação legal de riscos**

Em geral, é unânime, na doutrina e na jurisprudência, nacionais e estrangeiras, a aceitação de que a circunstância de vir a ocorrer um acréscimo de encargos suportados por um concessionário, em virtude da ocorrência superveniente de factos que não poderiam ter sido previstos à data da proposta que lhe está subjacente, como por exemplo novas taxas, tarifas ou impostos determinados por legislação não vigente à data do respectivo concurso e/ou encargos resultantes de pareceres emanados por uma entidade reguladora. Em todos estes casos deve haver lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão.

Na relação contratual da concessão e, naturalmente, nos tipos concessórios de gestão do serviço municipal de água e/ou saneamento constituiu regra geral que o concedente - o município ou a empresa municipal delegatária - detenha o poder de determinar a cobrança de outras taxas ou tarifas referentes a serviços prestados por aquele primeiro a clientes do concessionário - por exemplo, o serviço de recolha de resíduos sólidos urbanos. A prestação desse serviço não tem, por princípio, encargos para o concedente, salvo quando daí resulte um acréscimo de custos para o concessionário.

Em geral, um contrato de concessão contempla, pois, a prestação, pelo concessionário municipal, de um serviço de cobrança, referente à cobrança de taxas e tarifas:

*i)* Relativas a serviços prestados ao utilizador final, ou seja o cliente do concessionário municipal, com quem esta tem um contrato de fornecimento e/ou de recolha;

*ii)* Relativas a serviços prestados pelo concedente, ou seja a contraparte do contrato de concessão;

*iii)* Mas sem risco de cobrança para o concessionário, a qual apenas tem de devolver ao concedente se, quando e os montantes que efectivamente receber por conta desta;

*iv)* E com garantia de neutralidade para o concessionário, com compensação pelo concedente, na medida em que desta actividade advenham sobrecustos para o concessionário.

Até aqui tudo normal e tudo no quadro de uma relação contratual.

Só que, por via do regime que se propõe, assiste-se, neste âmbito, a um quadro relacional atípico e que constitui uma novidade neste domínio e, portanto, também para as figuras contratuais em vigor:

*i)* Em primeiro lugar, o regime converte os concessionários, em virtude da substituição do município por estes, por via de um contrato global que é a concessão, em prestadores legais de serviços aos sistemas multimunicipais;

*ii)* Em segundo lugar, por se tratar de uma prestação de um serviço a uma entidade externa ao contrato de concessão – o sistema multimunicipal –; prestação de serviço que é, como já se salientou, bem

mais ampla do que os estritos serviços de cobrança. A atipicidade é tão mais manifesta na mediada em que as actividades a desenvolver pelo concessionário tem por objecto serviços que não são prestados ao utilizador final e com o qual, aliás, o gestor do sistema “em alta” não tem qualquer vínculo contratual tipicamente configurável como tal;

*iii)* Em terceiro lugar, a atipicidade revela-se também na ausência de neutralidade para o concessionário municipal, na medida em que não se prevê nem uma remuneração pela prestação dos serviços, nem tão pouco uma compensação na medida dos sobrecustos que desta actividade advenham para aquele;

*ii)* Em quarto lugar, atípica ainda por a relação de serviço não ser apenas só isso; é, pelo contrário, *concebida como uma relação de risco – designadamente o risco de cobrança da componente da factura relativa às ditas receitas do sistema multimunicipal -*, que, por razão da técnica concessória, a implicar, por exigência conceitual, uma significativa e efectiva transferência de riscos -, acabará por ser, na sua grande fatia ou integralmente, assumido pelo concessionário municipal (o qual, repetimos, na estrita relação contratual como o município apenas tem de devolver a este – o concedente - se, quando e os montantes que efectivamente receber por conta deste). Aliás, também já o referimos, o novo regime, ao determinar que a componente da factura correspondente à tarifa dos sistemas multimunicipais ou intermunicipais constitui sempre receita própria das entidades gestoras destes sistemas, *independentemente da entidade responsável pela cobrança aos utilizadores finais, contém, ao menos implicitamente,*

*uma “remissão” deste risco para o gestor do serviço (por exemplo, um concessionário).*

Para além das já mencionadas dificuldades legais e contratuais (e operacionais) que esta solução necessariamente implica e a que já atrás aludimos, é, desde já, previsível diagnosticar um inevitável efeito duplo de riscos secundários, mas significativos.

Em primeiro lugar, os *riscos sociais, funcionais (e políticos) que serão* sempre e naturalmente *imputados ao município e/ou ao seu concessionário*, provenientes da autonomização da componente financeira/fiscal dos “serviços” do sistema municipal, a importar pelo menos uma percepção de sobrecarga de custos ao/ou pelo consumidor final.

Em segundo lugar, aquele risco comporta inevitavelmente um outro ou, no mínimo, o seu agravamento: o *aumento/agravamento do risco de cobrança* ao nível das próprias receitas do concessionário municipal, o que, técnica e economicamente, agrava o risco financeiro do concessionário.

Na verdade, será por todos compreensível, que, ao integrar-se a tarifa relativa ao serviço “em alta”, de forma autónoma e directa na factura do utilizador final, tal vai ser necessariamente percebido com um aumento do custo do serviço “em baixa”, o que vai levar a um aumento de incobráveis, das reclamações e dos litígios, com os consequentes *aumentos de custos administrativos*, por um lado, e *perda*

*de receita*, por outro<sup>14</sup>. Ainda que formalmente se imponha uma autonomia, na factura, entre a tarifa dos serviços municipais e a “tarifa” dos serviços multimunicipais, é incontornável que, para o consumidor, material, funcional e socialmente, só existirá uma relação directa de serviço: a sua relação com o município ou com o seu concessionário.

Como se vê, a generalidade dos riscos, designadamente os de cobrança, directos e/ou secundários, acabará sempre por ser, legal e integralmente, imputada ao gestor do sistema multimunicipal - por exemplo, um concessionário, incluindo os actuais concessionários.

Contudo, *este modo de proceder revela-se desconforme a uma princípio que hoje poderá considerar-se universalmente adquirido - o princípio da afectação justa e equitativa distribuição e partilha do risco - do risco legal e do risco contratual*.

---

<sup>14</sup> A Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, que procedeu à terceira alteração à Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que “Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais”, veio a institucionalizar um mecanismo de arbitragem necessário no acesso à justiça por parte dos utentes de serviços públicos essenciais (artigo 1.º), passando a Lei n.º 23/96 a dispor no artigo 15.º, sob a epígrafe “Resolução de litígios e arbitragem necessária”, que “1 – Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados. 2 – Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos suspende -se no seu decurso o prazo para a propositura da acção judicial ou da injunção”. Regime que é (foi) imediatamente aplicável às relações contratuais vigentes à data da sua entrada em vigor (cfr. o artigo 3.º da Lei n.º 6/2011, de 10 de Março).

Princípio este que, entre nós, se impõe, desde logo, pela irradiação normativa dos *princípios constitucionais da actividade administrativa*, que, naturalmente, *também são princípios da actividade administrativa contratual* – o princípio da igualdade e da justiça e o princípio da proporcionalidade, no sentido de que impedem que ao colaborador privado sejam exigidos sacrifícios onerosos/desproporcionados, ainda que em nome do interesse público<sup>15</sup>, sendo certo que, mesmo em nome do (mesmo) interesse público, ao contraente público é determinada a proibição, por expressa inibição legal, de assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material directa com o fim do contrato (artigo 281.º do CCP).

Na lógica que temos vindo a seguir, entendemos que a transferência e afectação de riscos – legais ou contratuais -, segundo a sua capacidade para os melhor gerir e controlar, deve ser assumido como um *princípio geral de direito administrativo*, por constituir uma projecção ou concretização desse princípio, ainda mais geral, que é o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Relacionando o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo com os direitos fundamentais – e, entre estes, designadamente o direito de propriedade -, com a justa indemnização, o princípio da confiança e o princípio da igualdade, Paulo OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, Dezembro 1996, págs. 913 e segs.

<sup>16</sup> Sobre a função dos princípios no sistema “interno” do Direito e as suas projecções, Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de José LAMEGO, 1989, em especial as págs. 531 e segs., Karl



E tal como sucede entre nós, também em outros ordenamentos se salvaguarda expressamente a posição do co-contratante da Administração, no que pode ser considerado uma tendência universal do direito dos contratos, incluindo no próprio direito (privado) europeu dos contratos, no qual emerge a ligação genética de direitos fundamentais à construção de um direito europeu dos contratos, salientando-se, como uma das suas bases estruturais, quer o direito fundamental à proporcionalidade da relação contratual, a legitimar, justamente, o reequilíbrio do contrato em caso de alteração das circunstâncias, quer um direito fundamental à sua execução - à execução do contrato -, a par com as manifestações ou relevância dos princípios estruturantes daquele sistema, como os princípios da boa fé, da razoabilidade - da protecção razoável das expectativas e da confiança legítima dos colaboradores privados da Administração - e do *favor contractus*, emergindo a adaptação do contrato como uma

---

ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução e prefácio de Baptista MACHADO, Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, em especial as págs. 222 e segs., Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmática*, 2.<sup>a</sup> ed., revista e ampliada por Giuliano CRIFÒ, Giuffrè Editore, 1971, Humberto ÁVILA, *Theory of Legal Principles*, Springer, 2007, Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3.<sup>a</sup> ed., introdução e tradução de António Menezes CORDEIRO, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica 1, Coimbra Editora, 2011, A. Castanheira NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Iuridica 2, 1979, págs. 73 e segs., Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., Reimpressão, Coimbra Editora, 2010, em especial as págs. 607 e segs., e no plano jurídico-constitucional, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2009, págs. 1143 e segs. e 1207 e segs.

alternativa à sua invalidade, de forma a assegurar a sua integral execução<sup>17</sup>.

Em Espanha, relativamente aos concessionários, a *Ley de Contratos del Sector Público* defere expressamente aos concessionários os riscos de projecto e construção, de gestão económica e de financiamento da concessão (artigos 224.º, 229.º, alínea b), e 236.º, n.º 1, para a concessão de obra pública, e o artigo 253.º, alínea a), para o contrato de gestão de serviços públicos), mas salvaguarda o dever de articulação deste princípio – princípio da transferência do risco para o co-contratante – com o que as partes convencionarem no contrato (artigo 225.º, conjugado com os artigos 199.º e 214.º), estabelecendo igualmente o princípio geral do reequilíbrio financeiro do concessionário, não apenas nos casos expressamente previstos naquela *Ley*, mas ainda nas situações e nos termos que tiverem sido previstos e estabelecidos no contrato (artigo 241.º).

A este propósito, *a doutrina adianta que os contratos de concessão não podem converter-se ou transformar-se em contratos aleatórios, exigindo-se uma moderada adequação dos riscos*, pois só assim a Administração poderá atrair a participação do capital e da

---

<sup>17</sup> Cfr. Anne PÉLISSIER, *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats*, in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD e André PRÜM (Dir.), *Le Contrat en Europe Aujourd'hui et Demain*, Société de Legislation Comparée, Droit Privé Comparé et Européen, vol. 8, Paris, 2008, Denis MAZEAUD, *Un droit européen en quête d'identité : les principes du droit européen du contrat*, in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD e André PRÜM (Dir.), *Le Contrat en Europe Aujourd'hui et Demain*, Société de Législation Comparée, Droit Privé Comparé et Européen, vol. 8, Paris, 2008, e, no plano da teoria geral, Victoire LASBORDES, *Les Contrats Déséquilibrés*, tomo I, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2000, em especial as págs. 109 e segs.

iniciativa privada em investimentos cujo volume implica um esforço compartilhado entre os sectores público e privado e só assim se assegura uma justa retribuição do esforço e risco empresariais<sup>18</sup>. Adiantando-se que a complexidade e a duração deste tipo de contratos – contratos de colaboração entre a Administração e os particulares, de que constituem exemplo típico as concessões – levaram o legislador a prever expressamente os efeitos que a variação de determinadas circunstâncias pode ter sobre a relação contratual, com a consequente repartição de riscos entre a Administração e o co-contratante, o que significa uma clara atenuação do “*principio de riesgo y ventura a favor del contratista*”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr., entre outros autores, Moreno MOLINA, *La Rgulación Comunitaria Europea de Las Concesiones de Obras Públicas*, in Francisco Puerta SEGUIDO (Coord.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de contratos del sector público*, La Ley, 2009, págs. 29 e segs., Julio V. González GARCÍA, *El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública*, in *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Coord. de Ramón Falcón y TELLA, Cristina García-Herrera BLANCO, María Amparo Grau RUIZ, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, págs. 341 e segs., Carlos Contreras GÓMEZ, *Un mecanismo para la cobertura de riesgo regulatorio en concesiones de infraestructuras*, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Documento n.º 7/08, 2008, Carolina Blasco DELGADO, *Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público-privada en la financiación de obras y servicios públicos en España*, Pecunia, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de León, n.º 8, 2009.

<sup>19</sup> Cfr. Antonia Perelló JORQUERA, in *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, direção de L. Parejo ALFONSO e A. Palomar OLMEDA e coordenação de J. Vázquez GARRANZO, Bosch, 2009, vol. 3, págs. 1875 e segs., anotação ao artigo 199.º, V. González GARCÍA, *El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública*, in *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Coord. de Ramón Falcón y TELLA, Cristina García-Herrera BLANCO, María Amparo Grau RUIZ, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, págs. 341 e segs., Carlos Contreras GÓMEZ, *Un mecanismo para la cobertura*

Em França, embora o *Code des Marchés Publics* não contenha disposições normativas sobre as concessões – concessões de obras públicas e de serviços públicos -, o certo é que não deixa de existir aí um regime específico dos *contrats de partenariat*, aprovado pela *Ordonnance n° 2004-559*, de 17 de Junho de 2004<sup>20</sup>, impondo, no seu artigo 11.º, que um contrato de parceria público-privada comporta necessariamente cláusulas relativas à repartição do risco, acolhendo a doutrina em geral que aí se encontra subjacente um princípio geral sobre a distribuição do risco, no sentido de que aquela deve ser efectuada tendo por pressuposto as circunstâncias que objectivamente condicionam a posição de cada uma das partes do contrato: os riscos devem ser objecto de uma afectação segundo o critério da parte que esteja em melhores condições ou que esteja mais habilitada a acolhê-los e a suportá-los, isto é, a controlar e a gerir a sua efectiva ocorrência ou a prevenir a possibilidade da sua verificação. Deste modo, consegue obter-se uma equitativa ou equilibrada repartição dos riscos contratuais, assegurando-se concomitantemente o equilíbrio económico-financeiro do contrato.

De igual modo, em Itália, o *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, com a alteração que lhe foi introduzida em 2008, veio a contemplar uma definição do *contratti di partenariato pubblico privato*, abrangendo, entre outros contratos, concessões de obra pública

---

*de riesgo regulatorio en concesiones de infraestructuras*, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Documento n.º 7/08, 2008.

<sup>20</sup> Alterada pela Lei n.º 2008-735, de 28 de Julho de 2008 e pela Lei n.º 2009-179, de 17 de Fevereiro de 2009.

e de serviço público, remetendo, quanto à repartição do risco, para as indicações do direito comunitário, o que, em termos práticos, significa uma remissão para a doutrina constante do *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*, da Comissão Europeia, de 30 de Abril de 2004 (COM-2004-327 final)<sup>21</sup>, a qual, em matéria de repartição de riscos, comunga, no essencial, da doutrina que vimos estar subjacente à *Ordonnance n° 2004-559*.

No universo anglo-saxónico, não obstante não existam disposições legais específicas sobre a execução dos contratos públicos, a doutrina não diverge, no entanto, da referida, sendo, aliás, pioneira na afirmação do paradigma/princípio geral de que os riscos contratuais devem sempre ser afectos à parte que está em melhores condições de os suportar, controlar e gerir<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Posteriormente, com importância na matéria, a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a Aplicação do Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e de Concessões às Parcerias Público-Privadas Institucionalizadas*, de 5 de Fevereiro de 2008 (C-2007-6661).

<sup>22</sup> O princípio geral referido é comum à já vasta literatura sobre a matéria, entre outros autores, George G. TRIANTIS, *Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts*, in Boudewijn BOUCKAERT e Gerrit De GEEST (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, 2000, Gunther GRUBER, Thomas GRUBER, Annemarie MILLE, Michael SACHS, *Public Procurement in the European Union. Directives and Case Law as at 1. February 2009*, 2<sup>nd</sup>, updated Edition, Wien.Graz, 2009, Gustavo PIGA e Khi V. THAI, *The Economics of Public Procurement. Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy*, Palgrave, 2007, Philippe BENOIT, *Project Finance at the World Bank. An Overview of Policies and Instruments*, World Bank Technical Paper Number 312, the World Bank Washington, D.C., 1996, J. Luís GUASCH, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing It Right*, World Bank Institute, Washington, D.C., 2004, Roberto CARANTA, *I contratti pubblici*, 2.<sup>a</sup> ed., Giappichelli Editore, 2012, Marco MARIANI (a cura di), *Il Project financing*, Giappichelli Editore, 2012, Paolo MICHIARA, *L'Appalto di*

Em síntese, pode concluir-se que *a adequada distribuição/repartição dos riscos legais e contratuais entre a Administração e os seus colaboradores privados*, especialmente nos contratos de longa duração, é hoje um princípio comum aos diversos ordenamentos jurídicos, não podendo deixar de ser visto, quanto ao seu conteúdo normativo, como *uma projecção ou concretização do princípio geral do equilíbrio económico-financeiro dos contratos administrativos* (e, em geral, dos contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos).

Ora, no caso concreto, *o novo regime, pela sua configuração legal ou pelos seus efeitos prático-jurídicos, acabará por implicar sempre*

---

*Opera Pubbliche tra Diritto Comune e Diritto Speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Cedam, 1997, *Codice dei Contratti Pubblici Operativo*, a cura di Alessandro CACCIARI, II ed., Grupo Editoriale Esselibri – Simone, 2010, págs. 172 e segs., Jean-Bernard AUBY, Thierry KIRAT, Frederic MARTY et Laurent VIDAL, *Economie et droit du contrat administratif: l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service*, Thierry KIRAT (dir.), La Documentation française, Coleção Perspectives sur la justice, 2005, Thierry KIRAT, Frederic MARTY e Laurent VIDAL, *Le juge administratif et le risque: sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif devant le Conseil d'Etat*, in T. KIRAT (Dir.), *Economie et droit du contrat administratif: l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation française, Coleção Perspectives sur la justice, 2005, Thierry KIRAT e Frederic MARTY, *L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs: les problématiques économiques*, in Thierry KIRAT (Dir.), *Economie et droit du contrat administratif: l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation française, Coleção Perspectives sur la justice, 2005, Yves-René GUILLOU, *Les contrats publics de financement*, in Michel GUIBAL (Mélanges en l'honneur du Professeur), *Contrats publics*, vol. I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, págs. 677 e segs. Especificamente para os contratos de direito privado, Anne-Cécile MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDG, 2009.

uma imputação integral dos riscos do sistema multimunicipal para o concessionário do sistema municipal. Imputação que não é geneticamente contratual, não tendo sequer este a disponibilidade - disponibilidade de vontade - de os negociar; a imputação é geneticamente legal e não contratual.

E se a imputação legal já se revelaria só por si de duvidosa constitucionalidade, então ela tornar-se-á forçosa quando a isso se associa uma imputação integral de riscos - de riscos inerentes ao sistema multimunicipal - ao gestor/concessionário do sistema municipal, que logicamente os assumirá por via da sub-rogação global na gestão do serviço própria da técnica concessória (sub-rogação global em relação ao município), incluindo aqui, já o referimos, as actuais relações concessórias.

**2.1.2.2. O equilíbrio económico-financeiro do contrato e o regime de financiamento de projectos: a sujeição das alterações das actuais concessões ao consentimento prévio e expresso das entidades financiadoras**

Constitui também um princípio universalmente aceite que, no caso das concessões financiadas em regime de *project finance*, qualquer alteração aos contrato de concessão, com repercussões financeiras no projecto, e/ou os acordos relativos à reposição do equilíbrio económico-financeiro estão sujeitos à prévia apreciação e aprovação expressa/escrita das respectivas entidades financiadoras (os Bancos Financiadores).

E compreende-se que assim suceda.

Efectivamente, como resulta da literatura universal sobre o tema<sup>23</sup>, a garantia da obtenção de uma remuneração adequada aos montantes investidos pelos privados em projectos públicos vale, por maioria de razão, relativamente àqueles investimentos (privados) na realização de infra-estruturas públicas cuja engenharia financeira se centre na (auto)remuneração do próprio projecto. Consequentemente, devem ter-se por inválidas - ilegais e/ou inconstitucionais - quaisquer actos ou disposições normativas - legais, regulamentares ou contratuais - que tenham a pretensão de impedir ou limitar, por, precisamente, atentarem contra o princípio do (re)equilíbrio financeiro dos contratos<sup>24</sup>, na medida em que um regime ou uma interpretação dele que conduzisse à exclusão (ou à limitação) do princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato constituiria uma medida materialmente expropriativa, à qual não corresponderia uma justa indemnização<sup>25</sup>.

Neste sentido, a proposta de novo regime, ao transmitir para o gestor do sistema municipal o *risco de sustentabilidade financeira* do sistema multimunicipal - daí a responsabilidade do gestor,

---

<sup>23</sup> Cfr. a bibliografia já mencionada na nota 22, mas ela é bem mais abundante.

<sup>24</sup> Cfr. Mário Aroso de ALMEIDA, *Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Direito e Justiça, Vol. Especial, 2005, págs. 175 e segs.

<sup>25</sup> Cfr. Mário Aroso de ALMEIDA, *Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Direito e Justiça, Vol. Especial, 2005, págs. 175 e segs.



independentemente da sua natureza, pelas dívidas resultantes das “tarifas” incobradas ou incobráveis -, não deixa de ser susceptível da mesma censura jurídico-constitucional. Efectivamente, ante amplitude, a diversidade e as diferentes fontes de fenómenos que podem afectar a gestão dos serviços em causa, o novo regime, nos termos configurados, ao prever e/ou permitir a imputação legal de riscos que, atendendo à diversidade daqueles fenómenos, o gestor privado do sistema municipal não possa controlar na sua origem, nem evitar ou mitigar nas suas consequências, não apenas colide com o princípio das proporcionalidade na afectação de riscos, mas coloca também em perigo o princípio materialmente constitucional do equilíbrio económico-financeiro do contrato e o princípio da igualdade na distribuição de encargos públicos.

Significa isto que, especialmente nos contratos cujo regime de financiamento seja estruturado em modalidade de *project finance*, o princípio do equilíbrio económico-financeiro é o garante do projecto em si, formalmente enlaçado num “*mosaico contratual*” que a doutrina – e hoje também a lei – vem traduzindo, nuns casos por contratos complexos, noutros por complexos contratuais e em outros ainda por união de contratos ou até por contratos globais. Neste contexto, o princípio do (re)equilíbrio económico-financeiro do contrato não é, pois, apenas o garante da estrita posição relativa das partes e da realização do específico interesse público que justificou a sua celebração; ele é igualmente o garante de um sem número de contratos e, portanto, de posições contratuais de outros sujeitos que gravitam em torno e

dependem do (sucesso ou êxito) do projecto, o mesmo é dizer, do contrato principal – o contrato celebrado entre a Administração e o co-contratante privado –, reflectindo-se, a respectivas vicissitudes, no equilíbrio económico-financeiro geral.

Ora, neste contexto, as alterações contratuais e financeiras que, necessariamente, resultam da proposta de novo regime, não deixarão, naturalmente, de ser identificadas, pelas entidades financiadoras dos projectos, como um novo conjunto de riscos – riscos financeiros do projecto –, designadamente os riscos financeiros directos e secundários associados ao “novo estatuto” do concessionário – prestador de serviços de cobrança de quantias pecuniárias fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais –, bem como os demais riscos que, genericamente, sempre se traduzirão em sobrecustos do projecto, agravando as condições de cobrança das receitas do próprio projecto, para além do facto de aquele “novo estatuto” não ter qualquer contrapartida remuneratória.

Ora, todo este novo condicionalismo legal, directamente conformador das garantias remuneratórias do projecto – e, portanto, da sua sustentabilidade financeira –, vai, com toda a probabilidade, implicar uma revisão das condições de financiamento dos projectos em execução e/ou exigência de garantias adicionais por parte da concessionária e dos seus accionistas, agravando por conseguinte o projecto. Ou seja, o novo regime, nos termos em que é configurado, vai ter implicações em toda a estrutura de “*corporate governance*” dos projectos e, portanto, consequências ao nível do equilíbrio económico-

financeiro global (estruturas societárias envolvidas, contratos de terceiros, etc.).

### **2.1.2.3. A reposição do equilíbrio económico-financeiro e a prestação de um serviço público essencial: as possíveis e previsíveis consequências para o consumidor**

Por regra, a reposição do equilíbrio económico-financeiro será efectuada, total ou parcialmente, através de uma alteração dos tarifários em vigor, conduzindo a que níveis destas tarifas se apresentem incomportáveis para a generalidade dos utilizadores finais, comprometendo os princípios (constitucionais e legais) de acessibilidade e sustentabilidade dos serviços públicos essenciais.

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, no seu artigo 1.º, prevê expressamente como serviços públicos essenciais o serviço de fornecimento de água, o serviço de recolha e tratamento de águas residuais e os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos, considerando utente a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo. E prestador é toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer destes serviços, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão.

E, no âmbito destes serviços, é imperativamente proibida a cobrança aos utentes de consumos mínimos, isto é: *i)* Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspecção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos

serviços utilizados; *ii*) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada; *iii*) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência directa com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efectivamente incorra; *iii*) Qualquer outra taxa não subsumível às “rúbricas” antes referidas que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, excepto quando expressamente solicitada pelo consumidor.

Deste regime resulta, por um lado, que, ao concessionário daqueles serviços, está subtraída uma garantia – a garantia de obter créditos/receitas por consumos mínimos -, mas, por outro, não impede os efeitos “nocivos” que previsivelmente terá, para o consumidor, a proposta de novo regime, sejam efeitos directos, provenientes das novas “tarifas” dos sistemas multimunicipais, sejam efeitos indirectos, provenientes quer da sobrecarga de custos para os concessionários, a serem total ou parcialmente reflectidos nas tarifas, quer por força do restabelecimento do equilíbrio económico-financeiro da concessão, nos termos antes referidos.

## **2. 2. Os consumos mínimos e o regime jurídico da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: a sua aplicabilidade**

Em função do regime proposto, concluímos que a relação do sistema “em alta” com o sistema “em baixo” é legalmente substituída por uma relação entre o sistema “em alta” e os utilizadores finais. Esta

substituição legal significaria ou implicaria, só por si, a impossibilidade de aquele sistema estabelecer ou creditar ao sistema “em baixa” a obrigatoriedade de consumos mínimos, com as inerentes consequências também para os contratos de concessão em vigor.

Mas uma outra razão depõe no sentido do reforço da conclusão anterior, ou seja, da *inexigibilidade de cobrança de consumos mínimos aos sistemas municipais por parte* dos sistemas multimunicipais.

Efectivamente, decorre do artigo 8.º, n.º 1, da apelidada Lei dos Serviços Públicos (Lei n.º 23/96, de 26 de Julho)<sup>26</sup> que “São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos”, salvaguardando o n.º 3 do mesmo preceito que “Não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as “taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável”.

Se é inequívoca a inclusão no seio destes serviços do fornecimento de água (art.º 1.º, n.º 2, alínea a)), mais duvidosa poderá ser a inclusão das autarquias – e, portanto, dos sistemas municipais – na noção de utente contida no n.º 3 do art.º 1.º, de acordo com o qual tal noção engloba “a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”, sendo este último “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços (...) independentemente da sua natureza

---

<sup>26</sup> Alterada pelas Leis n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, n.º 24/2008, de 2 de Junho, n.º 6/2011, de 10 de Março, n.º 44/2011, de 22 de Junho e n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

*jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão” (n.º 4).*

Afigura-se pertinente, a este propósito, o confronto com o regime delineado para a defesa dos consumidores, vertido na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho,<sup>27</sup> de acordo com o qual se entende por consumidor “*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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, considerando-se incluídos no âmbito de protecção da lei “*os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, 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.º 2.º, n.ºs 1 e 2).

Do simples cotejo dos supracitados preceitos e da sua comparação com os similares vertidos na Lei dos Serviços Públicos resulta, de modo insofismável, que o legislador adoptou uma noção de “*utente*” destes serviços significativamente mais ampla do que a de “*consumidor*” ou, como sublinha João Nuno Calvão da Silva<sup>28</sup>, “*a Lei n.º 23/96 não restringe o seu âmbito de aplicação ao consumidor em sentido estrito, antes visa estender a tutela a todos os utentes*” ou, nas palavras de Mafalda Miranda

---

<sup>27</sup> Rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 16/96, de 13 de Novembro e alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril e pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Fevereiro.

<sup>28</sup> In Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral, Almedina, 2008, págs. 114 e 115.

Barbosa<sup>29</sup>, *“Afastamo-nos de um estrito conceito de consumidor, para abraçar o conceito de utente (...) e concluirmos, fazendo apelo à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que ele é mais amplo do que o primeiro”*.

Ainda que se admita que, porventura, o escopo primordial da aprovação do regime dos serviços públicos essenciais terá sido o de protecção dos consumidores finais, mas a redacção ampla do n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho é sintoma de uma ausência de correspondência necessária entre as noções de consumidor final e de utente, antes impelindo a interpretar esta última em termos mais amplos e a outorgar outros sujeitos, que não os consumidores finais, a tutela consagrada naquele diploma.

Esta maior abrangência manifesta-se (sempre tomando como barómetro o amparo concedido ao “consumidor”) na tendencial irrelevância da qualidade, profissional ou não, do prestador de serviço, assim como no destino, profissional ou não, a dar a este por parte do respectivo beneficiário, destarte ampliando o leque de sujeitos qualificáveis como “utentes”.

Em face destes pressupostos, a primeira interrogação que surge prende-se com a possível integração das pessoas colectivas na noção legal de “utente” (uma vez que a sua qualificação como consumidores

---

<sup>29</sup> Cfr. Acerca do âmbito da Lei dos serviços públicos essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?, in Estudos de Direito de Consumo, n.º 6 (2004), pág. 41.

é, no mínimo duvidosa)<sup>30</sup> e, em seguida, da inclusão no mesmo conceito das pessoas colectivas públicas.

Se a resposta à primeira interpelação é afirmativamente cristalina, resultando inequivocamente do texto legal, a mesma se impõe para a segunda, atendendo a que a definição legal de utente abrange pessoas colectivas e, dentro destas, não opera qualquer distinção entre públicas e privadas, não se afigura despropositado admitir que a mesma abarca, não apenas as segundas, mas igualmente as primeiras (até porque, de acordo com as regras gerais da interpretação jurídica, onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo).

Com efeito, aludindo a lei, ao classificar os utentes, unicamente à condição de beneficiários de um serviço essencial prestado por outrem que se encontre obrigado a fazê-lo, consente que como tal sejam rotulados os Municípios aos quais o Estado ou entidades concessionárias forneçam serviços como o abastecimento público de água.

Realce-se que, quando o legislador se pretendeu referir expressamente a entidades ou pessoas colectivas públicas – seja para as incluir, seja para excluir do regime delineado – fê-lo expressamente: mais concretamente, ao estabelecer o âmbito de aplicação da Lei de Defesa do Consumidor fez expressa menção aos organismos públicos (Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais e empresas

---

<sup>30</sup> Sobre este assunto, vide, por todos, Paulo Duarte, O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor, in Boletim da Faculdade de Direito, n.º 75, 1999, pág. 649 e segs.



concessionárias de serviços públicos); ao invés, a Lei dos Serviços Públicos, ao delimitar o seu alcance e, em concreto, os beneficiários da protecção por si conferida, adopta uma noção lata de utente, abstraindo de qualquer menção, para efeitos de uma eventual exclusão, a alguma ou alguma das diversas pessoas colectivas públicas.

Nesta conformidade, resta concluir que a ausência de referência, na noção de utente vertida na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, às entidades públicas, não se deve a mero esquecimento ou omissão não intencional, uma vez que o legislador, quando pretendeu referir-se a elas, fê-lo de forma expressa e inequívoca, tanto mais que ambos os diplomas são contemporâneos, tendo sido publicados no Diário da República com escassos 5 dias de intervalo entre eles.

Não surpreende, por isso, que a generalidade da doutrina - como Calvão da Silva<sup>31</sup> e João Nuno Calvão da Silva<sup>32</sup> e Fernanda Maçãs<sup>33</sup> - se pronuncie no sentido de a noção de utente abarcar as pessoas colectivas públicas, categoria na qual reentram, obviamente, as autarquias locais.

Na jurisprudência, a delimitação do conceito tem merecido reflexão prática, sendo disso exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/4/2004, Proc. 04b869, de que foi relator Araújo de Barros.

Mas o paralelismo com a Lei de Defesa do Consumidor é, ainda, relevante por um outro motivo, qual seja a expressa previsão, neste

---

<sup>31</sup> Cfr. Revista de Legislação e Jurisprudência, n.ºs 3901 e 3902, pág. 140.

<sup>32</sup> Ob. cit., pág. 115, nota 296.

<sup>33</sup> Cfr. São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?, in Direito regional e urbano, n.º 4 (Out./Dez. 2008), pág. 6.

diploma (vide o anteriormente transcrito artigo 2.º, n.º 1), do não alargamento da protecção por si conferida ao adquirente de bens, serviços ou direitos destinados a uso profissional (prescindindo, igualmente, da natureza profissional do prestador do serviço)<sup>34</sup>, ressalva esta totalmente omissa na Lei de Serviços Públicos (cujo artigo 1.º, n.º 3, ao definir “*utente*” – ou seja, o titular das garantias por aquela acordadas - se limita a enumerar “*a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-la*”, sem qualquer restrição atinente ao uso ou destino que o aludido utente venha a dar ao serviço)<sup>35</sup>.

Mais uma vez, o confronto entre ambos os preceitos permite concluir que o silêncio da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, relativamente ao destino a dar aos serviços nela elencados e prestados aos utentes nela definidos, não constitui uma lacuna ou uma omissão não deliberada, constituindo antes o reflexo de uma ponderada opção legislativa, traduzida na mais ampla protecção dos beneficiários da Lei dos Serviços Públicos, por comparação com a dispensada pela Lei de Defesa do Consumidor aos respectivos usufrutuários.

Finalmente, registre-se que a protecção conferida pela Lei n.º 23/96 abstrai igualmente da natureza pública ou privada do prestador do serviço (ignorando, ainda, a controvérsia acerca da natureza pública ou privada do próprio serviço em si), isto é, o regime legal aplicar-se-á quer o serviço em causa seja dispensado pelo Estado, por uma entidade pública ou mesmo por um entidade privada a quem o mesmo tenha sido

---

<sup>34</sup> João Nuno Calvão da Silva, ob. cit., pág. 115, nota 296

<sup>35</sup> Destaca este aspecto, João Nuno Calvão da Silva, ob. cit., pág. 115, nota 296.

concessionado: se assim é, também a noção de prestador de serviços não obsta a que nela se incluam os concessionários encarregues da gestão e exploração dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água.

Se a noção de utente:

- a) Inclui pessoas colectivas públicas
- b) Prescinde do uso, profissional ou não, dado ao serviço pelo utente
- c) Prescinde da natureza, pública ou privada, do prestador do serviço,

pareceria evidente que, como tal, deverão ser qualificadas as autarquias às quais os concessionários da gestão e exploração dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água prestam esse serviço.

Porém, este raciocínio e a conclusão provisora acabada de expor pecam por demasiado lineares, sobretudo na medida em que as autarquias locais podem ser encaradas nas vestes de puro e simples consumidor (e, por arrastamento, utente) ou, ao invés, de responsável (indirecto ou imediato, porventura) pela prestação de um serviço essencial.

Mais precisamente, se não se duvida da qualidade de utente de um município quando este contrata, para a sua satisfação directa, um serviço essencial, assumindo-se com beneficiário directo ou consumidor final do dito serviço, as dúvidas adensam-se na eventualidade de a autarquia ser, simultaneamente, responsável pela prestação de um serviço público essencial.

Colocando a questão noutros termos, o que se debate é se uma autarquia, designadamente integrada num sistema multimunicipal de abastecimento de água, poderá cumular as posições de utente (na relação com a concessionária gestora daquele sistema) e de prestador de serviços (na relação que estabelecem com os respectivos munícipes e consumidores finais).

Fernanda Maçãs<sup>36</sup> (numa posição secundada por Fernando Dias Simão e Mariana Pinheiro de Almeida)<sup>37</sup> recusa a atribuição aos municípios utilizadores de um sistema multimunicipal, da qualidade de utente, aduzindo, em favor deste entendimento, os seguintes argumentos:

a) Os mencionados Municípios *“não deixam de ser os responsáveis pela prestação do serviço público de distribuição de água aos respectivos munícipes, que emergem daqui como consumidores finais”*, embora a Autora reconheça que a prestação desse serviço, atendendo aos vultuosos investimentos exigidos, não possa prescindir da contribuição da sociedade a quem o Estado decidiu concessionar a gestão e exploração do sistema (vislumbrando, deste modo, uma relação de parceria e não de dependência entre concessionária e municípios utilizadores);

b) Relativamente às autarquias *“não se verifica a tal fragilidade que caracteriza a relação entre consumidor e fornecedor de serviço que vimos estar presente na relação entre utente e prestador de serviços essenciais”*;

---

<sup>36</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>37</sup> Lei dos serviços públicos essenciais anotada, Almedina, 2012.

c) A sujeição do contrato de fornecimento ao de concessão, da qual a Autora retira a vinculação de ambos a preocupações de índole diversa das que subjazem à Lei n.º 23/96, nomeadamente a necessidade de assegurar a conclusão das infra-estruturas e o equilíbrio económico da concessão.

Salvo o devido respeito, pensamos que os fundamentos invocados não são bastantes para recusar às autarquias a qualidade de utente de serviços essenciais.

No que concerne ao primeiro argumento, a alegada co-responsabilidade do concessionário e dos municípios na prestação do serviço de abastecimento de água é questionável, uma vez que cada um deles ocupa um papel distinto: um “em alta” outro “em baixa”.

Diga-se, em seguida, que a qualidade de prestador de serviços é apenas uma das faces em que os municípios intervêm no processo de captação e distribuição de água (irrefutável, no que respeita à sua relação com os munícipes), mas tal não invalida que na relação estabelecida a montante, entre o concessionário e mesma autarquia, esta não possa ser qualificada como utente, especialmente atendendo aos termos latos em que esta noção é delimitada por lei (*recorde-se “a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”*).

Com efeito, um sistema multimunicipal obriga-se a fornecer, nos termos do contrato de fornecimento celebrado, uma determinada quantidade de água aos municípios, incumbindo a estas, posteriormente, fazê-la chegar às torneiras dos munícipes.

Ou seja, no âmbito dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água, consoante encaremos a relação concessionária/autarquia ou, pelo contrário, autarquia/municípios, existirão, para os efeitos legais, diferentes prestadores de serviços e distintos utentes: se nesta última a qualificação das autarquias como prestadores de serviços é inegável, também a classificação como utente, no âmbito da primeira, decorre de ser ela a beneficiária (o termo “utilizador” também é apropriado) do serviço prestado.

E nem se diga que se trata de algo anómalo que um sujeito - *in casu*, uma autarquia - possa ser considerada, a respeito do mesmo serviço, como prestador e como utente, uma vez que o mesmo pode suceder com as noções de consumidor e de fornecedor.

O segundo considerando, de acordo com o entendimento que se contesta, respeita à suposta ausência de uma relação de debilidade das autarquias no quadro do contrato de fornecimento que as une aos sistemas multimunicipais, sendo certo que tal fragilidade surgiria como *conditio sine qua non* da qualificação como utente.

Aceitando ser esta a *ratio* do preceito que define utente, discordamos da exclusão das autarquias do âmbito do mesmo, em especial em razão da *circunstância de o gestor do sistema multimunicipal - o concessionário do Estado - operar em regime de exclusividade ou de monopólio, colocando os municípios beneficiários do serviço numa posição de subalternidade muito similar à de um vulgar consumidor final* (nomeadamente por apenas lhe restar a alternativa de contratar nos termos impostos ou ficar privado de um

serviço essencial, sem capacidade para negociar adaptações aos termos propostos) e, por isso, meritória de idêntica protecção.

Este entendimento não é, segundo cremos, beliscado pela circunstância de os municípios deterem participações sociais no capital das concessionárias do Estado, pois tais participações são, em geral, francamente minoritárias e, como tal, insusceptíveis de influenciar a gestão das mesmas.

Por fim, a sujeição do contrato de concessão (e, por consequência, o de fornecimento) a preocupações de índole diversa das inerentes à Lei n.º 23/96, nomeadamente a necessidade de assegurar a conclusão das infra-estruturas e o equilíbrio económico da concessão não são de molde a excluir a qualificação das autarquias como utentes.

De facto, aquelas preocupações operam, como é bem visível pela leitura das cláusulas do contrato de concessão, num plano diverso, qual seja o da definição das tarifas (e da eventual cobrança de consumos mínimos), sendo irrelevantes para a definição de utente, a qual radica, conforme se demonstrou, na necessidade de protecção do utilizador de um serviço essencial.

O que se poderá, a nosso ver, afirmar é que, na relação contratual estabelecida entre o concessionário de sistemas multimunicipais de abastecimento de água e os municípios utilizadores (*rectius*, utentes) desses mesmos serviços, a protecção legalmente concedida aos utentes pela Lei n.º 23/96 deverá ser temperada pela aludida carência de assegurar o equilíbrio financeiro da concessão: todavia, esta última preocupação não é exclusiva e, principalmente, não é de molde a

obnubilar a protecção conferida aos utentes, *maxime* no tocante à inadmissibilidade de cobrança de consumos mínimos.

Arriscamos mesmo afirmar que a posição por nós sufragada encontra apoio em duas considerações adicionais.

Por um lado, mal se compreenderia que, no confronto com a legislação que tutela o consumidor, a Lei n.º 23/96 aumentasse o leque dos sujeitos protegidos (inegável, em razão da maior amplitude do conceito de utente face ao de consumidor) e, paralela e paradoxalmente, não conferisse aos mesmos uma protecção suficientemente robusta, que operasse independentemente da circunstância em que o utente se encontre.

Ora, se as autarquias apenas fossem consideradas como utentes enquanto consumidores directos, desde logo estar-se-iam a equiparar as duas noções de utente e de consumidor, ao arrepio da unanimemente aceite intenção do legislador em atribuir ao primeiro um significado mais lato.

Mas a posição de que discordamos conduziria a que a mesma entidade, beneficiária ou utilizadora de um mesmo serviço, pudesse, em função da circunstância de possuir, ou não, a qualidade de consumidora final, ser qualificada, ou não, com utente (e, conseqüentemente, gozar o não da tutela que tal estatuto outorga).

Finalmente e num plano mais estritamente de direito positivo, cumpre enfatizar que o artigo 10.º, n.º 5, da Lei n.º 23/96, ao excluir do âmbito de aplicação do regime especial de prescrição consagrado no n.º



1 do mesmo preceito o serviço de energia eléctrica em alta tensão, não efectua qualquer menção ao serviço de abastecimento de água.

Em nosso entender, tal omissão não será de desvalorizar, uma vez que, sendo o abastecimento de água um serviço que inclui igualmente uma distribuição em “alta” e em “baixa” e se a Lei n.º 23/96 não efectua qualquer ressalva, nem no artigo 10.º, nem, sobretudo, no artigo 1.º, n.º 2 (que tipifica os serviços essenciais sujeitos ao regime previsto nesse diploma), relativamente à água, então todo o regime nela contido será aplicável ao fornecimento de água em “alta” e em “baixa”, ou seja e no caso em apreço, quer ao abastecimento por parte do sistema multimunicipal aos municípios, quer por parte destes aos respectivos municípios.

Ainda que se conceda existirem diferenças de carácter técnico entre as noções de “alta” e “baixa” nos sectores de energia e da água, o facto é que a ausência de qualquer diferenciação na definição dos serviços de água e electricidade abrangidos (artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e b), respectivamente, da Lei n.º 23/96), permite concluir, *a contrario*, que o diploma se aplica integralmente ao serviço de abastecimento de água, seja ele prestado em “alta” ou em “baixa”, até porque quando a lei pretendeu excluir alguns aspectos do seu conteúdo de alguma dessas modalidades de prestação desses serviços fê-lo expressamente, conforme se constata pela leitura do n.º 5 do artigo 10.º, respeitante ao serviço de alta tensão de energia.

Em conclusão, *a cobrança de consumos mínimos pelos sistemas multimunicipais aos sistemas municipais, atendendo à inclusão dos*

*municípios na noção de utente, afronta o n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 23/96.*

Ainda em auxílio da posição sustentada, cabe chamar à colação o regime substantivo dos contratos públicos, actualmente vertido no Código dos Contratos Públicos (CCP), em cujos artigos 441.º, n.º 3 e 444.º, n.º 1, aplicáveis ao contrato de prestação de serviços por remissão do artigo 451.º do mesmo Código, são atribuídos às entidades públicas adquirentes de bens e serviços os mesmos direitos conferidos aos consumidores. Ora, de acordo com os artigos 1.º-B, alínea a), do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio) a noção de consumidor é a que decorre do já citado artigo 2.º, n.º 1, da Lei 24/96, de 31 de Julho (Lei de defesa do consumidor).

Poder-se-á questionar a razão de ser desta concessão expressa, às entidades públicas, das garantias atribuídas aos consumidores privados, objectando, inclusive, que tal remissão demonstra a inaplicabilidade do regime legal de protecção dos utentes de serviços públicos essenciais quando o adquirente dos mesmos seja uma entidade pública.

Todavia e como já tivemos oportunidade de esclarecer, o alcance do diploma respeitante aos serviços públicos essenciais não é integralmente coincidente com aquele outro dedicado à defesa do consumidor, sendo a abrangência do primeiro superior à do segundo e, no que especificamente concerne às entidades públicas, reentrando estas na órbita da Lei dos Serviços Públicos (atendendo à noção legal ampla

de “utente”, mas não (ou não necessariamente) na da Lei de Defesa do Consumidor (em virtude de a noção de “consumidor” não alcançar os adquirentes de serviços que os destinem a uso profissional).

Neste contexto, o sentido útil a atribuir à remissão para as garantias do consumidor, contida no CCP, pode e deve compreender-se à luz da exclusão do âmbito de protecção das leis de defesa consumidor e da própria noção de “consumidor” das entidades públicas que, como será regra, destinem os serviços adquiridos a uso profissional, servindo precisamente para, afastando tal ressalva, outorgar àquelas entidades a protecção conferida pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

Em suma, os citados preceitos do CCP confirmam a equiparação das entidades públicas, quando adquirentes de bens e serviços (independentemente de o alienante ser um sujeito público ou privado), a consumidores, com a outorga dos inerentes direitos.

Concluindo, o englobamento das entidades públicas adquirentes de serviços públicos essenciais dentro da noção legal de utentes destes pode fundar-se na redacção ampla do n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, encontrando igualmente apoio na equiparação das entidades públicas adquirentes operada pelos artigos 441.º, n.º 3 e 444.º, n.º 1, do CCP: ora, se assim é, estão as entidades prestadoras destes serviços inibidas de cobrar consumos mínimos, como resulta do n.º 1 do artigo 8.º da mencionada Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

#### **4. Conclusões**

A análise do regime da Proposta de Lei n.º 140/XII e respectivo enquadramento no quadro dos modelos de organização e de gestão dos sistemas multimunicipais e municipais da água permitiu-nos extrair algumas conclusões à luz de alguns princípios jurídico-constitucionais de direito fiscal e de direito administrativo. Salientamos algumas.

1.<sup>a</sup> A classificação fundamental de tributos, resultante quer da Constituição, quer da lei, aponta para duas grandes categorias - os impostos e as taxas - atendendo que, em termos de regime jurídico-constitucional, “as demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas” ou receitas parafiscais são equiparadas às taxas e as contribuições especiais são consideradas impostos, por força da lei.

2.<sup>a</sup> No caso concreto, o pagamento de uma tarifa ao sistema multimunicipal pelo utilizador do sistema municipal aproxima uma tal técnica de financiamento de serviços públicos - os sistemas multimunicipais - a uma espécie de “imposto indexado” ou a “contribuição especial”, porque legalmente criada, estabelecida e imposta como instrumento de financiamento de um serviço público de titularidade e responsabilidade estadual - o sistema multimunicipal ao qual se encontre vinculado o sistema municipal, sendo que o utilizador-pagador apenas tem uma relação sinalagmática com este e nunca, por regra, nos termos do regime legal, com aquele.

3.<sup>a</sup> O que significa, no plano jurídico-constitucional, estar, tal espécie de “imposto indexado” ou “contribuição especial”, sujeito ao princípio da legalidade fiscal, tanto na dimensão de princípio de reserva de lei (formal) ou “reserva de lei do parlamento”, como na dimensão de reserva de lei material incorporadora dos elementos essenciais dos impostos.

4.<sup>a</sup> No caso concreto, cabe à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, incluindo as devidas directamente pelos utilizadores finais aos sistemas multimunicipais - alínea c), do n.º 3 do artigo 5.º da Proposta de Lei n.º 125/XII) -, o que não se afigura de acordo com as referidas exigências constitucionais.

5.<sup>a</sup> A proposta de alteração de regime, por virtude de as “tarifas” do sistema “em alta” passarem a ser cobradas directamente ao utilizador final, para além de tornar incompatível com aquele novo regime muitas das cláusulas dos contratos actualmente em vigor e muitas das disposições dos regulamentos directamente conformadores daqueles, como, por exemplo: as garantias de quem beneficia a entidade gestora “em alta” ao abrigo dos contratos de fornecimento e recolha em vigor com as concessionária municipais; a integração na estrutura de custos da concessionária municipal e conseqüente integração no tarifário por esta aplicado ao utilizador; o conjunto de direitos de que

beneficiam os utilizadores finais ao abrigo do regulamento de serviços da concessionária municipal, etc.

6.<sup>a</sup> O novo regime, pela engenharia financeira que lhe está subjacente, impõe um princípio de separação financeira e contabilística na estrutura de custos e na estrutura de receitas, obrigando à criação, pelos concessionários, de um “subsistema” financeiro-contabilístico próprio e específico para os sistemas multimunicipais, que, nos termos da lei, apenas deverá constituir um “centro de receitas” – de receitas fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais e, como tal ou enquanto tal:

- i)* Não comporta um paralelo centro de custos - custos de implementação, custos de manutenção e de gestão, custos de actualização, custos de cobrança, etc. -;
- ii)* Uma rubrica de perdas ou da verificação efectiva do risco de perdas – por exemplo, como se imputam as perdas de água/e ou os caudais pluviais de infiltração ao consumidor? Como tratar os clientes “consumo zero” Como tratar pontos de entrega de água gratuita (bombeiro, fontanários)?, etc. -;
- iii)* E uma “rubrica” de verificação efectiva de outros riscos, em especial o risco de incobráveis;
- iv)* E, por último, nem integrará o custo da remuneração do prestador (legalmente coactivo) destes serviços (por exemplo, um concessionário actual ou futuro), que, também pela lei, se vê convertido no “estatuto” de cobrador de receitas fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais.

7.<sup>a</sup> Na engenharia do regime proposto tudo se apresenta como uma repercussão funcional, económica, jurídica e financeira-

contabilística na esfera do gestor do serviço municipal, conduzindo a que os actuais contratos de concessão devam ser (automaticamente) modificados pelos respectivos concessionários, sem que, para o efeito, se preveja qualquer contrapartida financeira e/ou de reequilíbrio económico-financeiro do contrato, sendo certo que, por virtude de o “centro de receitas” do sistema multimunicipal ser apenas isso – um “centro de receitas” -, para além dos prejuízos patrimoniais efectivos e potenciais mencionados, poderá ainda implicar outros tipo de prejuízos ou a impossibilidade legal de os minorar, designadamente a irrelevância, para efeitos fiscais, dos custos/despesas empresariais que deveriam ser imputados ao “centro contabilístico-financeiro” criado para o sistema multimunicipal, não sendo legítimo nem transparente, em qualquer caso, que se imputem, como custos, à contabilidade do gestor do sistema municipal.

8.<sup>a</sup> Por via do regime que se propõe, assiste-se a um quadro relacional atípico e que constitui uma novidade neste domínio, com imediatas consequências para as concessões em vigor: *i)* O regime converte os concessionários, em virtude da substituição do município por estes, por via de um contrato global que é a concessão, em prestadores legais de serviços aos sistemas multimunicipais; *ii)* Por se tratar de uma prestação de um serviço a uma entidade externa ao contrato de concessão – o sistema multimunicipal -; prestação de serviço que é bem mais ampla do que os estritos serviços de cobrança; *iii)* Atipicidade revela-se também na ausência de neutralidade para o

concessionário municipal, na medida em que não se prevê nem uma remuneração pela prestação dos serviços, nem tão pouco uma compensação na medida dos sobrecustos que desta actividade advenham para aquele; *iv)* E atípica ainda por a relação de serviço não ser apenas só isso; é, pelo contrário, concebida como uma relação de risco – designadamente o risco de cobrança da componente da factura relativa às receitas do sistema multimunicipal -, que, por razão da técnica concessória, a implicar, por exigência conceitual, uma significativa e efectiva transferência de riscos -, acabará por ser, na sua grande fatia ou integralmente, assumido pelo concessionário municipal

9.<sup>a</sup> Mas, para além das dificuldades legais, contratuais e operacionais que o novo regime implica, é ainda previsível o diagnóstico de um inevitável efeito duplo de riscos secundários, mas significativos: *i)* Os riscos sociais, funcionais (e políticos) que serão sempre e naturalmente imputados ao município e/ou ao seu concessionário, provenientes da autonomização da componente financeira/fiscal dos “serviços” do sistema municipal, a importar pelo menos uma percepção de sobrecarga de custos ao/ou pelo consumidor final; *ii)* Aquele risco comporta inevitavelmente um outro ou, no mínimo, o seu agravamento: o aumento/agravamento do risco de cobrança ao nível das próprias receitas do concessionário municipal, o que, técnica e economicamente, agrava o risco financeiro do concessionário.



**10.<sup>a</sup>** Efectivamente, a generalidade dos riscos, designadamente os de cobrança, directos e/ou secundários, acabará sempre por ser, legal e integralmente, imputada ao gestor do sistema multimunicipal - por exemplo, os concessionários actuais ou futuros.

**11.<sup>a</sup>** Contudo, este modo de proceder revela-se desconforme a uma princípio universalmente adquirido - o princípio da afectação justa e equitativa distribuição e partilha do risco (do risco legal e do risco contratual). A adequada distribuição/repartição dos riscos legais e contratuais entre a Administração e os seus colaboradores privados, especialmente nos contratos de longa duração, é hoje um princípio comum aos diversos ordenamentos jurídicos, não podendo deixar de ser visto, quanto ao seu conteúdo normativo, como uma projecção ou concretização do princípio geral do equilíbrio económico-financeiro dos contratos administrativos (e, em geral, dos contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos).

**12.<sup>a</sup>** O novo regime, pela sua configuração legal ou pelos seus efeitos prático-jurídicos, acabará por implicar sempre uma imputação integral dos riscos do sistema multimunicipal para o concessionário do sistema municipal. Imputação que não é geneticamente contratual, não tendo sequer este a disponibilidade - disponibilidade de vontade - de os negociar; a imputação é geneticamente legal e não contratual.

13.<sup>a</sup> E se a imputação legal já se revelaria só por si de duvidosa constitucionalidade, então ela tornar-se-á forçosa quando a isso se associa uma imputação integral de riscos – de riscos inerentes ao sistema multimunicipal – ao gestor/concessionário do sistema municipal, que logicamente os assumirá por via da sub-rogação global na gestão do serviço própria da técnica concessória (sub-rogação global em relação ao município), incluindo aqui as actuais relações concessórias.

14.<sup>a</sup> Neste contexto, as alterações contratuais e financeiras que, necessariamente, resultam da proposta de novo regime, tornam-se ainda mais melindrosas nas concessões financiadas em regime de *project finance*, as quais não deixarão de ser identificadas, pelas entidades financiadoras dos projectos, como um novo conjunto de riscos – riscos financeiros do projecto -, designadamente os riscos financeiros directos e secundários associados ao “novo estatuto” do concessionário – prestador de serviços de cobrança de quantias pecuniárias fiscais ou de contribuições (fiscais) especiais -, bem como os demais riscos que, genericamente, sempre se traduzirão em sobrecustos do projecto, agravando as condições de cobrança das receitas do próprio projecto, para além do facto de aquele “novo estatuto” não ter qualquer contrapartida remuneratória.

15.<sup>a</sup> Todo este novo condicionalismo legal, directamente conformador das garantias remuneratórias do projecto – e, portanto, da sua sustentabilidade financeira -, vai, com toda a probabilidade, implicar uma revisão das condições de financiamento dos projectos em

**Licínio Lopes Martins**  
**Docente da Faculdade de Direito de Coimbra**  
**Jurisconsulto**



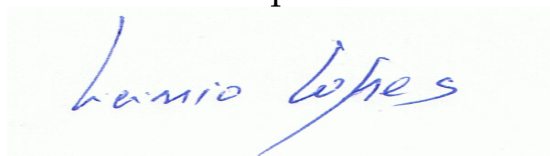
execução e/ou exigência de garantias adicionais por parte da concessionária e dos seus accionistas, agravando por conseguinte o próprio projecto. O novo regime, nos termos em que é configurado, vai ter implicações em toda a estrutura de “*corporate governance*” dos projectos e, portanto, consequências ao nível do equilíbrio económico-financeiro global (estruturas societárias envolvidas, contratos de terceiros, etc.).

16.<sup>a</sup> O novo regime, tal como é estruturado, vai implicar a inexigibilidade, pelos sistemas multimunicipais, de consumos mínimos aos sistemas municipais e, portanto, aos concessionários; inexigibilidade esta que já resultaria do regime legal dos serviços públicos essenciais.

Este é, salvo melhor, o nosso Parecer.

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 4 de Agosto de 2013.

Licínio Lopes Martins



Docente da Faculdade de Direito de Coimbra  
Jurisconsulto